

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

130/06/CA

NAV CANADA

(Respondent) APPELLANT

-and-

GREATER FREDERICTON  
AIRPORT AUTHORITY INC.

(Applicant) RESPONDENT

NAV CANADA

(Intimée) APPELANTE

-et-

GREATER FREDERICTON  
AIRPORT AUTHORITY INC.

(Requérante) INTIMÉE

NAV Canada v. Greater Fredericton Airport  
Authority Inc., 2008 NBCA 28

NAV Canada c. Greater Fredericton Airport  
Authority Inc., 2008 NBCA 28

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Robertson

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Robertson

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
November 6, 2006

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 6 novembre 2006

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2006 NBQB 372

Décision frappée d'appel :  
2006 NBBR 372

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal of New Brunswick  
[2007] N.B.J. No. 204  
[2007] N.B.J. No. 36

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick  
[2007] A.N.-B. n° 204  
[2007] A.N.-B. n° 36

Appeal heard:  
September 25, 2007

Appel entendu :  
Le 25 septembre 2007

Judgment rendered:  
March 20, 2008

Jugement rendu :  
Le 20 mars 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Robertson

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Eric LeDrew and Crystal A. Gamble

Pour l'appelante :  
Eric LeDrew et Crystal A. Gamble

For the respondent:  
Hugh J. Cameron

Pour l'intimée :  
Hugh J. Cameron

### THE COURT

### LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$6,600 based on an amount in issue of \$223,000, as per Note 1 to Tariff "A", Scale 3, in Rule 59 of the *Rules of Court*.

L'appel est rejeté avec dépens de 6 600 \$ suivant un montant-clé de 223 000 \$, conformément à la Remarque 1 du Tarif « A », échelle 3, de la règle 59 des *Règles de procédure*.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

I. Overview

[1] Ultimately, this Court must rule on the enforceability of what amounts to a variation to an existing contract or, as it is commonly described, a post-contractual modification to an executory contract. It is a case of first impression that brings into issue fundamental principles of contract law tied to the articulation and application of the doctrines of consideration and economic duress.

[2] By federal prerogative, the appellant, Nav Canada, has the exclusive right and responsibility to provide aviation services and equipment to the respondent, the Greater Fredericton Airport Authority Inc. Their contractual relationship is governed by the Aviation and Services Facilities Agreement (“ASF Agreement”). The litigation stems from the Airport Authority's decision to extend one of its two runways, at a cost of \$6 million, and its request that Nav Canada relocate the instrument landing system situated on the other runway to the one being extended. Part of that system consisted of a navigational aid labeled a “NDB” (a non-directional beacon). Nav Canada concluded that it made better economic sense to replace that navigational aid with another labeled a “DME” (distance measuring equipment). However, a disagreement soon arose as to which of the parties should pay the acquisition cost of \$223,000. In a letter to the Airport Authority, Nav Canada refused to make provision in its fiscal budget for the upcoming year for the purchase of the DME, unless the Airport Authority agreed to pay the \$223,000. From the outset, the Airport Authority insisted that it was not contractually bound to pay, but capitulated in a letter written “under protest” in order to ensure that the extended runway became operational. On the basis of that letter, Nav Canada installed the necessary equipment. Subsequently, the Airport Authority refused to pay and the parties agreed to arbitrate the matter in accordance with the *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A-10.1.

[3] The arbitrator held that Nav Canada possessed the exclusive right under the ASF Agreement to decide whether to replace navigational aids but that there was nothing in that agreement that entitled Nav Canada to claim reimbursement for the cost of acquiring the DME. Hence, according to the arbitrator, the Airport Authority was not contractually obligated to pay for the navigational aid. However, the arbitrator went on to hold that the subsequent exchange of correspondence between the parties gave rise to a separate and binding contract, supported by consideration, and therefore Nav Canada was entitled to recover the acquisition cost on that basis. In reaching that conclusion, the arbitrator rejected the argument that the words “under protest” were sufficient to negate contractual liability. As well, he rejected the Airport Authority’s argument that Nav Canada had failed to plead the separate contract issue and, therefore, the Airport Authority had been subjected to “trial by ambush”.

[4] On appeal to the Court of Queen’s Bench, neither of the parties took issue with the arbitrator’s finding that the Airport Authority was not contractually bound to pay for the navigational aid under the ASF Agreement. However, the arbitrator’s decision was set aside for three reasons. First, the appeal judge held that, as the “separate contract” issue was not covered by the arbitration agreement, the arbitrator was without jurisdiction to impose contractual liability on that basis. Second, and contrary to the arbitrator’s finding, the appeal judge held that even if the arbitrator’s jurisdiction were sufficiently broad, Nav Canada had failed to plead the separate contract issue. Third, the appeal judge concluded that the “under protest” letter could not be interpreted as giving rise to an agreement that the Airport Authority would pay for the navigational aid. Rather, he interpreted the letter to mean that the Airport Authority would only pay if it were found contractually “responsible” under the ASF Agreement. Accordingly, the appeal judge held that Nav Canada was not entitled to reimbursement for the cost of the navigational aid.

[5] In the reasons that follow, I conclude that the appeal judge erred in two material respects. First, in my view, the arbitrator possessed the jurisdiction to adjudicate on whether the parties had entered into a separate contract. Second, I also accept that the

appeal judge erred in overturning both the arbitrator's decision that Nav Canada's pleadings were sufficient with respect to that issue and the related finding that there had been "no trial by ambush". However, I am also of the view that the appeal should be dismissed. Like the appeal judge, I respectfully conclude that the arbitrator erred in holding that the subsequent correspondence qualifies as an enforceable contract (or a variation to an existing contract). However, my reasons are fundamentally different from those of the appeal judge.

[6] When this appeal is stripped of the pleading and jurisdictional issues, this Court must rule on the correctness of the arbitrator's finding with respect to the enforceability of a promise that amounts to a variation to an existing contract. Nav Canada disputes that characterization by arguing that it was not contractually bound to purchase the DME and, in fact, had left it up to the Airport Authority to decide whether it preferred that Nav Canada replace the NDB with a DME or simply move the entire instrument landing system to the extended runway, a choice not covered under the ASF Agreement. Nav Canada insists that it was the Airport Authority that elected to go with the DME. These arguments are addressed below and are found to be inconsistent with the arbitrator's findings of fact. Hence, as the arbitrator also found that the Airport Authority was not contractually bound to pay for the navigational aid under the ASF Agreement, the Airport Authority's subsequent promise to pay constitutes a variation or modification to that contract. Four issues tied to the enforceability of that promise must be examined: (1) whether the variation was supported by fresh consideration; (2) if not, whether the variation (gratuitous promise) is enforceable so long as it was not procured under economic duress; (3) whether the variation was procured under economic duress; and (4) correlatively, whether a finding of economic duress is dependent on a finding of the exercise of "illegitimate pressure".

[7] In the reasons that follow, I conclude that the arbitrator erred in finding that the variation was supported by fresh consideration. As a matter of law, however, I am prepared to recognize and adopt an "incremental" change in the traditional rules by holding that a variation unsupported by consideration remains enforceable provided it

was not procured under economic duress. This refined approach leads us to consider how the contractual variation in issue was procured. In my view, the Airport Authority had no “practical alternative” but to agree to pay money that it was not legally bound to pay. Nav Canada implicitly threatened to withhold performance of its own obligation until the Airport Authority capitulated to the demand that it pay the cost of the navigational aid. However, the absence of practical alternatives is merely evidence of economic duress, not conclusive proof of its existence. The true cornerstone of the doctrine is the lack of “consent”. In that regard, the uncontroverted fact is that the Airport Authority never “consented to” nor “acquiesced in” the variation, as is evident from the letter agreeing to payment “under protest”. But this is not the end of the matter. There is jurisprudence that holds that the exercise of “illegitimate pressure” is a condition precedent to a finding of economic duress. I respectfully decline the invitation to recognize such pressure as an essential component of the duress doctrine, at least in cases involving the enforceability of variations to an existing contract. It is not the legitimacy of the pressure that is important but rather its impact on the victim, unless, perhaps, one is attempting to establish that a finding of economic duress qualifies as an independent tort.

## II. Background

[8] As the appeal judge’s reasons are comprehensive and reported at (2006), 305 N.B.R. (2d) 344, [2006] N.B.J. No. 472 (QL), 2006 NBQB 372, it is unnecessary to retrace the underlying facts in detail. Until 1996, the federal Minister of Transport was responsible for civil aviation in Canada. In that year, some of the Minister’s responsibilities were assigned to Nav Canada, a company incorporated for that purpose. In furtherance of that objective, the Minister entered into the ASF Agreement with Nav Canada, which dealt specifically with air navigation services at the Fredericton Airport. In the spring of 2001, the Minister assigned his remaining responsibilities to the Airport Authority, which thereby became a party to the ASF Agreement. At that time, the Fredericton Airport had two runways: 15/33 and 09/27. In order to solve two critical runway problems, the Airport Authority decided it was necessary to lengthen runway 09/27 and to relocate to that runway the Instrument Landing System (the “ILS”) being

used on runway 15/33. The Airport Authority requested that Nav Canada take the steps necessary to effect the relocation. From the outset, it has been common ground that the Airport Authority would be responsible for the relocation (installation) costs of the ILS. However, Nav Canada decided that it made better economic sense to replace one of the ILS's three existing components (NDB) with a new one (DME). Nav Canada took the position that, although it would be responsible under the ASF Agreement for the purchase of the ILS, the DME was not part of the system. On that basis, Nav Canada maintained that the Airport Authority would have to pay the acquisition cost of \$223,000. Nav Canada refused to install the ILS system until such time as the Airport Authority agreed to pay for the DME. On January 28, 2003, Nav Canada wrote to the Airport Authority indicating that it would not make provision for the acquisition of the DME in its upcoming fiscal budget until such time as there was an agreement as to who would pay for the DME. The Airport Authority was given a few days to decide. On February 20, 2003, the Airport Authority wrote back to Nav Canada indicating that it would pay, but "under protest". On the basis of that letter Nav Canada completed the installation of the ILS system, including the DME. Thereafter, the Airport Authority refused to pay the \$223,000.

- [9] In a written agreement dated May 10, 2005, the parties agreed to submit their dispute to arbitration in accordance with the provisions of the *Arbitration Act*. No reference is made in that document to the nature of the dispute other than in the heading which reads in part as follows: "In the Matter of the Contract for the Aviation Services & Facilities Agreement ... And In the Matter of the Resolution of a Dispute under that Contract." In its Amended Statement of Claim, Nav Canada claimed reimbursement for the cost of the DME based on Article 25.01 of the ASF Agreement and the assurances made by the Airport Authority with respect to payment for the acquisition and installation of the DME. Specific reference is made to the correspondence of January 28 and February 20, 2003, referred to above. In its Amended Statement of Defence and Counterclaim, the Airport Authority denies that its letter of February 20, 2003 qualifies as an enforceable agreement to pay for the DME.

[10] The arbitrator made several findings. First, he held that the DME was an integral component of the ILS system and not a stand-alone piece of equipment. Second, he held that Article 25.01 of the ASF Agreement could not be invoked as a basis for imposing liability for the cost of the DME on the Airport Authority. That Article deals with the relocation of navigational equipment and the obligation of the Airport Authority to pay “fair compensation for such relocation”. The arbitrator held that Nav Canada had rejected the request to relocate the navigational equipment from one runway to another. Although Nav Canada possessed the contractual right to unilaterally decide to install new equipment, the arbitrator held, at p. 22 of his reasons, that when Nav Canada “exercised its right to install a DME instead of relocating the NDB, it disentitled itself to compensation under section 25.01.02 of the ASFA.” This led the arbitrator to consider whether liability could be founded on the "separate agreement" as reflected in the Airport Authority’s letter of February 20, 2003. In his reasons, the arbitrator refers to the Airport Authority's objection to Nav Canada's closing argument, namely that the "separate contract" issue had not been pleaded. The arbitrator then asked for written submissions with respect to the objection and ultimately ruled against the Airport Authority. The relevant portions of the arbitrator’s ruling read as follows:

I must reject the objection. The statement of claim with precision, accuracy and commendable economy, reviews the history of the dispute about who should pay for the DME. Paragraphs 13, 14, 15, 16, 17 and 18 plead, in sufficient detail, the relevant correspondence. Paragraph 19 makes reference to both the ASFA and to the GFAA’s “agreement with NAV CANADA”. The pleading, in my view, was adequate to advise the defendant that NAVCAN was relying on two distinct agreements and to advise it what those agreements were.

When he opened the plaintiff’s case, Mr. Burke specifically advised me that he would attempt to establish a separate agreement apart from the ASFA, whereby the GFAA agreed to pay for the DME. He directed me to the letter of February 20, 2003 as proof of the agreement. When Mr. Cameron opened his case, he did not say that the pleading did not assert such an agreement. He specifically said that the defence contended that there was “no agreement

separate from ASFA whereby the GFAA was to pay for new equipment”.

At the hearing, evidence was led on both sides of the issue. There was no objection taken to the plaintiff’s evidence which suggested that, because of a defect in the pleadings, the issue was not a live one before me for determination. The defence cross-examined the plaintiff’s witnesses on the issue and led its own evidence with respect to it.

Counsel have provided me with a number of decisions dealing with the requirements of pleading. I have read them with interest. I have decided, however, to refrain from writing an erudite treatise on the art of pleading, because, in my opinion, the case does not require it. The issue was adequately pleaded and was fully explored during the presentation of the evidence. In my view, I am required to decide this issue.

[11] The arbitrator went on to find that the correspondence exchanged between the parties gave rise to a separate and binding contract, supported by consideration, which made the Airport Authority contractually liable for the \$223,000. In effect, Nav Canada’s letter of January 28, 2003 constituted an offer and the Airport Authority’s letter of February 20, 2003 constituted the acceptance. The relevant portions of the letter of February 20, 2003 read as follows:

On Friday, February 14, 2003, the Greater Fredericton Airport Authority Inc. (GFAA) responded to your request to provide Nav Canada with the GFAA's commitment to fund the installation of a DME on runway 09 at the Fredericton Airport. The GFAA were requested to respond by February 21, 2003, as this is the cut-off date for this project to be engineered, planned and installed for this year by Nav Canada.

[...]

In a telecom (Munn/Doyle) on February 20, 2003, we were informed by your office that the position of the President & C.E.O., Mr. Crichton, was that Nav Canada will not fund the installation of the DME. Therefore, in order to meet your unilaterally imposed deadline of February 21, 2003,

under protest, I requested you to proceed with the installation of the DME (estimated cost \$223,000.00) so as to engineer, plan and install the DME equipment this year.

The GFAA is disappointed with Nav Canada's determination to offload its responsibility to purchase civil air navigation assets. As you know, we disagree with your position that Nav Canada's agreement to relocate the instrument landing system to the extended runway 09/27 was conditional upon GFAA assuming responsibility for any of Nav Canada's capital expenditures. Your arbitrary deadline has now forced us to make funds available to Nav Canada under protest. We would not ordinarily make such a commitment and do not wish to have this circumstance viewed as a precedent by Nav Canada for further civil navigation asset acquisition at the expense of the GFAA.

The arbitrator held that the Airport Authority's letter "clearly evidenced an acceptance of the offer made to it by NAVCAN."

[12] The Airport Authority sought and was granted leave to appeal to the Court of Queen's Bench. The Airport Authority's principal argument was that the arbitrator lost or exceeded his jurisdiction by dealing with an issue that had not been submitted to arbitration. Pursuant to s. 46(1) of the *Arbitration Act*, the court may set aside an arbitrator's decision if the award deals with an issue that was not submitted to arbitration. The Airport Authority argued that once the arbitrator decided it was not contractually liable under the ASF Agreement, that was the end of the matter and, therefore, the arbitrator lacked the jurisdiction to address the issue of the separate contract. The appeal judge accepted this argument. Before reaching that conclusion, the appeal judge also reviewed the pleadings and concluded that, in any event, the issue had not been properly pleaded. In the appeal judge's opinion, the fact that counsel for Nav Canada raised the separate contract issue in his opening remarks before the arbitrator did not amount to sufficient notice to the Airport Authority. Alternatively, the appeal judge held that, even if the arbitrator had sufficient jurisdiction and the issue had properly been raised, the parties had not entered into a separate or new agreement: the letter of February 20, 2003 could only be interpreted as demonstrating a willingness to pay if the Airport Authority

were held liable under the provisions of the ASF Agreement. Leave to appeal to this Court was granted on February 8, 2007.

III. The Jurisdiction and Pleading Issues

[13] With great respect to the appeal judge, I cannot accept that the terms of the Arbitration Agreement restricted the arbitrator to determining contractual liability solely on the basis of the ASF Agreement. There is no reference in the body of the Arbitration Agreement of May 10, 2005 as to the issues to be advanced and pursued before the arbitrator. What is contemplated is that the parties will exchange pleadings. From that express provision, one can reasonably infer that the issues to be pursued before the arbitrator will be set out in the pleadings. Admittedly, the formal heading to the Arbitration Agreement states that the matter relates to the ASF Agreement, but that in and of itself is insufficient to preclude the parties from raising legal arguments that seek either to establish or negate liability on other related bases. This leaves us to consider whether the separate contract issue was properly pleaded.

[14] I also respectfully disagree with the appeal judge's finding that the issue of separate contract was not properly pleaded and, in particular, with his finding of trial by ambush. Let me start by saying that the arbitrator's finding that there was no trial by ambush concerning the separate contract issue is essentially one of fact for which the applicable standard of review is palpable and overriding error. In short, the arbitrator's appreciation of the underlying issues, legal arguments and relevant testimony is, by its very nature, owed the utmost deference. As to the sufficiency of the pleadings, and for the reasons given by the arbitrator, it is obvious to me that the separate contract issue was a central component of Nav Canada's contention that the Airport Authority was contractually bound to pay for the DME. On reflection and with hindsight it is not difficult to appreciate why Nav Canada refused to proceed with the purchase and installation of the navigational equipment without first getting the Airport Authority's assurance that it would pay. It was only after the assurance letter was issued that Nav Canada completed the work necessary to make the extended runway operational. The

notion that Nav Canada would not be relying on the February 20, 2003 letter to establish the Airport Authority's liability for payment of the DME defies common sense. Specifically, why would counsel for the Airport Authority respond to the allegation of a separate contract at the opening of the arbitration hearing, cross-examine on the allegations and call evidence respecting the issue if unaware of its potential relevance to the arbitrator's ultimate ruling? I say no more on this issue.

[15] Nav Canada also maintains that the arbitrator's finding of a separate contract is a finding of fact and not reviewable under the provisions of the *Arbitration Act* and, therefore, the appeal judge erred in adjudicating on this issue. In my view, the argument is not sustainable for the following reasons. Section 45 provides for an appeal to the Court of Queen's Bench on questions of law and then only with leave of the court. This is true unless the terms of the Arbitration Agreement expressly provide that questions of law are appealable as of right. This leads one to ask whether a finding of fact arrived at by palpable and overriding error qualifies as a question of law. That is an issue that the parties never addressed. Leaving aside that legal conundrum, it is apparent to me that the separate contract issue raises discrete questions of law which fall within the ambit of s. 45 of the *Arbitration Act*. For example, the legal tenets of the consideration and economic duress doctrines qualify as pure questions of law. While their application to the facts of any particular case qualifies as a question of mixed law and fact, it is only necessary, for purposes of applying s. 45, for the appeal judge to be presented with a question of law and an identifiable error. In the present case, that threshold was easily met.

#### IV. The "Consideration" Issue

[16] The question of whether the arbitrator erred in law in finding that the parties had entered into an enforceable agreement by which the Airport Authority promised to pay for the DME raises the immediate question of whether that promise was supported by consideration. The arbitrator so held but without offering reasons for his conclusion. While I have characterized the Airport Authority's promise to pay for the

navigational aid as a variation to an existing contract, Nav Canada disagrees, maintaining that it is an agreement which falls outside the ASF Agreement and arguing as follows. Nav Canada accepts that it had the contractual right to decide whether to accept the Airport Authority's request to move the old navigational equipment to the runway being extended or, in the alternative, to insist that new equipment be purchased. Nav Canada maintains, however, that it left that decision up to the Airport Authority, while insisting that if the Airport Authority elected to acquire the new piece of equipment (DME) it would have to pay the acquisition cost. Finally, Nav Canada maintains that it was the Airport Authority that elected to go with the new DME and promised to pay the acquisition cost. Accepting all of this to be proven fact, it should follow that the consideration provided for the Airport Authority's promise to pay for the DME was Nav Canada's promise to acquire and install that navigational aid. As it was not Nav Canada that insisted on the purchase of new equipment, the ASF Agreement was not applicable and, hence, Nav Canada's subsequent promise to acquire the DME if the Airport Authority agreed to pay for it constitutes a separate and valid contract supported by fresh consideration. However, the Airport Authority disputes Nav Canada's version of the facts. The Airport Authority contends that it was Nav Canada that had the contractual right to decide whether to relocate the old equipment or purchase new equipment, and that Nav Canada had elected the latter option and then insisted that the Airport Authority pay for the DME.

[17] In my view, the factual scenario advanced by the Airport Authority is the correct one, as it is consistent with the arbitrator's findings. In his reasons, the arbitrator makes a number of key findings that are fatal to Nav Canada's argument. First, the ultimate decision regarding the relocation of the old equipment versus the purchase of new equipment belonged to Nav Canada. Second, the arbitrator concluded that the relocation of the old equipment would be contrary to Nav Canada's decision to replace the NDB with a DME. The arbitrator concluded that by August 30, 2001, the decision had been taken "to reject the idea of relocating the NDB and, instead, to install a DME to provide the final approach fix". Third, later on in his reasons, the arbitrator concludes that Nav Canada, for good reasons, "decided that the installation of a DME was a better way

to provide the final approach fix than was the relocation of the NDB.” Finally the arbitrator concludes that the evidence suggests that “relocation [of the NDB] was never seriously considered by [Nav Canada] except in comparison with the installation of a DME which was its determined course. When it exercised its right to install a DME instead of relocating the NDB, it disentitled itself to compensation under Article 25.01.02 of the ASFA.” The last sentence is fatal to Nav Canada’s argument.

[18] In conclusion, Nav Canada’s argument that it was the Airport Authority that elected to replace the old NDB with a new DME is in conflict with the arbitrator’s findings of fact: Nav Canada was the party that insisted on installing the DME rather than relocating the old NDB, and Nav Canada had the contractual authority to make that election. Having done so, Nav Canada cannot turn around and argue that it was not obligated to install the navigational aid in accordance with the underlying contract, the ASF Agreement.

[19] I return to the question whether the Airport Authority’s subsequent promise to pay for the cost of the navigational aid was supported by “fresh” consideration. Accepting that the hallmark of every bilateral contract is a consensual bargain (a promise in exchange for a promise), it must be asked whether the party seeking to enforce the post-contractual modification (Nav Canada) had agreed to do more than originally promised (in the ASF agreement) in return for the agreement to modify the contract. It is a well-established feature of the traditional doctrine of consideration that consideration must move from the promisee (Nav Canada) or, in other words, the promisee must suffer a detriment in return for the promise of the promisor (the Airport Authority). That something more provides the consideration necessary to enforce what otherwise would be a gratuitous and unenforceable promise. But as we know, under the rule in *Stilk v. Myrick* (1809), 2 Camp. 317, 170 E.R. 1168, the performance of a pre-existing obligation does not qualify as fresh or valid consideration and, therefore, such an agreement to vary an existing contract remains unenforceable. In this case, Nav Canada’s pre-existing contractual obligation was to pay for the DME once it exercised its contractual right to insist on purchasing new equipment rather than relocating the old. In

short, Nav Canada promised nothing in return for the Airport Authority's promise to pay for a navigational aid that it was not contractually bound to pay for under the ASF Agreement.

[20] The parties quite properly point out that, in Canada, the lead decision on the unenforceability of gratuitous promises in the context of a post-contractual modification is *Gilbert Steel Ltd. v. University Construction Ltd.* (1976), 12 O.R. (2d) 19 (C.A.), [1976] O.J. No. 2087 (QL), authored by Wilson J.A. (as she then was). In that case, the plaintiff had agreed to provide the defendant with fabricated steel at a fixed price. Subsequently faced with two separate price hikes from its supplier, the plaintiff demanded that the defendant cover the increased cost on each of the two occasions. The defendant agreed to both post-contractual modifications, but eventually refused to honour payment with respect to the second agreement. The court held that the plaintiff's action for the increased price failed for want of consideration because of the rule in *Stilk v. Myrick*. Moreover, the court held that the English authorities holding that the mutual rescission of an existing contract and its replacement with a new one did not apply on the facts of the case as the change related to price only. The court also rejected the argument that consideration stemmed from a "vague" promise to give "a good price" on subsequent purchases. Finally, the court rejected the argument that an alternative source of fresh consideration could be extracted from the fact that, since the time gap between the delivery of the steel and the date of payment effectively required the plaintiff to provide the defendant with credit, the increase in the purchase price caused a corresponding increase in the credit limit. In short, the plaintiff had not provided consideration that would justify the enforcement of the defendant's promise.

[21] Another oft-cited decision is *Modular Windows of Canada v. Command Construction*, [1984] O.J. No. 1340 (QL), aff'd [1986] O.J. No. 437 (C.A.)(QL). In that case, the plaintiff, a supplier of windows, failed to honour its contract with the defendant and demanded that the defendant pay an increased price in order to secure the delivery of the windows originally promised. The defendant paid the increased sum under protest; its construction project would have been considerably delayed had the defendant attempted

to find an alternate source for the windows. The plaintiff's action to enforce the promise to pay the increased amount failed because of the application of *Gilbert Steel*. There was no fresh consideration for the price modification. As well, the court held that the variation to the contract was obtained under economic duress. The defendant had no practical alternative but to agree to the higher price and the agreement was made under protest.

[22] Nav Canada's argument, that the Airport Authority's promise to pay for the navigational aid is enforceable, runs afoul of other tenets of the consideration doctrine. In the years following *Stilk v. Myrick*, the law would impose other barriers to the enforcement of post-contractual modifications. The first came in the form of a rule declaring that the plaintiff's forbearance from breaching the existing contract does not qualify as fresh consideration. Thus, the plaintiff (e.g., Nav Canada) cannot argue that the consideration for the defendant's promise to pay more was the plaintiff's forbearance from exercising its legal right to breach the contract by refusing to deliver promised goods or by withholding promised services (e.g. refusing to acquire and install the DME). Another rule that prevents the enforcement of a variation to an executory contract was articulated in *Combe v. Combe*, [1951] 1 All E.R. 767 (C.A.), [1951] 2 K.B. 215, namely that a plea of detrimental reliance is not a valid basis for enforcing an otherwise gratuitous promise. The plaintiff who argues detrimental reliance is in fact pleading that the defendant should be estopped from asserting that the agreement is unenforceable because of a lack of fresh consideration for the promise. Regrettably, the fact that the plaintiff may have relied on the agreement to his or her detriment is of no consequence as promissory estoppel may be invoked only as a sword and not as a shield. Thus, Nav Canada's estoppel-based argument — that it relied to its own detriment on the Airport Authority's gratuitous promise — must be rejected also.

[23] To this point, I have merely outlined the classical contract law approach to the enforcement of variations to an existing contract. The question which remains is whether this case should be decided on the basis of a "failure of consideration". I say this because in truth the courts have developed a number of ways to avoid the application of the classical tenets of the consideration doctrine when the court is convinced that the

contractual variation was not procured under economic duress. Indeed, courts have adopted a number of “legal fictions” to avoid the blind application of the classical rules, thereby turning a gratuitous promise into an enforceable one. The principal techniques courts use to avoid the rule in *Stilk v. Myrick* were identified by the Ontario Law Reform Commission in its *Report on Amendment of the Law of Contract* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987) at page 14: (1) finding that on the facts of the case the plaintiff promised to do more than originally obliged to do; (2) finding that the circumstances have changed after the original contract was formed so that the plaintiff’s promise to do exactly what was agreed to is consideration for a promise of more from the defendant; (3) accepting the plea of detrimental reliance on the basis of justice and equity, despite the application of the orthodox rules; and (4) holding that the original contract was mutually rescinded and replaced by a new agreement which incorporated the variation to the original contract. With respect to the rescission exception, see *Raggow v. Scougall & Co* (1915), 31 T.L.R. 564; *Morris v. Baron and Co.*, [1918] A.C. 1 (H.L.) and *Deluxe French Fries Ltd. v. McCardle* (1976), 10 Nfld. & P.E.I.R. 414 (C.A.), [1976] P.E.I.J. No. 52 (QL).

[24] Two relatively recent cases reveal the extent to which some courts are unwilling to take a rigid or classical approach when it comes to applying the doctrine of consideration and the rule in *Stilk v. Myrick*. The first is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Techform Products Ltd. v. Wolda* (2001), 56 O.R. (3d) 1 (C.A.), [2001] O.J. No. 3822 (QL), leave to appeal refused, [2001] S.C.C.A. No. 603 (QL). The defendant was retained in 1989 as an independent contractor to undertake research on behalf of the plaintiff. The parties were governed by a yearly contract that either side could terminate by giving sixty days’ notice. Eventually, the plaintiff became concerned that, in future, the defendant might assert a right to any patentable invention that resulted from research undertaken pursuant to their contract. To address this concern, the plaintiff produced a written agreement that mandated that the defendant assign all of his inventions to the plaintiff in consideration of his continued engagement. The defendant signed the agreement in 1993. In 1997, the defendant invented a patentable device and sought compensation from the plaintiff, who refused to pay. The contractual relationship was

terminated and questions arose as to whom had the legal right to the invention and whether the 1993 agreement was enforceable. The trial judge held that the 1993 agreement failed for want of consideration and was unenforceable on the ground of economic duress. The Court of Appeal disagreed. It was able to find the necessary consideration by implying a term into the contract, namely that the plaintiff implicitly promised to forbear from dismissing the defendant for a reasonable period of time after the signing of the agreement. Citing *Maguire v. Northland Drug Co. Ltd.*, [1935] S.C.R. 412, [1935] S.C.J. No. 11 (QL), the Court of Appeal held that continued employment and implied forbearance from dismissal for a reasonable period of time is adequate consideration. The fact that the original contract stated that the contractual relationship could be terminated by either party on sixty days' notice did not impede the court's willingness to imply a term broader in scope. The subsequent agreement being enforceable under the doctrine of consideration, the court went on to hold that it was not procured under economic duress. Elsewhere, the *Techform* decision has been subject to vigorous criticism with respect to the understanding and application of the consideration doctrine but not as to the ultimate result: M.H. Ogilvie, "Forbearance and Economic Duress: Three Strikes and You're Still Out at the Ontario Court of Appeal" (2004) 29 Queen's L.J. 809.

[25] While Canadian courts continue to struggle with the rule in *Stilk v. Myrick* and the concept of "fresh" consideration, in recent years the English Court of Appeal has effectively modified the consideration doctrine by asking whether the promisor obtained a benefit or advantage from the agreement to vary, irrespective of whether the promisee has agreed to do more. Under the classical concept of consideration, it is expected that the promisee suffer a detriment even if it be a promise to pay a "peppercorn", unless of course the gratuitous promise is reduced to writing under seal. In *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 512 (C.A.), [1991] 1 Q.B. 1, the defendant contractor voluntarily promised to pay the plaintiff subcontractor more than was agreed to in their original contract. The defendant recognized that the original price was too low and he feared that the plaintiff would be unable to complete the contract, for which the defendant would be subject to a stiff penalty under its contract with the owner.

Eventually, the defendant ceased making the higher payments and, in turn, the plaintiff brought an action to recover on the basis of the increased price. The Court of Appeal accepted that the plaintiff had not undertaken to provide any additional consideration, yet declined to apply blindly the rule in *Stilk v. Myrick*. Glidewell L.J. reasoned that the doctrine of economic duress lessened the need for a “rigid adherence to the doctrine of consideration”. Russell L.J. adopted a similar analysis and noted the practical benefits that had accrued to the defendant as a result of the modification. Purchas L.J. held that the fact that the plaintiff did not suffer a detriment when agreeing to the modification did not matter. The defendant had clearly gained a commercial advantage from the agreement.

[26] In *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law Inc., 2005), Professor J.D. McCamus, at p. 249, explains the *ratio* of the Court of Appeal’s decision in *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* as follows: “For all three members of the court, then, it appears that the fact that the contractor would obtain a benefit, albeit one arising from the defendant’s relationship with the owner of the flats, could serve as consideration rendering the promise to pay more an enforceable one.” In short, the English Court of Appeal was prepared to “relax” the tenets of the consideration doctrine in order to render enforceable a gratuitous promise to pay more. Under English law, then, it is no longer necessary to look for an exchange of promises or detriment on the part of the promisee to enforce a variation of a contract, so long as the promisor obtains some benefit or advantage.

[27] In my opinion, this is a proper case to consider whether this Court should build upon the English Court of Appeal’s decision in *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* in order to avoid the rigid application of the rule in *Stilk v. Myrick*. I am prepared to accept that there are valid policy reasons for refining the consideration doctrine to the extent that the law will recognize that a variation to an existing contract, unsupported by consideration, is enforceable if not procured under economic duress. I am not the first to advance this position: R. Halson, “Opportunism, Economic Duress and Contractual Modifications” (1991), 107 Law Q. Rev. 649 and R. Halson, “The

Modification of Contractual Obligations” (1991), 44 *Curr. Legal Probs.* 111, both cited in C. Boyle and D.R. Percy, *Contracts: Cases and Commentaries*, 7<sup>th</sup> ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2004).

[28] I offer several reasons for this incremental change in the law. First, the rule in *Stilk v. Myrick* is an unsatisfactory way of dealing with the enforceability of post-contractual modifications. As Professor McCamus points out, the rule is both overinclusive and underinclusive. It is overinclusive because it captures renegotiations induced by coercion so long as there is consideration for the modification. It is underinclusive in cases where there is no consideration because it excludes voluntary agreements that do not offend the tenets of the economic duress doctrine (see pp. 381-382 of his text). The reality is that existing contracts are frequently varied and modified by tacit agreement in order to respond to contingencies not anticipated or identified at the time the initial contract was negotiated. As a matter of commercial efficacy, it becomes necessary at times to adjust the parties’ respective contractual obligations and the law must then protect their legitimate expectations that the modifications or variations will be adhered to and regarded as enforceable.

[29] Second, the consideration doctrine and the doctrine of promissory estoppel work in tandem to impose an injustice on those promisees who have acted in good faith and to their detriment in relying on the enforceability of the contractual modification. The notion that detrimental reliance can only be invoked if the promisee is the defendant to the action (*i.e.*, as a shield and not a sword) is simply unfair and leads to an unjust result if the promisor was not acting under economic duress. In *The Law of Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. (Toronto: Canada Law Book, 2005) at p. 83, Professor S.M. Waddams points out that some gratuitous promises have been enforced because of detrimental reliance on the part of the promisee. He notes that these cases should not be met by a fictional attempt to find consideration in the sense of a bargained exchange. Professor Waddams opines that courts should openly recognize that, while these promises are not bargains, there may be other sound reasons for enforcement. In my view, this reasoning is persuasive in the context of the enforcement of a post-contractual modification. I agree with Professor

Waddams' exhortation that courts should avoid "fictional" attempts to find consideration. We should not be seduced into adhering to a hunt and peck theory in an effort to find consideration where none exists, nor should we manipulate the consideration doctrine in such a way that it is no longer recognizable. Frankly, law professors spend far too much time trying to explain to law students what qualifies as valid consideration and why the cases seem to be irreconcilable, except in result, while judges spend more time avoiding the rule in *Stilk v. Myrick* than they do in applying it. Parties to a contract and to litigation are entitled to expect that there is some certainty in the law and that it is not dependent on the length of the chancellor's foot. For courts to find consideration by holding, for example, that the parties implicitly agreed to a mutual rescission of the original contract or that they implicitly agreed to a new term is to weaken the law of contract, not strengthen it.

[30] My third reason for refining the tenets of the consideration doctrine is tied to the reality that it developed centuries before the recognition of the modern and evolving doctrine of economic duress. The doctrine of consideration and the concept of bargain and exchange should not be frozen in time so as to reflect only the commercial realities of another era. If the courts are willing to formulate and adopt new contractual doctrines, they are equally capable of modifying the old. To the extent that the old doctrines interfere with the policy objectives underscoring the new, change is warranted. In my view, this is precisely what the English Court of Appeal did in *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*

[31] For the above reasons, I am prepared to accept that a post-contractual modification, unsupported by consideration, may be enforceable so long as it is established that the variation was not procured under economic duress. In reaching this conclusion, I am mindful that the Supreme Court has cautioned that it is not the role of the courts to undertake "major" reforms in the common law or those that may have "complex ramifications". That is the prerogative of the legislature. "Incremental" changes, however, are permissible: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, [1989]

S.C.J. No. 94 (QL), para. 13 and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, [1991] S.C.J. No. 97 (QL), para. 37.

[32] In my view, the modernization of the consideration doctrine as it is tied to the rule in *Stilk v. Myrick* qualifies as an incremental change. It relieves the courts of the embarrassing task of offering unconvincing reasons why a contractual variation should be enforced. Again having regard to the Supreme Court's admonition, I wish to emphasize that I am not advocating the abrogation of the rule in *Stilk v. Myrick*. Simply, the rule should not be regarded as determinative as to whether a gratuitous promise is enforceable. Nor am I suggesting that the doctrine of consideration is irrelevant when it comes to deciding whether a contractual variation was procured under economic duress. There will be cases where the post-contractual modification is in fact and law supported by valid or fresh consideration. In my view, that type of evidence is important when it comes to deciding whether the contractual variation was procured with the "consent" of the promisor. After all, why would anyone agree to pay or do more than is required under an existing contract in return for nothing? But if the contractual variation was supported by fresh consideration, the argument that the variation was procured under economic duress appears, on the face of it, less convincing and the circumstances more in line with what one expects to see in every commercial contract: a "consensual bargain". On the other hand, for example, a person who agrees to pay more than the original contract price either in writing under seal or in return for a "peppercorn" is entitled to argue that the agreement was procured under economic duress.

#### V. The Issue of Economic Duress

[33] Accepting that, in law, a variation to an existing contract, unsupported by fresh consideration, may be enforceable provided that it was not procured under economic duress, it follows that Nav Canada's appeal falls to be decided on the basis of that doctrine. It should also follow that the party seeking to enforce the variation must establish either that it was not procured under economic duress or that the other party is precluded from raising the duress doctrine for having subsequently affirmed the variation.

Hence, the onus is on Nav Canada to establish that the post-contractual modification was not procured under economic duress.

[34] This part of my analysis has three components. The first offers an overview of the development of the modern and evolving doctrine of economic duress while addressing the question of whether “illegitimate pressure” is or should be an essential component. The second builds upon the existing jurisprudence and offers a general analytical framework to be applied when adjudicating upon the validity of a plea of economic duress. The third part is an application of that framework to the facts of the present case.

A. *The Developing Doctrine of Economic Duress & Illegitimate Pressure*

[35] The task of explaining the origin and development of the economic duress doctrine was simplified by my reliance on the respective works of Professors McCamus and Waddams and, in particular, Professor M.H. Ogilvie’s influential paper “Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End?” (2000) 34 Can. Bus. L.J. 194.

[36] Our Supreme Court has not ruled on the tenets of the economic duress doctrine as articulated by the English courts and as presently being applied by the intermediate appellate courts of this country. There are only two decisions of the Supreme Court that touch on the issue at hand and they were decided long before the English courts recognized economic duress as a basis for rendering a contract or variation of a contract unenforceable. I shall review briefly the two Supreme Court decisions before turning to the English authorities. In *Knutson v. Bourkes Syndicate*, [1941] S.C.R. 419, [1941] S.C.J. No. 21 (QL), the defendant refused to close a real estate transaction unless the plaintiff agreed to pay an additional 15%. After the transaction closed, the plaintiff successfully sought to recover the extra payment. Drawing support from the duress-of-good cases, the Supreme Court held that as the monies were paid “under protest” and were “not voluntary” the plaintiff could recover them, notwithstanding the fact that the defendant thought he had a contractual right to insist on their payment.

Hindsight reveals that the Supreme Court was light years ahead of its time so far as the doctrine of economic duress is concerned. Regrettably, the case attracts little attention in the jurisprudence even though it contains the seeds of the modern duress doctrine and, by extrapolation, supports fully the position taken in these reasons. The Supreme Court's decision in *Peter Kiewit Sons' Co. of Canada Limited v. Eakins Construction Ltd.*, [1960] S.C.R. 361, [1960] S.C.J. No. 13 (QL), involved a claim in restitution. In that case, the plaintiff subcontractor and defendant contractor got into a dispute over whether the former was required to do further work according to the terms of their contract. The defendant threatened that, if the plaintiff did not do the work, it would treat the plaintiff as in default and call in the bonding company. The plaintiff subcontractor did the work but subsequently claimed compensation for it on the ground that the work was not required under the contract. On this point, the majority of the Supreme Court was in agreement. However, while Cartwright J. in dissent concluded that the plaintiff had acted under "practical compulsion", the claim failed on the ground that the plaintiff had voluntarily agreed to do the extra work as part of the original contract. Commentators have not been persuaded by the majority's analysis and, given the developments in the law over the last forty years, this decision appears to have carried little persuasive force with lawyers and judges alike: Law Reform Commission of British Columbia, *Report On Performance Under Protest*, LRC 81 (Vancouver: Ministry of Attorney General, 1985).

[37]                Given the paucity of Supreme Court decisions in this area of the law, Canadian courts have traditionally turned to the English jurisprudence. Under English law, and prior to 1975, duress as a ground for holding a contract unenforceable was limited to the categories of duress to the person (actual or threatened violence) and duress of goods. With respect to duress to the person, the "gun to the head" inducement to contract formation has never been acceptable according to the common law's consensual model of contract formation. As to duress of goods, the classic case is the one in which a pawn broker demands an excess payment before agreeing to release goods that are being held: *Astley v. Reynolds* (1731), 93 E.R. 939. However, in 1975, the English courts began to recognize economic duress as a form of coercion that would render "voidable"

an otherwise enforceable agreement: *Occidental Worldwide Investment Corp. v. Skibs A/S Avanti (sub nom, The Sibeon and The Sibotre)*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 293 (Q.B.).

[38] In 1979, the Privy Council extended the duress doctrine to include economic duress in the leading case of *Pao On v. Lau Yiu Long*, [1979] 3 All E.R. 65 (P.C.), [1980] A.C. 614. The essential facts of that case are as follows. The plaintiff had agreed to sell the shares of his company to the defendant in return for the defendant's shares in the defendant's company. However, the plaintiff also extracted a guarantee from the defendant that if the shares in the defendant's company fell, the defendant could be required to repurchase the shares at a stipulated value. Unfortunately for the plaintiff, the guarantee was worded such that if the value of the shares in the defendant's company were greater than the stipulated value, the defendant could purchase the shares at the stipulated price and enjoy the increased value of the shares. When the plaintiff realized his error, he refused to close the transaction unless the defendant executed a new guarantee enabling the plaintiff to retain the shares if they went up in value. The defendant, being confronted by negative publicity should the deal not close, took legal advice and decided to issue a second guarantee in the form requested. Ultimately, the shares went down in value and the plaintiff demanded that the defendant honour his guarantee. The defendant refused on several grounds, including "want of consideration" and "economic duress".

[39] In *Pao On*, Lord Scarman defined duress as "a coercion of the will so as to vitiate consent" and went on to indicate that "in a contractual situation commercial pressure is not enough." Again, the compulsion had to be such that the party was "deprived of 'his freedom of exercising his will'". In applying this test, Lord Scarman indicated, at page 79 (All E.R.), that the following evidence could be relevant: "American judges pay great attention to such evidential matters as the effectiveness of the alternative remedy available, the fact or absence of protest, the availability of independent advice, the benefit received, and the speed with which the victim has sought to avoid the contract." In order to meet the test for economic duress, then, it must be shown that the conduct coerced did not amount to a voluntary act. Applying these criteria to the facts of

*Pao On*, Lord Scarman held that the defendant had submitted to commercial pressure, but not to coercion in the requisite sense. The Privy Council accepted the trial judge's finding that the defendant had "considered the matter thoroughly, chose to avoid litigation, and formed the opinion that the risk in giving the guarantee was more apparent than real."

[40] While commentators agree that the "overborne will" threshold is either too difficult to meet or too vague, Lord Scarman soon had the opportunity to revisit his earlier formation of the doctrine, only this time sitting as a member of the House of Lords in *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers' Federation*, [1982] 2 All E.R. 67 (H.L.), [1983] 1 A.C. 366. The litigation in that case arose after the defendant trade union threatened to "black" the plaintiff's ships unless the latter complied with the union's demands by making certain monetary payments and entering into collective agreements governing the conditions of employment for the vessel's crew. The objective was to prevent the employment of cheap labour on ships flying flags of convenience. The effect of "blacking" is to prevent a ship from leaving port because of the corresponding refusal by tugboat owners to provide the necessary services. One of the trade union's demands was that the ship owners make a payment to the trade union's "welfare fund". The plaintiff complied with the demands but, after leaving port, sought recovery of the amounts paid on the basis that they were paid under economic duress. By the time the case reached the House of Lords, the trade union conceded that the payment to the welfare fund was made under economic duress but argued that the union was immunized from a restitutionary claim under the *Trade Union and Labour Relations Act*, 1974. The majority of their Lordships held that although the legislation conferred immunity against an action in tort in respect of interference with contractual relations (here, between the ship owners and the tugboat owners), the legislation did not confer immunity in respect of a restitutionary action and, therefore, the money was recoverable.

[41] In dissent, Lord Scarman took the opportunity to reform the tenets of the economic duress doctrine as stated in *Pao On*. He cited *Barton v. Armstrong*, [1975] 2 All E.R. 465, [1976] A.C. 104 (P.C.) and *Pao On* for the proposition that the test for economic duress now comprises two elements: "(1) pressure amounting to compulsion of

the will of the victim; and (2) the illegitimacy of the pressure exerted.” With respect to the first branch of the test, Lord Scarman observed that the requirement is variously stated in the authorities as “coercion or the vitiation of consent.” In his view, however, “[t]he classic case of duress is ... not the lack of will to submit but the victim’s intentional submission arising from the realisation that there is no other practical choice open to him.” Lord Scarman then proceeded to consider the matters set out in *Pao On* as relevant to but not dispositive of this issue. Thus, even though the ship owners had not protested at the time of entering into the agreements with the trade union, it was nonetheless clear that they had no practical alternative but to submit to the arrangement. Having satisfied the first branch of the test, Lord Scarman held that it was necessary to determine whether the pressure exerted was “legitimate”. With respect to this branch of the test, he held that two matters “may” have to be considered. The first is the “nature of the pressure”, which in many cases will be decisive, though not in every case. The second consideration is stated in terms of the “nature of the demand”. With respect to the first branch, the nature of the pressure, Lord Scarman held that the threat of unlawful action is invariably regarded by the law as “illegitimate”. On the facts, however, the unlawful threatened action was immunized from suit by the legislation; accordingly, it was a legitimate exercise of pressure that did not constitute duress. Consequently, Lord Scarman next examined the “nature of the demand”. In that regard, he held that it was necessary to decide whether the demand for contributions to the welfare fund was lawful, which depended on “whether it was an act done in contemplation or furtherance of a trade dispute” and, specifically, on whether the contributions were connected with the terms and conditions of employment as set out in the legislation. Lord Scarman answered those questions in the positive. The nature of the demand being lawful, he held that the contributions were not recoverable. In short, *Universe Tankships* is a case in which the House of Lords was asked to decide whether contractual concessions procured through the exercise of otherwise unlawful acts were legitimized by legislation.

[42] It is of significance to the law that the majority of the House of Lords did not take issue with Lord Scarman’s contention that the economic duress doctrine includes the concept of illegitimate pressure. For example, Lord Diplock, one of the justices in the

majority, held that the trade union's concession that the payment to the welfare fund was made under economic duress rendered it unnecessary to examine the developing law of economic duress. His Lordship did, however, identify the rationale underscoring this development in the common law at pp. 75-76: "The rationale is that his apparent consent was induced by pressure exercised upon him by that other party which the law does not regard as legitimate, with the consequence that the consent is treated in law as revocable unless approbated either expressly or by implication after the illegitimate pressure has ceased to operate on his mind."

[43] No one questions that tortuous or criminal conduct amounts to unlawful pressure and that unlawful pressure qualifies as illegitimate pressure. However, it is equally clear that pressure does not have to be characterized as "unlawful" in order to be found "illegitimate". This leads one to ask when lawful pressure moves from the category of legitimate to illegitimate pressure? Regrettably, no one, judge or commentator alike, has been able to explain how one goes about answering that question. The subsequent decision of the House of Lords in *Dimskal Shipping Co SA v. International Transport Workers' Federation (The Evia Luck)*, [1991] 4 All E.R. 871 (H.L.), [1992] 2 A.C. 152, avoided that very question in factual circumstances similar to those that arose in *Universe Tankships* by saying that it was unnecessary to address the broad question of what constitutes illegitimate economic pressure, since it is accepted that blacking or threat of blacking qualifies as illegitimate economic pressure unless legitimized by statute.

[44] Although Canadian Courts are no longer bound to follow the English authorities, regrettably, the criterion of illegitimate pressure has been absorbed into the fabric of the Canadian jurisprudence without comment. The three most cited decisions on economic duress in Canada are *Stott v. Merit Investment Corp.* (1988), 63 O.R. (2d) 545 (C.A.), [1988] O.J. No. 134 (QL); *Gordon v. Roebuck* (1992), 9 O.R. (3d) 1 (C.A.), [1992] O.J. No. 1499 (QL) and *Techform Products Ltd. v. Wolda*. In each instance, the Court applied the tenets of the economic duress doctrine stated in the English authorities.

[45] No one has been as critical of the introduction of the additional test of illegitimate pressure as Professor Ogilvie in “Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End?” (at pp. 219-220 and 224):

This survey shows the English case law to date on economic duress is characterized by false starts, pregnant remarks and loose ends. ... Defining illegitimacy has proven difficult, especially after its extension to acts otherwise lawful, requiring yet another test to determine when legitimate conduct becomes illegitimate for the purposes of economic duress. Why legitimacy should be the sole criterion or even a criterion, as Lord Goff suggests in *The Evia Luck*, is unclear, especially once it is extended beyond criminal and tortious conduct.

[...]

Why illegitimacy of pressure was introduced to test for economic duress is difficult to discern from the speeches in *The Universe Sentinel*. Nor is it clear from the speeches of Lords Diplock and Scarman that it was introduced as the gold standard it has subsequently become.

[46] Like Professor Ogilvie, I am not convinced that the doctrine of economic duress should incorporate a criterion of illegitimate pressure when it comes to cases involving a variation to an existing contract. If we apply Lord Scarman’s approach it should follow that most contractual variations will be classified as having been procured through the exercise of legitimate commercial pressure. Let me explain. According to Lord Scarman, two matters must be considered when determining what pressure is illegitimate: (1) the nature of the pressure; and (2) the nature of the demand. In cases involving the variation of an existing contract, inevitably the nature of the pressure is the threatened breach of the contract: the “coercer” threatens to withhold performance under the contract until such time as the “victim” capitulates to the coercer’s demands. Of course, a threatened breach of contract is not only lawful but in fact constitutes a right which can be exercised subject to the obligation to pay damages and possibly to an order for specific performance: *Hillspring Farms Ltd. v. Leland Walton & Sons Ltd.* (2007), 312 N.B.R. (2d) 109, [2007] N.B.J. No. 19 (QL), 2007 NBCA 7. This takes us to the

second prong of Lord Scarman’s framework: the nature of the demand. Once again, the typical variation case is one in which the coercer demands a variation to the contract. Invariably, the coercer demands that the victim pay or do more than is required under the existing contract. But once again there is nothing to support the argument that the nature of this typical demand should be classified as illegitimate. In brief, the application of the two-fold test articulated by Lord Scarman, when applied to cases involving a contractual modification, should lead to the conclusion that the pressure typically exerted falls within the “legitimate” category. In other words, courts would be forced to begin their analysis on the premise that the pressure exerted falls within the category of “legitimate commercial pressure”.

[47] In my view, the criterion of illegitimate pressure adds unnecessary complexity to the law of economic duress, and presently lacks a compelling juridical justification, at least with respect to its application in the context of the enforcement of contractual variations. The law does not provide a workable template for distinguishing between legitimate and illegitimate pressure. Admittedly, we know that tortious or criminal conduct qualifies as illegitimate pressure and I would be prepared to go so far as to say that a party who acts in “bad faith” in demanding a variation to a contract is exerting illegitimate pressure. However, without a template for distinguishing between legitimate and illegitimate pressure in other contexts, litigants and courts are forced to find that some other aspect of the demand for the variation is unacceptable conduct that justifies a finding of illegitimate pressure. There is already evidence that this is what is happening under English law: *Vantage Navigation Corp. v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials PLC*, [1989] 1 Lloyd’s Rep. 138 and *Atlas Express Ltd. v. Kafco (Importers and Distributors) Ltd.*, [1989] 1 All E.R. 641.

[48] My concern is that just as the courts developed legal fictions to enforce otherwise gratuitous promises, so too will they spend too much time trying to explain the difference between illegitimate and legitimate pressure. If we are going to permit the enforcement of gratuitous variations that are not the product of economic duress in order to avoid “fictional” attempts to justify the enforcement of such promises, it follows that

we should not introduce a criterion that may well lead to the development of other legal fictions. Moreover, I am afraid that the distinction between legitimate and illegitimate pressure will soon lead to the understanding that a plea of economic duress can be defeated by a plea of “good faith” on the part of the coercer, a point I shall return to in these reasons.

[49] I cannot help but wonder why Lord Scarman chose to introduce the concept of illegitimate pressure into the analytical framework. One possible explanation lies in a forgotten passage of his Lordship’s reasons in *Universe Tankships*. That passage, at p. 88 (All E.R.), recognizes economic duress to be an independent tort, a novel proposition under Canadian law: “It is, I think, already established law that economic pressure can in law amount to duress; and that duress, if proved, not only renders voidable a transaction into which a person has entered under its compulsion but is actionable as a tort, if it causes damage or loss”. Moreover, Lord Scarman does not qualify this statement by holding that such pressure is limited to tortious or criminal conduct. I cannot help but wonder whether Lord Scarman was of the view that “illegitimate pressure” is a condition precedent to the actionable tort of economic duress. If that were his intention, then perhaps the concept of illegitimate pressure should be directed at or reserved for those cases where the exercise of economic duress results in the formation of a contract rather than its modification. I say this having regard to the fact that *Universe Tankships* dealt with the former and not the latter. Be that as it may, for purposes of deciding this appeal, I need only hold that illegitimate pressure is not a condition precedent to a finding of economic duress where the remedy being sought is declaratory or restitutionary in nature. It is one thing to have a contractual variation declared unenforceable or to demand the return of property extracted under economic duress and quite another to seek damages for the exercise of illegitimate pressure.

[50] In conclusion, I am not prepared to hold that illegitimate pressure is a condition precedent to a finding of economic duress in cases involving post-contractual modifications to executory contracts. I am in complete agreement with Professor Ogilvie when she writes that the legitimacy of the pressure is not what is important but rather its

impact on the “victim”: “Forbearance and Economic Duress: Three Strikes and You’re Still Out at the Ontario Court of Appeal”, at para. 26.

B. *Economic Duress – The Analytical Framework*

[51] Having rejected illegitimate pressure as a criterion to be applied when deciding whether a contractual variation was procured under economic duress, it is incumbent on this Court to identify the tenets of that doctrine. Once again, I must reiterate that my analysis applies to the plea of economic duress being raised with respect to the enforceability of variations to an existing contract and not in regard to the formation of the underlying contract. Is the distinction a valid one? I have already indicated as much when it comes to the issue whether the doctrine of economic duress also serves as an independent source of tortious liability. As well, the distinction avoids adding further and unnecessary complexity to the law. I do not feel that anything is to be gained by infusing into the economic duress doctrine concepts such as inequality of bargaining power, unconscionability and undue influence, all of which are key doctrines when it comes to the formation of a contract and its enforceability. By contrast, cases involving modification of variation of an existing contract are not decided on the basis of whether the victim is a sophisticated or unsophisticated party. The critical factor is whether the victim had any practical alternative but to capitulate to the demand for the contract change. On some occasions the victim will be Goliath and on others it will be little David. That said, I must deal with the concept of “independent legal advice”, as it does crop up in the case law dealing with economic duress.

[52] While the jurisprudence continues to speak of the economic duress doctrine in terms of whether the will was overborne, the consent vitiated, or the contract varied voluntarily, the objective of the exercise is to determine whether the variation was the product of an agreement. I begin with the premise that the hallmark of every commercial agreement is a “consensual bargain” and this applies equally to variations to existing contracts. So far as the element of “bargain” is concerned, that component is measured according to the consideration doctrine, but as discussed earlier, a lack of

consideration should not inevitably lead to the conclusion that a gratuitous promise is unenforceable. A gratuitous promise may still be enforceable, if it is the product of a consensual agreement. Leaving aside for the moment the issue of whether the contractual variation is supported by consideration and accepting that “consent” or “agreement” remains the hallmark of an enforceable agreement, I offer the following general framework for deciding whether a contractual variation was the product of “coercion” or “economic duress”. I say general framework because some cases are easier to decide than others. For example, special consideration might be given to variations extracted in the employment context, some of which are regulated by the common law or statute or both. What I am dealing with is a commercial contract regulating the business affairs of two corporations that were formed for purposes of promotion and protecting the public interest.

[53] Subject to the above observations, a finding of economic duress is dependent initially on two conditions precedent. First, the promise (the contractual variation) must be extracted as a result of the exercise of “pressure”, whether characterized as a “demand” or a “threat”. Second, the exercise of that pressure must have been such that the coerced party had no practical alternative but to agree to the coercer’s demand to vary the terms of the underlying contract. However, even if those two conditions precedent are satisfied, a finding of economic duress does not automatically follow. Once these two threshold requirements are met, the legal analysis must focus on the ultimate question: whether the coerced party “consented” to the variation. To make that determination three factors should be examined: (1) whether the promise was supported by consideration; (2) whether the coerced party made the promise “under protest” or “without prejudice”; and (3) if not, whether the coerced party took reasonable steps to disaffirm the promise as soon as practicable. Admittedly, the last two factors are more likely to have a bearing on the ultimate outcome of a case than the first. As well, note that under this general framework, no reference is made to the supposed victim having “independent legal advice” or to the “good faith conduct” on the part of the supposed coercer. I shall also deal with these matters separately. For the moment, I am going to focus on the framework outlined above.

[54] While it might appear trite to hold that, to meet the first threshold requirement, the contractual variation must be the product of pressure exerted by the promisee (the coercer), there may be cases where this is not so. If the variation comes at the instance of the promisor (the so-called victim), as happened in *Williams v. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*, it cannot be credibly argued that variation was coerced. Admittedly, such a case may be rare. In most instances pressure for the contractual variation will come from the promisee in the form of an express or implied threat to breach the underlying contract, usually by withholding future performance. I have included implied threats in anticipation of the sophisticated promisee, aided by astute counsel, who attempts to camouflage the coercive nature of the variation demand by avoiding the use of combative language amounting to a threat to withhold promised goods or services until such time as the promisor capitulates to the demand. In the end, it may be a question of judgment whether the facts support the contention that the promisee exerted the requisite pressure, such as by threatening to breach the contract by withholding performance.

[55] Once we accept that pressure has been exerted, we turn to the second condition precedent: whether the promisor could have resisted the pressure and refused to agree to the modification. It is a central feature of the doctrine that a plea of economic duress will fail unless it is established that the promisor (victim) had no practical alternative but to capitulate to the demands of the promisee (coercer). Thus, for example, it is a question of judgment whether the victim could have resisted the coercer's demands and gone to a third party to obtain the performance promised in the underlying contract, while suing the coercer for damages for breach of contract. If the evidence establishes that other practical alternatives were available to the victim, the plea of economic duress must fail at the threshold stage. On the other hand, if the evidence establishes a lack of practical alternatives, the law requires the analysis to continue before a finding of economic duress is warranted. In short, the absence of practical alternatives is evidence of a lack of consent, but is not conclusive of the issue. The law is still concerned with the possibility that the contractual variation may have been consented to for reasons that the

promisor alone deems sufficient. This leads us to ask how one goes about assessing the presence or absence of “consent”.

[56] If the variation is not supported by consideration, in the classical sense, the court may be more sympathetic to the plea of economic duress. After all, why would anyone agree to pay more or do more in return for nothing? There is one ready answer to that question: the promisor had no practical alternative other than to submit to the coercer’s demands. The variation is not the product of an agreement for which the promisor’s “consent” or “agreement” is essential if the variation is to be deemed enforceable at law. But as we know, even if there is consideration for the contractual variation, it may still be unenforceable under the doctrine of economic duress. It is of little consolation to those who have been held to commercial ransom that their promise is enforceable under the doctrine of consideration because the variation was procured under “seal” or with the payment of a “peppercorn” in exchange. In summary, and as a basic proposition, we must accept that a contractual variation unsupported by consideration in the classical sense bolsters the argument that it was procured under economic duress. On the other hand, a variation supported by fresh consideration lends weight to the argument that it was the product of commercial pressure and not economic duress.

[57] There is no doubt that the easiest and most convincing way to establish that a contractual variation was procured under economic duress and, therefore unenforceable, is to show that it was made “under protest” or “without prejudice” to the promisor’s right to insist on performance in accordance with the original contract. While some American courts have declared that “protest” is an essential component of the right to avoid a contract under duress (see A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, rev. ed., vol 2. (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993), at 7:21), this is not true according to English and Canadian law. In brief, a failure to “object” to the variation is not necessarily fatal to a plea of economic duress. However, the failure of the promisor to voice any objection at the time that contractual variation was extracted may ultimately prove fatal to the plea of economic duress. Let me explain.

[58] Assuming that the promisor fails to agree under protest or without prejudice to existing legal rights, his or her plea of economic duress is weakened as the court struggles with the promisee's contention that the variation was the product of agreement and not coercion. If the variation is supported by fresh consideration and there has been no protest, one has to seriously question the validity of the plea of economic duress. While the failure to agree under protest is not fatal to a successful plea of economic duress, the plea may become unavailable with the passage of time, whether or not the contractual variation was supported by consideration. In the absence of a promise made under protest, the law insists that the victim take reasonable steps to repudiate or disaffirm the promise as soon as practicable. Generally, this will occur after the pressure dissipates, which is usually once the threat of breaching the contract has lost its persuasive force. If money has been paid under the variation and the coercer has performed his or her part of the bargain as outlined in the underlying contract, then the victim should act responsibly in seeking its recovery. If the variation is a bald promise to pay and the coercer performs his or her part of the bargain, then the victim should continue to resist payment (as happened in this case).

[59] The law is clear that a promisor who, for example, sits back and waits several years before challenging the enforceability of the variation will be deemed guilty of acquiescence and though the plea of economic duress may have been made out, it will fail on this ground. This is what happened in *Stott v. Merit Investment Corporation*. Although the Court of Appeal found the agreement was entered into under economic duress, the failure of the defendant promisor to disavow himself of the agreement until several years after it was signed was fatal to his defence. Once again, it is important to note that the law will reject a plea of economic duress where commercial parties make deliberate decisions that they later regret. In "Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End?", Professor Ogilvie expresses this accurately at p. 204:

The [cases] demonstrate that parties who voluntarily negotiate agreements that they believe to be advantageous cannot subsequently rely on economic duress to avoid those agreements. ... [E]conomic duress does not function to

relieve parties from commercial bargains subsequently perceived or experienced to be burdensome.

[60] To this point, I have not addressed whether “independent legal advice” is a relevant consideration. According to the Privy Council’s decision in *Pao On*, and relying on the American jurisprudence, it is a factor that must be examined. On the other hand, courts have questioned the relevance of this factor. In *Gordon v. Roebuck*, McKinlay J.A. adroitly observed that the independent advice is likely to focus on whether the victim has any practical alternative other than to capitulate to the demands of the coercer. Indeed, one cannot help but speculate that it would be rare for sophisticated commercial parties, such as those before us, not to consult legal counsel and have their solicitors draft correspondence to bolster their clients’ respective positions in anticipation of a possible plea of economic duress. The fact of the matter is that access to independent legal advice on the part of the victim is not sufficient to overcome the finding that he or she had no alternative but to submit to the contractual variation demanded by the coercer. As stated earlier, it seems to me that the notion of “independent legal advice” is more amenable to cases where a person has entered into an improvident bargain which is attacked on the grounds of unconscionability, undue influence and duress. Insurance settlements come quickly to mind: *Permaform Plastics Ltd. v. London & Midland General Insurance Co.* (1996), 110 Man. R. (2d) 260 (C.A.), [1996] M.J. No. 322 (QL). These are the cases where the law favours the consumer and the courts are favourably disposed to scrutinize the fairness of the bargain. But in most cases where economic duress is pleaded, the parties are commercial entities with ready access to legal counsel. That said, there may be cases where independent legal advice becomes a relevant consideration in cases involving a contractual modification. For example, an unsophisticated promisor is dilatory in disaffirming the contractual variation. The fact that the promisor did not act as quickly as he or she should have might be forgiven because of a lack of independent legal advice. At the end of the day, however, I am hesitant to embrace the notion of independent legal advice as an integral component of the economic duress doctrine.

[61] Finally, both the literature and jurisprudence make reference to the motives or reasons underscoring the coercer's demands for a contractual variation, as though they are a relevant consideration. I label this the "good faith" argument or requirement. For example, if the coercer refuses to perform under an existing contract unless the other party agrees to pay more than the contract price and the reason for the demand is that the coercer's supplier has imposed a corresponding increase in price, it could be perceived that the coercer's demands reflect good faith on his or her part. More so, if the price increase is critical to the coercer's survival as a commercial enterprise. Implicit in all of this is the understanding that if the promisor is not acting "opportunistically" one should be less sympathetic to the plea of economic duress. The question remains whether that fact should have an impact on the finding of economic duress. In my view, it should not, subject to the following caveat.

[62] I have no doubt that, where the party exerting the pressure is acting in a commercially reasonable manner, in "good faith", a party faced with a demand for a contractual variation might consent for sound business reasons tied to the financial crisis that the demanding party faces. In short, the good faith of the supposed coercer may be a reason why the supposed victim consents to the variation. Thus, the reasons or motives of the promisee for demanding the contractual variation are relevant so far as they may impact on the decision of the promisor to consent to the demand. It is in that limited sense that I believe the reasons underscoring the decision to secure a contractual variation by threatened breach of the underlying contract become relevant. But I do not believe that a plea of good faith should be regarded as either a complete defence to a plea of economic duress or a central tenet of the economic duress doctrine. A person who puts a gun to my head and demands my wallet should be in no better a legal position because he or she is acting in response to a third person who placed a gun against his or her head. I am still entitled to be restored to the position I was in before the gun was put to my head. My wallet must be returned despite the good faith exercised by my coercer.

[63] In summary, the supposed good faith of the coercer should not impact on the victim's contractual right and expectation to receive performance in accordance with

the original terms of the contract. This is why it is important to reiterate that it is not the legitimacy of the pressure that is important, but rather its impact on the victim. The victim may also regret having agreed to the original terms of the contract. But neither party has the right to cry “hardship” and demand changes to the underlying contract in the absence of a contractual provision that provides such relief (e.g. a *force majeure* clause) or the application of the frustration doctrine.

C. *Application to the Facts of the Present Case*

[64] This is not a difficult case when it comes to adjudicating on the validity of the plea of economic duress. Once again, the facts as found by the arbitrator are central to Nav Canada’s argument that the promise to pay for the navigational aid (the DME) was not procured under economic duress. Nav Canada insists that it did not exert any pressure on the Airport Authority. According to Nav Canada’s argument, the Airport Authority was given the option to relocate the old equipment (the NDB) or to go with the new DME, but that if it elected the latter it would have to pay for the DME. Nav Canada argues further that as the Airport Authority was given this option it could not claim that the promise was given because it had no practical alternative but to agree to pay the \$223,000 acquisition cost. As discussed earlier, those are not the facts as found by the arbitrator. He held that Nav Canada had the contractual right to decide whether to relocate the existing equipment or purchase new equipment and that Nav Canada elected to go with the new. The evidence also established that Nav Canada had refused to purchase and install the navigational equipment until such time as the Airport Authority agreed to pay for the DME. Admittedly, Nav Canada did not word its letter to the Airport Authority in terms of withholding performance under the ASF Agreement. Nav Canada chose its words carefully when it said that it was not prepared to provide for the purchase of the equipment when preparing its fiscal budget for the upcoming year. But the practical effect of that letter was to force the Airport Authority to promise to pay the \$223,000. Nav Canada’s threat to breach the contract by withholding performance arose by implication, but as stated earlier that is sufficient for purposes of establishing the plea of economic duress.

[65] As to the question of whether there were practical alternatives available to the Airport Authority, it must be emphasized that Nav Canada exercises a monopoly when it comes to providing aviation services and equipment to public airports throughout Canada. In reality, the Airport Authority could not unilaterally withdraw from the ASF Agreement and turn to another service provider in the industry. The Airport Authority had already expended \$6 million to extend one of its two runways and Nav Canada was threatening to hold up the use of the extended runway for at least another year. In brief, the Airport Authority had no practical alternative but to submit Nav Canada's demand that it agree to pay the cost of the navigational aid.

[66] The two threshold conditions precedent to a successful plea of economic duress have been met in this case: Nav Canada exerted pressure to obtain what amounts to a contractual modification to the ASF Agreement, and the Airport Authority was left with no practical alternative but to capitulate to Nav Canada's demand. This does not end the legal analysis. It remains to be decided whether the Airport Authority consented to the variation notwithstanding the circumstances in which the promise was made. The fact that the promise was not supported by fresh consideration suggests that consent was lacking and, indeed, this inference is confirmed by the phrasing of the Airport Authority's letter of February 20, 2003: "Your arbitrary deadline has now forced us to make funds available under protest." Even if those words had not been used, there is nothing in the record to indicate that the Airport Authority acquiesced to Nav Canada's demand and pressure by virtue of the lapse of time. This is not a case where money was paid and the plaintiff did nothing in an effort to secure its repayment. This is a case in which the victim (the Airport Authority) refused to pay from the very outset and has not deviated from that position now that the coercer (Nav Canada) has fulfilled its contractual obligations under the underlying contract (the ASF) in accordance with the analytical framework set out in these reasons for judgment.

[67] In concluding that the plea of economic duress was established and that the arbitrator erred in finding that the subsequent correspondence qualified as a separate and enforceable contract, I have not made reference to the matters of "independent legal

advice” and “good faith”. Nav Canada argues that the Airport Authority was in receipt of independent legal advice over the relevant period of time. I will not speculate on whether Nav Canada also retained legal counsel in the months leading up to the exchange of correspondence, other than to state that the correspondence reflects an awareness of the tenets of the doctrine of economic duress. In any event, this factor could have no bearing on the determination regarding economic duress. Finally, it may well be that Nav Canada truly believed that it had no contractual obligation to pay for the cost of the navigational aid and as such was acting in good faith. But it is equally plausible, as claimed by the Airport Authority, that Nav Canada was simply attempting to offload its responsibility to purchase navigational equipment onto an unwilling and unrelenting “victim”. If that were its true intent then it failed to achieve that objective because of the economic duress doctrine. In any event, “good faith” is not a defence to a plea of economic duress when dealing with the enforceability of a contractual variation.

VI. Conclusion/Disposition

[68] I would dismiss the appeal and award costs of \$6,600, based on an amount in issue of \$223,000, as per Note 1 to Tariff “A”, Scale 3, in Rule 59 of the *Rules of Court*.

LE JUGE ROBERTSON

I. Le cadre général

[1] En dernière analyse, notre Cour doit statuer, en l'espèce, sur le caractère exécutoire de ce qui constitue une modification à un contrat existant ou, comme on l'appelle habituellement, la modification postcontractuelle d'un contrat à exécuter. Il s'agit d'une question inédite qui fait intervenir les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles liés à la définition et à l'application de la doctrine de la contrepartie et de celle de la contrainte économique.

[2] Du fait d'une prérogative fédérale, l'appelante, Nav Canada, a la responsabilité et le droit exclusifs de fournir des services et du matériel aéronautiques à l'intimée, la Greater Fredericton Airport Authority Inc. Leur rapport contractuel est régi par la *Convention relative aux services et aux installations aéronautiques* (la « CSIA »). Le litige découle de la décision d'Airport Authority, c'est-à-dire l'administration aéroportuaire, de prolonger une de ses deux pistes, au prix de 6 millions de dollars, et de la demande qu'elle a faite à Nav Canada afin que cette dernière déplace son système d'atterrissage aux instruments situé sur l'autre piste et le réinstalle sur celle qui était prolongée. Ce système comprenait notamment une aide à la navigation aérienne appelée « NDB » (il s'agit d'un radiophare non directionnel). Nav Canada a conclu qu'il était plus intéressant, sur le plan financier, de remplacer cette aide à la navigation aérienne par une autre, appelée « DME » (qui consiste en de l'équipement de mesure de distance). Toutefois, un différend s'est bientôt fait jour en ce qui concernait la question de savoir laquelle des parties devait payer le coût d'achat, qui s'établissait à 223 000 \$. Dans une lettre adressée à l'administration aéroportuaire, Nav Canada a indiqué qu'elle refusait de prévoir, dans son budget fiscal pour l'exercice à venir, l'achat du DME, à moins que l'administration aéroportuaire ne consente à payer les 223 000 \$. Dès le départ, l'administration aéroportuaire a insisté sur le fait qu'elle n'était pas contractuellement

tenue de payer, mais elle a fini par capituler dans une lettre écrite [TRADUCTION] « sous toutes réserves » afin de s'assurer que la piste prolongée devienne opérationnelle. S'appuyant sur cette lettre, Nav Canada a installé l'équipement nécessaire. Par la suite, l'administration aéroportuaire a refusé de payer et les parties ont accepté de soumettre la question à l'arbitrage conformément à la *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B. 1992, ch. A-10.1.

[3] L'arbitre a statué que Nav Canada possédait, aux termes de la CSIA, le droit exclusif de décider s'il y avait lieu de remplacer les aides à la navigation aérienne mais qu'il n'y avait rien dans cette convention qui lui donnait le droit de solliciter le remboursement des frais engagés pour l'achat du DME. Par conséquent, selon l'arbitre, l'administration aéroportuaire n'était pas contractuellement obligée de payer l'aide à la navigation aérienne en question. Toutefois, l'arbitre a ensuite statué que les lettres que les parties s'étaient ultérieurement échangées donnaient naissance à un contrat distinct et obligatoire, appuyé par une contrepartie, et que pour ce motif Nav Canada était donc en droit de recouvrer le coût d'achat. En arrivant à cette conclusion, l'arbitre a rejeté l'argument selon lequel l'expression « sous toutes réserves » était suffisante pour écarter toute responsabilité contractuelle. De plus, il a rejeté l'argument de l'administration aéroportuaire voulant que Nav Canada ait omis de soulever dans ses plaidoiries la question du contrat distinct et que l'administration aéroportuaire ait donc été victime d'un [TRADUCTION] « piège pendant le procès ».

[4] En appel devant la Cour du Banc de la Reine, ni l'une ni l'autre des parties n'ont contesté la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'administration aéroportuaire n'était pas contractuellement tenue de payer l'aide à la navigation aérienne aux termes de la CSIA. Toutefois, la décision de l'arbitre a été annulée pour trois motifs. Premièrement, le juge saisi de l'appel a statué que puisque la question du [TRADUCTION] « contrat distinct » n'était pas prévue dans la convention d'arbitrage, l'arbitre n'avait pas compétence pour conclure à la responsabilité contractuelle pour ce motif. Deuxièmement et contrairement à la conclusion tirée par l'arbitre, le juge saisi de l'appel a statué que même si la compétence de l'arbitre était suffisamment étendue, Nav Canada n'avait pas plaidé la question du contrat distinct. Troisièmement, le juge a conclu qu'on ne pouvait

tenir pour acquis que la lettre écrite [TRADUCTION] « sous toutes réserves » donnait naissance à une convention portant que l'administration aéroportuaire paierait l'aide à la navigation aérienne. Selon l'interprétation qu'il a retenue, la lettre signifiait plutôt que l'administration aéroportuaire ne paierait que si elle était tenue contractuellement « responsable » aux termes de la CSIA. Le juge saisi de l'appel a donc statué que Nav Canada n'avait pas droit au remboursement des frais engagés au titre de l'aide à la navigation aérienne.

[5] Dans les motifs qui suivent, je conclus que le juge saisi de l'appel a commis une erreur à deux égards importants. En premier lieu, selon moi, l'arbitre avait compétence pour statuer sur la question de savoir si les parties avaient passé un contrat distinct. En second lieu, je reconnais aussi que le juge saisi de l'appel a commis une erreur en infirmant à la fois la décision de l'arbitre selon laquelle les plaidoiries de Nav Canada étaient suffisantes en ce qui concerne cette question et sa conclusion connexe selon laquelle il n'y avait pas eu de [TRADUCTION] « piège pendant le procès ». Toutefois, je suis également d'avis que l'appel doit être rejeté. À l'instar du juge saisi de l'appel, je conclus, avec déférence, que l'arbitre a commis une erreur en statuant que la correspondance subséquente constitue un contrat exécutoire (ou une modification apportée à un contrat existant). Mes motifs sont cependant fondamentalement différents de ceux du juge saisi de l'appel.

[6] Une fois le présent appel dépouillé des questions de plaidoiries et de compétence, notre Cour doit statuer sur le bien-fondé de la conclusion de l'arbitre relativement au caractère exécutoire d'une promesse qui équivaut à la modification d'un contrat existant. Nav Canada conteste cette qualification et prétend qu'elle n'était pas contractuellement tenue d'acheter le DME et qu'en fait, elle avait laissé à l'administration aéroportuaire le soin de décider si elle préférerait que Nav Canada remplace le NDB par un DME ou déplace tout simplement l'ensemble du système d'atterrissage aux instruments jusqu'à la piste prolongée, choix qui n'est pas prévu dans la CSIA. Nav Canada insiste sur le fait que c'est l'administration aéroportuaire qui a opté pour le DME. Ces arguments sont examinés plus loin et sont jugés incompatibles avec les

conclusions de fait de l'arbitre. Par conséquent, puisque l'arbitre a également conclu que l'administration aéroportuaire n'était pas contractuellement tenue de payer l'aide à la navigation aérienne aux termes de la CSIA, la promesse subséquente de l'administration aéroportuaire de payer constitue une modification de ce contrat. Nous devons examiner quatre questions ressortissant au caractère exécutoire de cette promesse : (1) celle de savoir si la modification était appuyée par une contrepartie fraîche; (2) dans la négative, celle de savoir si la modification (promesse gratuite) est exécutoire dans la mesure où elle n'a pas été obtenue par une contrainte économique; (3) celle de savoir si la modification a été obtenue par une contrainte économique et (4) corrélativement, celle de savoir si une conclusion de contrainte économique dépend d'une conclusion voulant qu'il y ait eu exercice d'une « pression illégitime ».

[7] Dans les motifs qui suivent, je conclus que l'arbitre a commis une erreur en concluant que la modification était appuyée par une contrepartie fraîche. En droit, toutefois, je suis disposé à reconnaître et apporter un changement « progressif » aux règles traditionnelles en statuant qu'une modification qui n'est pas appuyée par une contrepartie demeure exécutoire à la condition qu'elle n'ait pas été obtenue par suite d'une contrainte économique. Cette approche plus précise nous amène à examiner de quelle façon la modification contractuelle en question a été obtenue. À mon avis, l'administration aéroportuaire n'avait pas [TRADUCTION] « d'autre solution concrète » que d'accepter de verser une somme qu'elle n'était pas légalement tenue de payer. Nav Canada a implicitement menacé de suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que l'administration aéroportuaire se rende à ses exigences et paye le coût de l'aide à la navigation aérienne. Toutefois, l'absence d'autres solutions concrètes est tout simplement une indication de contrainte économique, pas une preuve concluante de son existence. La véritable pierre angulaire de cette doctrine est l'absence de « consentement ». À cet égard, le fait est, et cela est incontesté, que l'administration aéroportuaire n'a jamais « consenti » ni « donné son accord » à la modification, comme le montre la lettre dans laquelle elle accepte de payer [TRADUCTION] « sous toutes réserves ». Toutefois, cela ne clôt pas la question. Il existe des décisions dans lesquelles les tribunaux ont statué que l'exercice d'une [TRADUCTION] « pression illégitime » est

une condition préalable à une conclusion de contrainte économique. Je refuse, en toute déférence, l'invitation qui nous est faite de reconnaître ce genre de pression comme étant un élément essentiel de la doctrine de la contrainte, du moins dans les instances se rapportant au caractère exécutoire de modifications apportées à un contrat existant. Ce n'est pas la légitimité de la pression qui est importante, mais bien son incidence sur la victime sauf, peut-être, si l'on essaie d'établir qu'une conclusion de contrainte économique est assimilable à une conclusion de délit indépendant.

## II. Historique

[8] Puisque les motifs du juge saisi de l'appel sont complets et publiés à (2006), 305 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 344, [2006] A.N.-B. n° 472 (QL), 2006 NBBR 372, il n'est pas nécessaire de rappeler les faits sous-jacents dans le détail. Jusqu'en 1996, le ministre des Transports fédéral était responsable de l'aviation civile au Canada. Cette année-là certaines des attributions du Ministre ont été confiées à Nav Canada, compagnie constituée en personne morale à cette fin. Afin de réaliser cet objectif, le Ministre a passé la CSIA avec Nav Canada. Cette convention traite expressément des services de navigation aérienne à l'aéroport de Fredericton. Au printemps 2001, le Ministre a cédé ses attributions restantes à l'administration aéroportuaire, laquelle est, de ce fait, devenue partie à la CSIA. À l'époque, l'aéroport de Fredericton avait deux pistes : les pistes 15/33 et 09/27. Pour résoudre deux problèmes graves que posaient ces pistes, l'administration aéroportuaire a décidé qu'il fallait prolonger la piste n° 09/27 et déplacer vers cette piste le système d'atterrissage aux instruments (le système « ILS ») qui était utilisé sur la piste n° 15/33. L'administration aéroportuaire a demandé à Nav Canada de prendre les mesures nécessaires pour effectuer ce déplacement. Dès le départ, il a été entendu que l'administration aéroportuaire assumerait le coût du déplacement (de l'installation) du système ILS. Toutefois, Nav Canada a décidé qu'il était plus rentable financièrement de remplacer une des trois composantes existantes de ce système (savoir le NDB) par une nouvelle composante (le DME). Nav Canada a adopté le point de vue voulant que bien qu'elle fût responsable, aux termes de la CSIA, de l'achat du système ILS, le DME ne faisait pas partie du système. Pour ce motif, Nav Canada affirmait que l'administration

aéroportuaire devait acquitter le coût d'achat de 223 000 \$. Nav Canada refusait d'installer le système ILS jusqu'à ce que l'administration aéroportuaire accepte de payer le DME. Le 28 janvier 2003, Nav Canada a écrit à l'administration aéroportuaire une lettre dans laquelle elle disait qu'elle ne prévoirait pas l'achat du DME dans son prochain budget avant qu'une entente soit conclue quant à savoir qui paierait le DME. Elle donnait quelques jours à l'administration aéroportuaire pour prendre une décision. Le 20 février 2003, l'administration aéroportuaire a à son tour fait parvenir à Nav Canada une lettre dans laquelle elle indiquait qu'elle paierait, mais [TRADUCTION] « sous toutes réserves ». Forte de cette lettre, Nav Canada a achevé l'installation du système ILS, y compris le DME. Par la suite, l'administration aéroportuaire a refusé de payer les 223 000 \$.

[9] Dans une convention écrite datée du 10 mai 2005, les parties ont accepté de soumettre leur différend à l'arbitrage conformément aux dispositions de la *Loi sur l'arbitrage*. On ne trouve, dans ce document, aucune mention de la nature du litige si ce n'est dans l'intitulé qui est en partie rédigé ainsi : [TRADUCTION] « Dans l'affaire du contrat intitulé Convention relative aux services et aux installations aéronautiques ... Et dans l'affaire du règlement d'un litige aux termes de ce contrat ». Dans l'exposé de sa demande modifié, Nav Canada sollicitait le remboursement des frais engagés au titre du DME, invoquant à cet égard l'article 25.01 de la CSIA et les assurances qu'avait données l'administration aéroportuaire en ce qui concernait le paiement du coût d'achat et d'installation du DME. Elle y mentionnait expressément les lettres du 28 janvier et du 20 février 2003, susmentionnées. Dans l'exposé de la défense et demande reconventionnelle modifié, l'administration aéroportuaire nie que sa lettre du 20 février 2003 constitue une convention exécutoire par laquelle elle se serait engagée à payer le DME.

[10] L'arbitre a tiré plusieurs conclusions. Premièrement, il a statué que le DME faisait partie intégrante du système ILS et qu'il ne s'agissait pas d'un dispositif autonome. Deuxièmement, il a statué que l'article 25.01 de la CSIA ne pouvait être invoqué aux fins d'obliger l'administration aéroportuaire à assumer le coût du DME. Cet

article traite du déplacement du matériel de navigation et de l'obligation de l'administration aéroportuaire de verser [TRADUCTION] « une juste indemnité au titre de ce déplacement ». L'arbitre a statué que Nav Canada avait rejeté la demande en vue du déplacement du matériel de navigation d'une piste à l'autre. Bien que Nav Canada possédât le droit contractuel de décider unilatéralement d'installer du nouvel équipement, l'arbitre a statué, à la page 22 de ses motifs, qu'au moment où Nav Canada [TRADUCTION] « a exercé son droit d'installer un DME au lieu de déplacer le NDB elle a perdu le droit à une indemnité qui lui était accordé à l'article 25.01.02 de la CSIA ». Cela a amené l'arbitre à se demander si la responsabilité pouvait être fondée sur la [TRADUCTION] « convention distincte » dont faisait état la lettre de l'administration aéroportuaire datée du 20 février 2003. Dans ses motifs, l'arbitre mentionne le fait que l'administration aéroportuaire contestait la conclusion finale de Nav Canada, savoir que la question du [TRADUCTION] « contrat distinct » n'avait pas été plaidée. L'arbitre a ensuite demandé des mémoires concernant cette objection et a finalement rendu une décision défavorable à l'administration aéroportuaire. Les parties pertinentes de la décision de l'arbitre sont ainsi rédigées :

[TRADUCTION]

Je dois rejeter l'objection. L'exposé de la demande fait, avec précision, avec exactitude et avec une concision digne de mention, l'historique du litige relatif à la question de savoir qui doit payer le DME. Les paragraphes 13, 14, 15, 16, 17 et 18 invoquent, en donnant des détails suffisants, la correspondance pertinente. Le paragraphe 19 mentionne à la fois la CSIA et la « convention » qu'a passée la GFAA (l'administration aéroportuaire) « avec NAV CANADA ». J'estime que la plaidoirie était suffisante pour informer la défenderesse que NAVCAN s'appuyait sur deux conventions distinctes et pour lui indiquer quelles étaient ces conventions.

Lorsqu'il a commencé à exposer la preuve de la demanderesse, M<sup>e</sup> Burke m'a expressément informé qu'il allait tenter d'établir l'existence d'une convention distincte de la CSIA, dans laquelle la GFAA s'était engagée à payer le DME. Il m'a renvoyé à une lettre du 20 février 2003 pour preuve de cette convention. Lorsque M<sup>e</sup> Cameron a exposé sa preuve, il n'a pas dit que les plaidoiries

n'invoquaient pas l'existence de cette convention. Il a expressément dit que la défense prétendait qu'il n'existait [TRADUCTION] « aucune convention distincte de la CSIA dans laquelle la GFAA se serait engagée à payer le nouvel équipement ».

À l'audience, des preuves ont été produites des deux côtés. Aucune objection n'a été formulée en ce qui concerne la preuve de la demanderesse qui laissait entendre qu'en raison d'un vice entachant les plaidoiries, la question n'était pas une question réelle que je devais trancher. La défense a contre-interrogé les témoins de la demanderesse sur cette question et a produit ses propres éléments de preuve concernant cette question.

Les avocats m'ont remis un certain nombre de décisions se rapportant aux exigences auxquelles les plaidoiries doivent satisfaire. Je les ai lues avec intérêt. J'ai décidé, toutefois, de m'abstenir de rédiger un traité savant sur l'art de la plaidoirie parce que j'estime que la présente instance ne l'exige pas. La question a été convenablement plaidée et a été examinée en profondeur pendant la présentation de la preuve. J'estime être tenu de trancher cette question.

[11] L'arbitre a ensuite conclu que les lettres que les parties se sont échangées donnaient naissance à un contrat distinct et obligatoire, appuyé par une contrepartie, de telle sorte que l'administration aéroportuaire était contractuellement redevable des 223 000 \$. En fait, la lettre de Nav Canada datée du 28 janvier 2003 constituait une offre et la lettre de l'administration aéroportuaire datée du 20 février 2003 constituait l'acceptation de cette offre. Les parties pertinentes de la lettre du 20 février 2003 sont rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

Le vendredi 14 février 2003, Greater Fredericton Airport Authority Inc. (GFAA) a répondu à la demande que vous lui avez faite de donner à Nav Canada l'engagement de payer l'installation d'un DME sur la piste 09 à l'aéroport de Fredericton. La GFAA était priée de répondre au plus tard le 21 février 2003, puisque c'est là la date limite pour que Nav Canada puisse concevoir et préparer ce projet et effectuer l'installation cette année.

[...]

Dans une télécommunication (Munn/Doyle) datée du 20 février 2003, votre siège social nous a informés que la position du président et chef de la direction, M. Crichton, était que Nav Canada ne paierait pas l'installation du DME. Par conséquent, pour respecter l'échéance du 21 février 2003 que vous nous avez unilatéralement imposée et sous toutes réserves, je vous ai demandé d'aller de l'avant avec l'installation du DME (dont le coût est évalué à 223 000 \$) afin que l'équipement en question soit conçu, préparé et installé cette année.

La GFAA est déçue par la détermination de Nav Canada à se soustraire à son obligation d'acheter le matériel de navigation aérienne civile. Comme vous le savez, nous ne souscrivons pas à votre position selon laquelle l'engagement de Nav Canada de déplacer le système d'atterrissage aux instruments et de le réinstaller sur la piste prolongée n° 09/27 était conditionnel à l'engagement de la GFAA d'assumer les dépenses en capital de Nav Canada. L'échéance que vous avez arbitrairement fixée nous oblige maintenant à mettre des sommes à la disposition de Nav Canada sous toutes réserves. Normalement, nous ne prendrions pas un tel engagement et nous ne voulons pas que Nav Canada considère la présente situation comme un précédent l'autorisant à acheter d'autre matériel de navigation civile aux frais de la GFAA.

L'arbitre a statué que la lettre de l'administration aéroportuaire [TRADUCTION] « établissait clairement que celle-ci acceptait l'offre que lui avait faite NAVCAN ».

[12] L'administration aéroportuaire a sollicité et obtenu l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour du Banc de la Reine. Son principal argument était que l'arbitre avait perdu ou outrepassé sa compétence en examinant une question qui n'avait pas été soumise à l'arbitrage. Conformément au par. 46(1) de la *Loi sur l'arbitrage*, la Cour peut annuler la décision d'un arbitre si la sentence porte sur une question qui n'a pas été soumise à l'arbitrage. L'administration aéroportuaire a prétendu que dès que l'arbitre a décidé que sa responsabilité contractuelle n'était pas engagée aux termes de la CSIA, l'affaire a été close et l'arbitre n'avait donc pas compétence pour examiner la question du contrat distinct. Le juge saisi de l'appel a souscrit à cet argument. Avant d'en

arriver à cette conclusion, il a également examiné les plaidoiries et a conclu que, de toute façon, la question n'avait pas été convenablement plaidée. Le juge saisi de l'appel a estimé que le fait que l'avocat de Nav Canada ait soulevé la question du contrat distinct pendant l'exposé introductif qu'il a fait devant l'arbitre ne constituait pas un préavis suffisant adressé à l'administration aéroportuaire. Subsidiativement, le juge saisi de l'appel a statué que même si l'arbitre avait la compétence voulue et si la question avait été convenablement soulevée, les parties n'avaient pas passé une convention distincte ou nouvelle : la seule interprétation que pouvait recevoir la lettre du 20 février 2003 était qu'elle montrait que l'administration aéroportuaire était disposée à payer si elle était jugée redevable en vertu des dispositions de la CSIA. L'autorisation d'interjeter appel à notre Cour a été accordée le 8 février 2007.

### III. La question de la compétence et celle des plaidoiries

[13] En toute déférence envers le juge saisi de l'appel, je ne puis reconnaître qu'aux termes de la convention d'arbitrage l'arbitre pouvait uniquement s'appuyer sur la CSIA pour se prononcer sur la responsabilité contractuelle. Dans le corps de la convention d'arbitrage du 10 mai 2005, il n'est pas fait mention des questions qui devaient être soulevées et débattues devant l'arbitre. Ce qui est envisagé, c'est que les parties échangeraient des plaidoiries. À partir de cette disposition explicite, on est fondé à inférer que les questions qui devaient être débattues devant l'arbitre seraient énoncées dans les plaidoiries. Il est vrai que l'intitulé officiel de la convention d'arbitrage précise que l'affaire concerne la CSIA, mais cela est en soi insuffisant pour interdire aux parties de soulever des arguments juridiques aux fins soit d'établir soit de nier la responsabilité en s'appuyant sur d'autres moyens connexes. Il nous reste donc à examiner si la question du contrat distinct a été convenablement plaidée.

[14] En toute déférence, là encore, je ne souscris pas non plus à la conclusion du juge saisi de l'appel voulant que la question du contrat distinct n'ait pas été convenablement plaidée ni, plus précisément, à sa conclusion voulant qu'il y ait eu piège pendant le procès. Pour commencer, je dirais que la conclusion de l'arbitre voulant qu'il

n'y ait pas eu de piège pendant le procès en ce qui concerne la question du contrat distinct est essentiellement une conclusion de fait à l'égard de laquelle la norme de contrôle est celle de l'erreur manifeste et dominante. En résumé, l'appréciation que fait l'arbitre des questions sous-jacentes, des arguments juridiques et des témoignages pertinents commande, de par sa nature, la plus grande retenue. En ce qui concerne le caractère suffisant des plaidoiries, et pour les motifs donnés par l'arbitre, il est évident à mes yeux que la question du contrat distinct était un élément fondamental de la prétention de Nav Canada selon laquelle l'administration aéroportuaire était contractuellement tenue de payer le DME. À la réflexion et avec le recul, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi Nav Canada refusait d'acheter et d'installer le matériel de navigation sans d'abord obtenir de l'administration aéroportuaire l'assurance qu'elle paierait. Ce n'est qu'après qu'elle a reçu la lettre lui donnant cette assurance que Nav Canada a effectué les travaux nécessaires pour rendre la piste prolongée opérationnelle. L'idée que Nav Canada n'invoquerait pas la lettre du 20 février 2003 pour établir que l'administration aéroportuaire avait la responsabilité de payer le DME est contraire à la logique. Plus précisément, pourquoi l'avocat de l'administration aéroportuaire aurait-il répondu à l'allégation voulant qu'il existât un contrat distinct dès l'ouverture de l'audience d'arbitrage, contre-interrogé des témoins sur les allégations formulées et produit des preuves relatives à cette question s'il n'était pas conscient de son éventuelle pertinence en ce qui concernait la décision finale de l'arbitre? Je n'en dis pas plus sur cette question.

[15] Nav Canada affirme également que la conclusion de l'arbitre voulant qu'il existe un contrat distinct est une conclusion de fait qui n'est pas susceptible de révision en vertu des dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* et que, par conséquent, le juge saisi de l'appel a commis une erreur en statuant sur cette question. J'estime que cet argument est insoutenable pour les motifs suivants. L'article 45 prévoit un appel à la Cour du Banc de la Reine sur des questions de droit et encore, seulement avec l'autorisation de la Cour. Cela est vrai à moins que les clauses de la convention d'arbitrage ne disposent expressément que les questions de droit sont, de plein droit, susceptibles d'appel. Cela nous amène à nous demander si une conclusion de fait qui découle d'une erreur manifeste et dominante constitue une question de droit. Il s'agit là d'une question que les parties

n'ont jamais soulevée. Abstraction faite de ce dilemme juridique, il me semble que la question du contrat distinct soulève des questions de droit séparées qui tombent sous le coup de l'art. 45 de la *Loi sur l'arbitrage*. Par exemple, les principes juridiques sous-tendant la doctrine de la contrepartie et celle de la contrainte économique constituent de pures questions de droit. Bien que leur application aux faits d'une instance quelconque constitue une question mixte de droit et de fait, il suffit, aux fins d'appliquer le par. 45, que le juge qui entend l'appel soit saisi d'une question de droit et d'une erreur identifiable. En l'espèce, on a facilement satisfait à cette exigence minimale.

#### IV. La question de la « contrepartie »

[16] La question de savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit en concluant que les parties avaient passé une convention exécutoire aux termes de laquelle l'administration aéroportuaire avait promis de payer le DME soulève la question immédiate de savoir si cette promesse était appuyée par une contrepartie. L'arbitre a conclu qu'elle l'était mais sans donner les motifs sur lesquels reposait sa conclusion. Bien que j'aie qualifié la promesse de l'administration aéroportuaire de payer l'aide à la navigation aérienne de modification à un contrat existant, Nav Canada n'est pas d'accord avec ma conclusion; elle affirme qu'il s'agit d'une entente qui est étrangère à la CSIA et prétend ce qui suit. Nav Canada reconnaît qu'elle avait le droit contractuel de décider si elle devait accepter la demande de l'administration aéroportuaire de déplacer l'ancien matériel de navigation pour le réinstaller sur la piste qui était prolongée ou encore insister sur l'achat de nouveau matériel. Nav Canada affirme, toutefois, qu'elle a laissé à l'administration aéroportuaire le soin de prendre cette décision tout en insistant sur le fait que, si cette dernière décidait d'acheter le nouvel équipement (le DME), elle devrait en acquitter le coût d'achat. Finalement, Nav Canada fait valoir que c'est l'administration aéroportuaire qui a opté pour le DME et qui a promis d'en payer le coût d'achat. Si l'on reconnaît que ce sont tous là des faits établis, il devrait s'ensuivre que la contrepartie fournie au titre de la promesse de l'administration aéroportuaire de payer le DME était la promesse de Nav Canada d'acheter et d'installer l'aide à la navigation aérienne. Puisque ce n'est pas Nav Canada qui a insisté sur l'achat du nouveau matériel, la CSIA n'était pas

applicable et par conséquent, la promesse subséquente de Nav Canada d'acheter le DME si l'administration aéroportuaire acceptait de le payer constitue un contrat distinct et valide appuyé par une contrepartie fraîche. Toutefois, l'administration aéroportuaire conteste la version des faits de Nav Canada. Elle prétend que c'est Nav Canada qui avait le droit contractuel de décider s'il fallait déplacer l'ancien équipement ou en acheter un nouveau, que Nav Canada a choisi cette dernière solution et a ensuite insisté pour que l'administration aéroportuaire paye le DME.

[17] À mon avis, la situation factuelle dont fait état l'administration aéroportuaire est celle qui est exacte et c'est celle qui est conforme aux conclusions de l'arbitre. Dans ses motifs, l'arbitre tire un certain nombre de conclusions fondamentales qui portent un coup fatal à l'argument de Nav Canada. Premièrement, c'est à Nav Canada qu'appartenait la décision finale en ce qui concernait le déplacement de l'ancien équipement par opposition à l'achat de nouvel équipement. Deuxièmement, l'arbitre a conclu que le déplacement de l'ancien équipement aurait été contraire à la décision de Nav Canada de remplacer le NDB par un DME. L'arbitre a conclu que, le 30 août 2001, la décision avait été prise de [TRADUCTION] « rejeter l'idée voulant que l'on déplace le NDB et d'installer, plutôt, un DME comme repère d'approche finale ». Troisièmement, plus loin dans ses motifs, l'arbitre a conclu que Nav Canada avait, pour des raisons valables, [TRADUCTION] « décidé que l'installation d'un DME était une meilleure solution pour établir le repère d'approche finale que le déplacement du NDB ». Finalement, l'arbitre a conclu que la preuve donnait à penser que [TRADUCTION] « le déplacement [du NDB] n'a jamais été sérieusement envisagé par [Nav Canada] sauf à des fins de comparaison avec l'installation d'un DME, laquelle était la voie qu'elle avait choisie. Lorsqu'elle a exercé son droit d'installer un DME au lieu de déplacer le NDB, elle a perdu le droit à une indemnité qui lui était accordé à l'article 25.01.02 de la CSIA ». Cette dernière phrase porte un coup fatal à l'argument de Nav Canada.

[18] Pour conclure sur ce point, l'argument de Nav Canada voulant que ce soit l'administration aéroportuaire qui ait décidé de remplacer l'ancien NDB par un nouveau DME est incompatible avec les conclusions de fait de l'arbitre : Nav Canada est la partie

qui a insisté pour installer le DME au lieu de déplacer l'ancien NDB et Nav Canada avait, aux termes du contrat, le droit de faire ce choix. L'ayant fait, elle ne peut faire volte-face et prétendre qu'elle n'était pas obligée d'installer l'aide à la navigation aérienne conformément au contrat sous-jacent, savoir la CSIA.

[19] Je reviens à la question de savoir si la promesse ultérieure de l'administration aéroportuaire de payer le coût de l'aide à la navigation aérienne était appuyée par une contrepartie « fraîche ». Si l'on reconnaît que tout contrat bilatéral a comme caractéristique principale d'être un marché consensuel (une promesse en échange d'une promesse), il faut se demander si la partie qui cherche à forcer l'exécution de la modification postcontractuelle (Nav Canada) avait convenu de faire davantage que ce qu'elle avait promis à l'origine (dans la CSIA) en échange de l'engagement de modifier le contrat. Il existe une particularité bien établie de la doctrine traditionnelle de la contrepartie qui veut que celle-ci doive émaner du destinataire de la promesse (Nav Canada) ou, en d'autres termes, que le destinataire de la promesse doive subir un désavantage en échange de la promesse du promettant (l'administration aéroportuaire). Ce quelque chose de plus constitue la contrepartie nécessaire pour faire exécuter ce qui, autrement, serait une promesse gratuite et inexécutoire. Comme nous le savons, toutefois, en vertu de la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* (1809), 2 Camp. 317, 170 E.R. 1168, l'exécution d'une obligation préexistante ne constitue pas une contrepartie fraîche ou valable et par conséquent, cet engagement de modifier un contrat existant demeure inexécutoire. En l'espèce, l'obligation contractuelle préexistante de Nav Canada consistait à payer le DME après avoir exercé son droit contractuel d'insister pour acheter du nouveau matériel au lieu de déplacer l'ancien. En résumé, Nav Canada n'a, en échange de la promesse de l'administration aéroportuaire de payer l'aide à la navigation aérienne, rien promis qu'elle n'était pas contractuellement tenue de payer en vertu de la CSIA.

[20] Les parties soulignent à juste titre qu'au Canada, l'arrêt-clef sur le caractère inexécutoire des promesses gratuites dans le contexte d'une modification postcontractuelle est l'arrêt *Gilbert Steel Ltd. c. University Construction Ltd.* (1976), 12

O.R. (2d) 19 (C.A.), [1976] O.J. No. 2087 (QL), qui a été rédigé par la juge d'appel Wilson (tel était alors son titre). Dans cette affaire, la demanderesse avait convenu de fournir de l'acier fabriqué à la défenderesse à un prix fixe. La demanderesse, qui avait subséquemment fait l'objet de deux hausses de prix distinctes de son fournisseur, a exigé que la défenderesse acquitte, les deux fois, la dépense supplémentaire. La défenderesse a consenti aux deux modifications postcontractuelles, mais a finalement refusé d'effectuer le paiement en ce qui concernait la deuxième entente. La Cour a statué que l'action de la demanderesse en recouvrement du prix majoré était rejetée pour défaut de contrepartie en raison de la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick*. De plus, la Cour a conclu que les précédents anglais dans lesquels les tribunaux avaient statué que la résiliation mutuelle d'un contrat existant et son remplacement par un nouveau contrat ne s'appliquait pas d'après les faits de l'instance puisque la modification ne se rapportait qu'au prix. La Cour a également rejeté l'argument selon lequel la contrepartie découlait d'une [TRADUCTION] « vague » promesse de faire [TRADUCTION] « un bon prix » sur les achats subséquents. Finalement, la Cour a rejeté l'argument voulant qu'une autre source de contrepartie fraîche puisse se dégager du fait que puisque la période écoulée entre la livraison de l'acier et son paiement avait, en fait, forcé la demanderesse à consentir un crédit à la défenderesse, la majoration du prix d'achat avait entraîné une hausse corrélative de la limite de crédit. En somme, la demanderesse n'avait pas fourni de contrepartie qui fût susceptible de justifier l'exécution forcée de la promesse de la défenderesse.

[21] L'arrêt *Modular Windows of Canada c. Command Construction*, [1984] O.J. No. 1340 (QL), conf. [1986] O.J. No. 437 (C.A.) (QL), est une autre décision souvent citée. Dans cette affaire, la demanderesse, une fournisseuse de fenêtres, n'avait pas honoré le contrat qu'elle avait passé avec la défenderesse et exigeait que celle-ci paye un prix majoré afin de garantir la livraison des fenêtres initialement promises. La défenderesse a payé la somme supplémentaire sous toutes réserves; son projet de construction aurait été considérablement retardé si elle avait tenté de trouver les fenêtres ailleurs. L'action que la demanderesse a engagée afin de faire exécuter la promesse de payer la somme supplémentaire a échoué par suite de l'application de l'arrêt *Gilbert*

*Steel*. La modification du prix ne s'accompagnait d'aucune contrepartie fraîche. De plus, la Cour a statué que la modification du contrat avait été obtenue par une contrainte économique. La défenderesse n'avait pas d'autre solution, en pratique, que d'accepter le prix majoré et l'entente avait été conclue sous toutes réserves.

[22] L'argument de Nav Canada voulant que la promesse de l'administration aéroportuaire de payer l'aide à la navigation aérienne soit exécutoire va à l'encontre d'autres principes qui sous-tendent la doctrine de la contrepartie. Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Stilk c. Myrick*, le droit a créé d'autres obstacles à l'exécution des modifications postcontractuelles. Le premier a pris la forme d'une règle portant que le fait que le demandeur se soit abstenu de rompre le contrat existant ne constitue pas une contrepartie fraîche. Ainsi, la partie demanderesse (par exemple Nav Canada) ne peut prétendre que la contrepartie donnée en échange de la promesse de la défenderesse de payer davantage a consisté dans l'abstention de la demanderesse d'exercer son droit en common law de rompre le contrat en refusant de livrer les marchandises promises ou en suspendant la prestation des services promis (en refusant, par exemple, d'acheter et d'installer le DME). Une autre des règles qui empêche l'exécution forcée d'une modification apportée à un contrat à exécuter a été énoncée dans l'arrêt *Combe c. Combe*, [1951] 1 All E.R. 767 (C.A.), [1951] 2 K.B. 215, savoir qu'un plaidoyer de créance désavantageuse n'est pas une raison valable pour faire exécuter une promesse par ailleurs gratuite. Le demandeur qui invoque la créance désavantageuse se trouve en fait à prétendre que le défendeur devrait être préclus de faire valoir que la convention est inexécutoire parce que la promesse n'était pas accompagnée d'une contrepartie fraîche. Malheureusement, le fait que le demandeur ait pu se fier à l'entente à son propre détriment ne tire pas à conséquence puisque la préclusion promissoire ne peut être invoquée que comme épée et non comme bouclier. Par conséquent, l'argument de Nav Canada qui est fondé sur la préclusion — savoir qu'elle s'est fiée, à son propre détriment, à la promesse gratuite de l'administration aéroportuaire — doit aussi être rejeté.

[23] Jusqu'ici, j'ai simplement fait état de la manière classique dont on aborde, en droit des obligations contractuelles, l'exécution forcée des modifications apportées à

un contrat existant. La question qui se pose toujours consiste à savoir si la présente instance doit être tranchée sur la base d'une « défaillance de contrepartie ». Si je dis cela, c'est parce qu'à vrai dire, les tribunaux ont mis au point différentes façons de se soustraire à l'application des principes classiques qui sous-tendent la doctrine de la contrepartie lorsqu'ils sont convaincus que la modification du contrat n'a pas été obtenue par une contrainte économique. En effet, les tribunaux ont adopté un certain nombre de « fictions juridiques » pour éviter l'application aveugle des règles classiques, faisant ainsi d'une promesse gratuite une promesse exécutoire. Les principales techniques auxquelles les tribunaux ont recours pour se soustraire à la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* ont été recensées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario, à la page 14 de son rapport intitulé *Report on Amendment of the Law of Contract* (Toronto : ministère du Procureur général, 1987) : (1) conclure que d'après les faits de l'affaire, le demandeur a promis de faire davantage que ce qu'il était initialement obligé de faire; (2) conclure que les circonstances ont changé après la formation du contrat d'origine de telle sorte que la promesse du demandeur de faire exactement ce qui avait été convenu constitue la contrepartie d'une promesse d'en faire davantage de la part du défendeur; (3) accepter le plaidoyer de créance désavantageuse pour des raisons de justice et d'équité, malgré l'application des règles orthodoxes et (4) statuer que le contrat d'origine a été mutuellement résilié et remplacé par un nouveau contrat dans lequel a été incorporée la modification apportée au contrat d'origine. En ce qui concerne l'exception ressortissant à la résiliation, voir les arrêts *Raggow c. Scougall and Co.* (1915), 31 T.L.R. 564; *Morris c. Baron and Co.*, [1918] A.C. 1 (Ch. des lords) et *Deluxe French Fries Ltd. c. McCardle* (1976), 10 Nfld. & P.E.I.R. 414 (C.A.), [1976] P.E.I.J. No. 52 (QL).

[24] Deux instances relativement récentes montrent à quel point certains tribunaux sont réticents à adopter une attitude stricte ou classique lorsqu'il s'agit d'appliquer la doctrine de la contrepartie et la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick*. La première est la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Techform Products Ltd. c. Wolda* (2001), 56 O.R. (3d) 1 (C.A.), [2001] O.J. No. 3822 (QL), autorisation d'appel refusée, [2001] C.S.C.R. n° 603 (QL). La demanderesse avait retenu les services du défendeur, en 1989, à titre d'entrepreneur indépendant afin qu'il

entreprenne des recherches pour le compte de la demanderesse. Les parties étaient régies par un contrat annuel que l'une ou l'autre pouvait résilier sur remise d'un préavis de soixante jours. Un jour, la demanderesse s'est inquiétée de ce que le défendeur puisse, à l'avenir, revendiquer un droit sur une invention brevetable susceptible de résulter d'une recherche effectuée conformément au contrat qu'ils avaient passé. Pour répondre à cette préoccupation, la demanderesse a produit une convention écrite qui prescrivait que le défendeur devait céder toutes ses inventions à la demanderesse en contrepartie de son maintien en fonction. Le défendeur a signé cette convention en 1993. En 1997, il a inventé un dispositif brevetable et a sollicité une indemnité de la demanderesse qui a refusé de payer. Le rapport contractuel a été rompu et des questions se sont fait jour quant à savoir qui avait légalement droit à l'invention et si la convention passée en 1993 était exécutoire. La juge du procès a statué que la convention passée en 1993 était nulle pour défaillance de contrepartie et était inexécutoire pour cause de contrainte économique. La Cour d'appel n'a pas souscrit à ces conclusions. Elle a réussi à trouver la contrepartie nécessaire en considérant que le contrat contenait une clause portant que la demanderesse avait implicitement promis de s'abstenir de congédier le défendeur pendant une période raisonnable après la signature de la convention. Invoquant l'arrêt *Maguire c. Northland Drug Co. Ltd.*, [1935] R.C.S. 412, [1935] A.C.S. n° 11 (QL), la Cour d'appel a statué que le maintien en fonction et l'abstention implicite de congédier pour une période raisonnable constituent une contrepartie suffisante. Le fait que le contrat d'origine précisait que le rapport contractuel pouvait être rompu sur remise par l'une ou l'autre partie d'un préavis de soixante jours n'a pas freiné l'empressement de la Cour à considérer qu'une clause dont la portée était plus étendue faisait implicitement partie du contrat. Puisque l'entente subséquente était exécutoire en vertu de la doctrine de la contrepartie, la Cour a ensuite statué que cette entente n'avait pas été obtenue par suite d'une contrainte économique. Ailleurs, l'arrêt *Techform* a fait l'objet d'une critique virulente en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la doctrine de la contrepartie, mais pas en ce qui concerne le résultat final : M.H. Ogilvie, « Forbearance and Economic Duress: Three Strikes and You're Still Out at the Ontario Court of Appeal » (2004), 29 *Queen's L.J.* 809.

[25] Pendant que les tribunaux canadiens continuent de se débattre contre la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* et le concept de contrepartie « fraîche », les tribunaux anglais ont, ces dernières années, effectivement modifié la doctrine de la contrepartie en se demandant si le promettant avait tiré un avantage du consentement à modifier le contrat, peu importe que le destinataire de la promesse ait ou non convenu de faire davantage. Suivant la notion classique de contrepartie, on s'attend à ce que le destinataire de la promesse subisse un désavantage, ne serait-ce qu'une promesse de payer une « somme symbolique », à moins, bien entendu, que la promesse gratuite ne soit consignée par écrit sous sceau. Dans l'affaire *Williams c. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*, [1990] 1 All E.R. 512 (C.A.), [1991] 1 Q.B. 1, l'entrepreneur défendeur avait promis, à titre gratuit, de payer au sous-traitant demandeur une somme supérieure à celle qui était convenue dans leur contrat d'origine. Le défendeur avait reconnu que le prix initial était trop bas et il craignait que le demandeur fût incapable d'exécuter le contrat, ce qui aurait exposé le défendeur à une lourde pénalité aux termes de son contrat avec le propriétaire. Finalement, le défendeur avait cessé de faire les paiements plus élevés et le demandeur avait engagé une action en recouvrement fondée sur le prix majoré. La Cour d'appel a reconnu que le demandeur ne s'était pas engagé à fournir une contrepartie additionnelle, mais a néanmoins refusé d'appliquer aveuglément la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick*. Le lord juge Glidewell a dit que la doctrine de la contrainte économique atténuait la nécessité [TRADUCTION] de « respecter strictement la doctrine de la contrepartie ». Le lord juge Russell a adopté un point de vue semblable et a fait état des avantages réels qu'avait obtenus le défendeur par suite de la modification. Le lord juge Purchas a statué que le fait que le demandeur n'avait pas subi de désavantage en acceptant la modification importait peu. Le défendeur avait manifestement tiré un avantage commercial de l'entente.

[26] Dans son ouvrage intitulé *The Law of Contracts* (Toronto : Irwin Law Inc., 2005), le professeur J.D. McCamus explique ainsi, à la p. 249, le motif décisif de la Cour d'appel dans l'arrêt *Williams c. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* : [TRADUCTION] « Il semble donc que, aux yeux des trois membres de la Cour, le fait que l'entrepreneur obtienne un avantage, bien qu'il s'agisse d'un avantage découlant des

rapports du défendeur avec le propriétaire des appartements, pouvait constituer une contrepartie qui faisait de la promesse de payer davantage une promesse exécutoire ». En résumé, la Cour d'appel de l'Angleterre était disposée à [TRADUCTION] « assouplir » les principes qui sous-tendent la doctrine de la contrepartie afin de rendre exécutoire une promesse gratuite de payer davantage. En droit anglais, donc, il n'est plus nécessaire de chercher à savoir s'il y eu un échange de promesses ou si le destinataire de la promesse a subi un désavantage pour forcer l'exécution d'une modification à un contrat, à la condition que le promettant obtienne un avantage quelconque.

[27] J'estime qu'il est indiqué, en l'espèce, de se demander si notre Cour devrait prendre appui sur la décision de la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Williams c. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* aux fins d'éviter l'application stricte de la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick*. Je suis disposé à reconnaître qu'il existe des raisons de principe valables pour lesquelles on devrait préciser la doctrine de la contrepartie dans la mesure où le droit reconnaîtra qu'une modification apportée à un contrat existant, sans être appuyée par une contrepartie, est exécutoire si elle n'a pas été obtenue par suite d'une contrainte économique. Je ne suis pas le premier à faire valoir cette position : R. Halson, « Opportunism, Economic Duress and Contractual Modifications » (1991), 107 Law Q. Rev. 649, et R. Halson, « The Modification of Contractual Obligations » (1991), 44 Curr. Legal Probs. 111, tous deux cités dans l'ouvrage de C. Boyle et D.R. Percy, intitulé *Contracts: Cases and Commentaries*, 7<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2004).

[28] Plusieurs raisons justifient, selon moi, ce changement progressif des règles de droit. En premier lieu, la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* constitue une façon peu satisfaisante de régler la question du caractère exécutoire des modifications postcontractuelles. Comme le souligne le professeur McCamus, cette règle a à la fois une portée trop large et une portée trop restreinte. Elle a une portée trop large parce qu'elle englobe les renégociations obtenues par la coercition à la condition que la modification ait une contrepartie. Elle a une portée trop restreinte dans les cas où il n'y a aucune contrepartie parce qu'elle écarte les ententes à titre gratuit qui ne contreviennent pas aux

principes sous-tendant la doctrine de la contrainte économique (voir les pages 381 et 382 de son ouvrage). En réalité, il arrive souvent que les contrats soient modifiés du fait d'un accord tacite afin de régler des éventualités qui n'ont pas été prévues ou identifiées au moment où le contrat initial a été négocié. À des fins d'efficacité commerciale, il devient parfois nécessaire de redéfinir les obligations contractuelles respectives des parties et le droit doit alors protéger leurs attentes légitimes, savoir que les modifications apportées seront respectées et considérées comme exécutoires.

[29] En second lieu, la doctrine de la contrepartie et celle de la préclusion promissoire ont conjointement pour effet d'infliger une injustice aux destinataires de promesse qui ont agi de bonne foi et à leur propre détriment en se fiant au caractère exécutoire de la modification contractuelle. L'idée que la créance désavantageuse ne puisse être invoquée que si le destinataire de la promesse est le défendeur dans l'action (c'est-à-dire comme bouclier et non comme épée) est tout simplement inéquitable et entraîne un résultat injuste si le promettant n'agissait pas sous l'effet d'une contrainte économique. Dans son ouvrage intitulé *The Law of Contracts*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Canada Law Book, 2005) à la p. 83, le professeur S.M. Waddams souligne que certaines promesses gratuites ont été mises à exécution parce qu'il y avait eu créance désavantageuse de la part du destinataire de la promesse. Il souligne que, dans ce genre de cas, on ne devrait pas recourir à une tentative fictive de conclure à l'existence d'une contrepartie en ce sens qu'il y aurait eu un échange négocié. Le professeur Waddams se dit d'avis que les tribunaux devraient ouvertement reconnaître que bien que ces promesses ne constituent pas des marchés, il pourrait y avoir d'autres raisons valables d'en forcer l'exécution. J'estime que ce raisonnement est convaincant dans le contexte de l'exécution forcée d'une modification postcontractuelle. Je souscris à la recommandation du professeur Waddams selon laquelle les tribunaux devraient éviter toute tentative [TRADUCTION] « fictive » de conclure à l'existence d'une contrepartie. Nous ne devrions pas nous laisser entraîner dans une recherche à tout prix d'une contrepartie là où il n'y en a aucune et nous ne devrions pas non plus trafiquer la doctrine de la contrepartie au point où elle ne soit plus reconnaissable. Pour dire les choses franchement, les professeurs de droit passent beaucoup trop de temps à essayer d'expliquer aux étudiants

en droit en quoi consiste une contrepartie valide et pourquoi les décisions judiciaires semblent irréconciliables, sauf en ce qui concerne leurs résultats, pendant que les juges passent plus de temps à éviter la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* qu'ils n'en passent à l'appliquer. Les parties à un contrat et à un litige sont en droit de s'attendre à ce qu'il y ait une part de certitude dans le droit et à ce que celle-ci ne dépende pas de la longueur du pied du chancelier. Le fait que les tribunaux concluent à l'existence d'une contrepartie en statuant, par exemple, que les parties ont implicitement consenti à la résiliation mutuelle du contrat d'origine ou qu'elles ont implicitement accepté une nouvelle clause, affaiblit le droit des obligations contractuelles au lieu de le renforcer.

[30] La troisième raison pour laquelle je veux préciser les principes qui sous-tendent la doctrine de la contrepartie est liée au fait qu'elle a vu le jour des siècles avant la reconnaissance de la doctrine moderne et dynamique de la contrainte économique. La doctrine de la contrepartie et la notion de marché et d'échange ne devraient pas être figées dans le temps de telle sorte qu'elles refléteraient uniquement les réalités commerciales d'une autre époque. Si les tribunaux sont disposés à formuler et à adopter de nouvelles doctrines en matière contractuelle, ils sont également capables de modifier les anciennes. Dans la mesure où les anciennes doctrines compromettent les objectifs généraux qui sous-tendent les nouvelles, le changement est justifié. À mon avis, c'est précisément ce que la Cour d'appel de l'Angleterre a fait dans l'arrêt *Williams c. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*

[31] Pour les motifs susmentionnés, je suis disposé à reconnaître qu'une modification postcontractuelle, qui n'est pas appuyée par une contrepartie, peut être exécutoire à la condition que l'on établisse que la modification n'a pas été obtenue par suite d'une contrainte économique. En tirant cette conclusion, je suis conscient de la mise en garde de la Cour suprême selon laquelle les tribunaux n'ont pas pour rôle de modifier « sensiblement » la common law ni d'apporter des changements qui risqueraient « d'entraîner des conséquences complexes ». C'est là la prérogative du législateur. Les changements « progressifs », toutefois, sont permis : *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S.

750, [1989] A.C.S. n° 94 (QL), au par. 13, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, [1991] A.C.S. n° 97 (QL), au par. 37.

[32] À mon avis, la modernisation de la doctrine de la contrepartie en ce qu'elle est liée à la règle énoncée dans l'arrêt *Stilk c. Myrick* constitue un changement progressif. Il dispense les tribunaux de la tâche gênante qui consiste à formuler des motifs peu convaincants afin de justifier l'exécution forcée d'une modification contractuelle. Là encore, et compte tenu de la mise en garde de la Cour suprême, je désire souligner que je ne suis pas en train de préconiser l'abolition de la règle énoncée dans *Stilk c. Myrick*. Cette règle ne devrait tout simplement pas être considérée comme déterminante aux fins de savoir si une promesse gratuite est exécutoire. Je ne laisse pas non plus entendre que la doctrine de la contrepartie n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une modification contractuelle a été obtenue sous l'effet d'une contrainte économique. Il existe des cas où la modification postcontractuelle est en fait et en droit appuyée par une contrepartie valide ou fraîche. J'estime que ce genre de preuve est important lorsqu'il s'agit de décider si la modification contractuelle a été obtenue avec le « consentement » du promettant. Après tout, pourquoi une personne accepterait-elle de faire ou de payer davantage que ce dont elle est tenue aux termes du contrat existant sans rien obtenir en échange? Toutefois, si la modification contractuelle était appuyée par une contrepartie fraîche, l'argument voulant que cette modification ait été obtenue par une contrainte économique semble, à première vue, moins convaincant et les circonstances plus compatibles avec ce que l'on s'attend à trouver dans chaque contrat commercial, savoir un « marché consensuel ». Par ailleurs, la personne, par exemple, qui accepte de payer davantage que le prix contractuel original, que ce soit par écrit et sous sceau ou en échange d'une « somme symbolique », a le droit de prétendre que l'entente a été obtenue par une contrainte économique.

#### V. La question de la contrainte économique

[33] Si l'on reconnaît qu'en droit une modification apportée à un contrat existant qui n'est pas appuyée par une contrepartie fraîche peut être exécutoire à la

condition qu'elle n'ait pas été obtenue par suite d'une contrainte économique, il s'ensuit que l'appel de Nav Canada doit être tranché en fonction de cette doctrine. Il devrait également s'ensuivre que la partie qui entend faire exécuter la modification doit établir soit qu'elle n'a pas été obtenue par une contrainte économique soit que l'autre partie est précluse de soulever la doctrine de la contrainte parce qu'elle a ultérieurement confirmé la modification. Il incombe donc à Nav Canada d'établir que la modification postcontractuelle n'a pas été obtenue par une contrainte économique.

[34] Cette partie de mon analyse a trois volets. Le premier donne un aperçu de la façon dont a vu le jour la doctrine moderne et dynamique de la contrainte économique tout en examinant la question de savoir si la « pression illégitime » est ou devrait en constituer un élément essentiel. Le deuxième prend appui sur la jurisprudence existante et propose un cadre analytique général qu'il faudrait appliquer aux fins de statuer sur la validité d'une défense de contrainte économique. Le troisième volet consiste en une application de ce cadre aux faits de la présente instance.

A. *L'évolution de la doctrine de la contrainte économique et la pression illégitime*

[35] La tâche qui consiste à expliquer l'origine et l'évolution de la doctrine de la contrainte économique a été rendue plus simple du fait que je me suis appuyé sur les ouvrages respectifs des professeurs McCamus et Waddams et, en particulier, sur l'article de la professeure M.H. Ogilvie, qui fait autorité et qui s'intitule « Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End? » (2000), 34 *Revue canadienne du droit de commerce* 194.

[36] Notre Cour suprême n'a pas statué sur les principes sous-tendant la doctrine de la contrainte économique tels qu'ils ont été énoncés par les tribunaux anglais et tels qu'ils sont actuellement appliqués par les cours d'appels intermédiaires de notre pays. Il n'y a que deux décisions de la Cour suprême qui abordent la question qui nous occupe et elles ont été rendues longtemps avant que les tribunaux anglais reconnaissent la contrainte économique comme motif les autorisant à déclarer inexécutoire un contrat ou

la modification d'un contrat. J'examinerai brièvement les deux arrêts de la Cour suprême avant de me pencher sur les précédents anglais. Dans l'affaire *Knutson c. The Bourkes Syndicate*, [1941] R.C.S. 419, [1941] A.C.S. n° 21 (QL), le défendeur refusait de clore une opération immobilière à moins que le demandeur n'accepte de payer quinze pour cent de plus. Une fois l'opération close, le demandeur a sollicité et obtenu le remboursement des sommes supplémentaires qu'il avait versées. S'appuyant sur les instances ressortissant à la contrainte sur biens, la Cour suprême a statué que puisque les sommes avaient été payées [TRADUCTION] « sous toutes réserves » et que les paiements n'étaient [TRADUCTION] « pas volontaires », le demandeur pouvait les recouvrer malgré le fait que le défendeur pensait qu'il avait le droit contractuel d'insister pour que ces sommes lui soient versées. On constate, avec le recul, que la Cour suprême était des années-lumière en avance sur son époque en ce qui concerne la doctrine de la contrainte économique. Malheureusement, cet arrêt ne suscite que peu d'intérêt dans la jurisprudence malgré le fait qu'il contienne les germes de la doctrine de la contrainte économique moderne et, par extrapolation, qu'il appuie pleinement la position adoptée dans les présents motifs. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Peter Kiewit Sons' Co. c. Eakins Construction Ltd.*, [1960] R.C.S. 361, [1960] A.C.S. n° 13 (QL), se rapportait à une demande de restitution. Dans cette affaire, la sous-traitante demanderesse et l'entrepreneuse défenderesse avaient un différend quant à savoir si la première était tenue d'accomplir des travaux supplémentaires conformément aux clauses de leur contrat. La défenderesse a proféré des menaces selon lesquelles, si la demanderesse n'effectuait pas les travaux, elle la considérerait comme défaillante et ferait intervenir la compagnie de cautionnement. La sous-traitante demanderesse a effectué les travaux mais a subséquemment sollicité une indemnité au titre de ces travaux pour le motif qu'ils n'étaient pas requis aux termes du contrat. La majorité de la Cour suprême a souscrit à cet argument. Toutefois, bien que le juge Cartwright, dissident, ait conclu que la demanderesse avait agi sous la [TRADUCTION] « contrainte de fait », la demande a été rejetée pour le motif que la demanderesse avait volontairement accepté d'effectuer les travaux supplémentaires dans le cadre du contrat d'origine. Les commentateurs ne se sont pas laissés convaincre par l'analyse de la majorité et, compte tenu de l'évolution des règles de droit au cours des quarante dernières années, cette décision semble avoir eu peu

de force persuasive auprès des avocats et des juges : Law Reform Commission of British Columbia, *Report On Performance Under Protest*, LRC 81 (Vancouver : Ministry of Attorney General, 1985).

[37] Étant donné la rareté des décisions de la Cour suprême dans ce domaine du droit, les tribunaux canadiens se sont traditionnellement tournés vers la jurisprudence anglaise. En droit anglais, et avant 1975, la contrainte comme motif sur lequel s'appuyer pour statuer qu'un contrat était inexécutoire était limitée à deux catégories, celle de la contrainte sur la personne (violence réelle ou menace de violence) et celle de la contrainte sur biens. En ce qui concerne la contrainte sur la personne, l'incitation, au moyen d'un [TRADUCTION] « fusil sur la tempe », à former un contrat n'a jamais été acceptable selon le modèle consensuel de la formation du contrat en common law. En ce qui concerne la contrainte sur biens, le cas classique est celui où un prêteur sur gage exige un paiement supplémentaire avant d'accepter de libérer des marchandises qu'il détient : *Astley c. Reynolds* (1731), 93 E.R. 939. En 1975, toutefois, les tribunaux anglais ont commencé à reconnaître la contrainte économique comme forme de coercition susceptible de rendre [TRADUCTION] « annulable » une convention par ailleurs exécutoire : *Occidental Worldwide Investment Corp. c. Skibs A/S Avanti, Skibs A/S Glarona, Skibs A/S Navalis (The "Siboen" and The "Sibotre")*, [1976] 1 Lloyd's Rep. 293 (Div. du B. de la R.).

[38] En 1979, dans l'arrêt de principe *Pao On c. Lau Yiu*, [1979] 3 All E.R. 65 (C.J.C.P.), [1980] A.C. 614, le comité judiciaire du Conseil privé a étendu la portée de la doctrine de la contrainte afin qu'elle englobe la contrainte économique. Les faits essentiels de cette affaire sont les suivants. Les demandeurs avaient convenu de vendre les actions de leur compagnie aux défendeurs en échange des actions de ces derniers dans la compagnie des défendeurs. Toutefois, les demandeurs avaient également arraché aux défendeurs une garantie portant que si les actions dans la compagnie des défendeurs venaient à chuter, les défendeurs seraient tenus de les racheter à un prix stipulé. Malheureusement pour les demandeurs, la garantie était libellée de telle façon que si la valeur des actions de la compagnie des défendeurs était supérieure à la valeur stipulée, les

défendeurs pouvaient les racheter au prix stipulé et tirer profit de la valeur accrue des actions. Lorsque les demandeurs se sont rendus compte de leur erreur, ils ont refusé de clore l'opération à moins que les défendeurs ne signent une nouvelle garantie permettant aux demandeurs de conserver les actions si leur valeur augmentait. Les défendeurs, qui s'exposaient à une publicité négative pour le cas où le marché n'aurait pas été conclu, ont consulté des avocats et ont décidé d'établir une seconde garantie sous la forme demandée. Finalement, les actions ont perdu de la valeur et les demandeurs ont exigé que les défendeurs honorent leur garantie. Les défendeurs ont refusé pour plusieurs raisons, dont le [TRADUCTION] « défaut de contrepartie » et la [TRADUCTION] « contrainte économique ».

[39] Dans l'arrêt *Pao On*, lord Scarman a défini la contrainte comme étant [TRADUCTION] « une coercition exercée sur la volonté au point de vicier le consentement » et il a ensuite indiqué que [TRADUCTION] « dans une situation contractuelle, la pression commerciale ne suffit pas ». Là encore, il fallait que la coercition soit telle que la partie qui en était victime avait été [TRADUCTION] « privée de 'sa liberté d'exercer sa volonté' ». En appliquant ce critère, lord Scarman a indiqué, à la p. 79 (All E.R.), que les éléments de preuve suivants pourraient être pertinents : [TRADUCTION] « Les juges américains portent une grande attention à des questions de preuve comme l'efficacité de l'autre mesure de redressement disponible, le fait qu'une réserve ait ou non été exprimée, l'accès à des conseils indépendants, l'avantage obtenu et la rapidité avec laquelle la victime a cherché à annuler le contrat ». Donc, pour satisfaire au critère de la contrainte économique, il faut établir que la conduite obtenue par la coercition n'a pas constitué un acte volontaire. Lord Scarman a appliqué ces critères aux faits de l'affaire *Pao On* et a statué que les défendeurs avaient plié sous la pression commerciale, mais pas sous la coercition au sens voulu. Le comité judiciaire du Conseil privé a souscrit à la conclusion du juge du procès selon laquelle les défendeurs avaient [TRADUCTION] « examiné soigneusement la question, choisi d'éviter un litige et estimé que le risque qu'il y avait à donner la garantie était plus apparent que réel ».

[40] Bien que les commentateurs s'entendent pour reconnaître que le critère de la « volonté ébranlée » est un critère auquel il est trop difficile de satisfaire ou qui est trop vague, lord Scarman a bientôt eu l'occasion de revenir sur son énoncé antérieur de la doctrine, sauf que, cette fois, il siégeait comme membre de la Chambre des lords dans l'affaire *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers' Federation*, [1982] 2 All E.R. 67 (Ch. des lords), [1983] 1 A.C. 366. Dans cette affaire, le litige avait pris naissance après que le syndicat défendeur eut menacé de [TRADUCTION] « boycotter » les navires de la demanderesse si celle-ci ne se pliait pas aux exigences du syndicat en versant certaines sommes et passant des conventions collectives régissant les conditions de travail des équipages du navire. L'objectif était d'empêcher l'embauchage de main-d'oeuvre à bon marché sur des navires naviguant sous pavillons de complaisance. Le [TRADUCTION] « boycottage » a pour effet d'empêcher un navire de quitter le port en raison du refus analogue des propriétaires de remorqueurs de fournir les services nécessaires. Une des exigences du syndicat était que les propriétaires du navire fassent un versement à la [TRADUCTION] « caisse de secours » du syndicat. La demanderesse s'est pliée à ces exigences mais après avoir quitté le port, elle a présenté une demande en recouvrement des montants versés pour le motif qu'ils avaient été payés sous l'effet de la contrainte économique. Au moment où l'affaire est parvenue à la Chambre des lords, le syndicat a reconnu que la somme versée à la caisse de secours avait été payée sous l'effet de la contrainte économique mais a prétendu que le syndicat était protégé contre les demandes en restitution en vertu de la *Trade Union and Labour Relations Act* de 1974. Leurs Seigneuries ont conclu à la majorité que bien que cette loi conférât l'immunité contre une action en responsabilité délictuelle engagée relativement à un délit commercial (opposant, dans ce cas, les propriétaires du navire et les propriétaires de remorqueurs), elle ne conférait pas l'immunité en ce qui concernait une action en restitution et l'argent versé était donc recouvrable.

[41] Dans sa dissidence, lord Scarman a profité de l'occasion pour réformer les principes sous-tendant la doctrine de la contrainte économique qui avaient été énoncés dans l'arrêt *Pao On*. Il a invoqué les arrêts *Barton c. Armstrong*, [1975] 2 All E.R. 465, [1976] A.C. 104 (C.J.C.P.) et *Pao On* à l'appui de la proposition voulant que le critère

régissant la contrainte économique fût maintenant constitué de deux éléments : [TRADUCTION] « (1) une pression équivalant à une coercition exercée sur la volonté de la victime; et (2) l'illégitimité de la pression exercée ». En ce qui concerne le premier volet du critère, lord Scarman a fait observer que dans la jurisprudence et la doctrine cette condition est diversement appelée [TRADUCTION] « coercition ou vice de consentement ». Il était d'avis, toutefois, que [TRADUCTION] « [l]e cas de contrainte classique ne consiste pas [...] dans l'absence d'une volonté de céder, mais dans le fait que la victime cède intentionnellement parce qu'elle se rend compte qu'aucun autre choix concret ne s'offre à elle ». Lord Scarman a ensuite examiné les questions exposées dans l'arrêt *Pao On*, disant qu'elles étaient pertinentes mais qu'elles ne tranchaient pas la question. Ainsi, malgré le fait que les propriétaires du navire n'avaient pas protesté ou exprimé leurs réserves au moment où ils avaient passé les conventions avec le syndicat, il était néanmoins clair qu'ils n'avaient pas d'autre solution concrète que de se plier à cet arrangement. Puisque l'on avait satisfait au premier volet du critère, lord Scarman a statué qu'il fallait déterminer si la pression exercée était [TRADUCTION] « légitime ». En ce qui concerne ce volet du critère, il a conclu qu'il faudrait [TRADUCTION] « sans doute » examiner deux éléments. Le premier est la [TRADUCTION] « nature de la pression » exercée, laquelle sera décisive dans bien des cas, mais pas dans tous. La deuxième considération est définie comme étant la [TRADUCTION] « nature de la demande ou de l'exigence ». En ce qui concerne le premier élément, savoir la nature de la pression exercée, lord Scarman a statué que la menace d'une action illicite est invariablement considérée, en droit, comme [TRADUCTION] « illégitime ». D'après les faits, toutefois, la loi interdisait toute poursuite relativement à la mesure illicite que l'on menaçait de prendre; il s'agissait donc d'une pression légitimement exercée qui ne constituait pas de la contrainte. Par conséquent, lord Scarman a ensuite examiné la [TRADUCTION] « nature de la demande ou de l'exigence ». À cet égard, il a statué qu'il fallait décider si la demande de contributions à la caisse de secours était licite, ce qui dépendait de [TRADUCTION] « la question de savoir s'il s'agissait d'un acte accompli en prévision ou dans la poursuite d'un litige commercial » et, plus précisément, de celle de savoir si les contributions avaient un rapport avec les conditions de travail conformément aux dispositions de la loi. Lord Scarman a répondu à ces deux questions

par l'affirmative. Puisque la nature de la demande était licite, il a statué que les contributions n'étaient pas recouvrables. En somme, l'arrêt *Universe Tankships* est une affaire dans laquelle la Chambre des lords a été appelée à décider si des concessions contractuelles obtenues par le recours à des actes par ailleurs illicites étaient légitimées par un texte législatif.

[42] Sur le plan des règles de droit, il est important que la majorité de la Chambre des lords n'ait pas contesté la prétention de lord Scarman voulant que la doctrine de la contrainte économique comprenne la notion de pression illégitime. Ainsi, lord Diplock, un des juges qui appartenaient à la majorité, a statué qu'étant donné la concession qu'avait faite le syndicat en reconnaissant que le versement à la caisse de secours avait été fait sous la contrainte économique, il était inutile d'examiner les règles de droit ressortissant à la contrainte économique et leur évolution. Sa Seigneurie a toutefois fait état, aux pages 75 et 76, des motifs qui sous-tendent cette évolution de la common law : [TRADUCTION] « La raison en est que le consentement apparent de cette partie a été obtenu au moyen d'une pression que cette autre partie a exercée sur elle et que le droit ne considère pas comme légitime, ce qui a pour conséquence que le consentement est, en droit, considéré comme révocable à moins qu'il ne soit confirmé, soit expressément soit implicitement, après que la pression illégitime a cessé d'influer sur son esprit ».

[43] Personne ne met en doute le fait qu'une conduite délictueuse ou criminelle constitue une pression illicite et que la pression illicite est assimilable à une pression illégitime. Toutefois, il est également clair qu'il n'est pas nécessaire que la pression soit qualifiée d'« illicite » pour être considérée comme « illégitime ». Cela nous amène à nous demander à quel moment une pression licite passe de la catégorie des pressions légitimes à celle des pressions illégitimes? Malheureusement, personne, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un commentateur, n'a été en mesure d'expliquer comment il faut s'y prendre pour répondre à cette question. Dans la décision subséquente qu'elle a rendue dans l'affaire *Dimskal Shipping Co SA c. International Transport Workers' Federation (The Evia Luck)*, [1991] 4 All E.R. 871 (Ch. des lords), [1992] 2 A.C. 152, la Chambre des lords a

évitée cette question précise dans des circonstances factuelles semblables à celles de *Universe Tankships* en disant qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question plus vaste de savoir ce qui constitue une pression économique illégitime puisqu'il est établi que le boycottage ou la menace de boycottage constitue une pression économique illégitime à moins qu'elle ne soit légitimée par un texte législatif.

[44] Bien que les tribunaux canadiens ne soient plus tenus de suivre les précédents anglais, le critère régissant la pression illégitime a malheureusement été incorporé dans la jurisprudence canadienne sans être commenté. Les trois décisions rendues au Canada sur la contrainte économique qui sont les plus souvent citées sont les arrêts *Stott c. Merit Investment Corp.* (1988), 63 O.R. (2d) 545 (C.A.), [1988] O.J. No. 134 (QL); *Gordon c. Roebuck* (1992), 9 O.R. (3d) 1 (C.A.), [1992] O.J. No. 1499 (QL) et *Techform Products Ltd. c. Wolda*. Dans chacun, la Cour a appliqué les principes qui sous-tendent la doctrine de la contrainte économique tels qu'ils ont été énoncés dans la jurisprudence anglaise.

[45] Personne n'a autant critiqué l'introduction du critère supplémentaire de la pression illégitime que la professeure Ogilvie dans son article intitulé « Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End? » (aux p. 219, 220 et 224) :

[TRADUCTION]

Ce rappel montre que la jurisprudence anglaise qui existe jusqu'à maintenant en matière de contrainte économique se caractérise par les faux départs, les remarques chargées de sens et les approximations. [...] Il s'est révélé difficile de définir l'illégitimité tout particulièrement après qu'on en a étendu la portée afin qu'elle englobe des actes par ailleurs licites, ce qui a nécessité l'adoption d'un critère de plus afin de déterminer à quel moment une conduite légitime devient illégitime aux fins de la contrainte économique. Comme le dit lord Goff dans l'arrêt *The Evia Luck*, on ne sait pas très bien pourquoi la légitimité devrait être l'unique critère ou même un critère, dès lors, tout particulièrement, qu'on en étend la portée au-delà de la conduite criminelle et délictueuse.

[...]

Il est difficile de dégager des exposés faits dans l'arrêt *The Universe Sentinel* la raison pour laquelle l'illégitimité de la pression exercée a été adoptée aux fins de vérifier l'existence d'une contrainte économique. On ne voit pas très bien, non plus, à la lecture des motifs de lord Diplock et de lord Scarman, qu'elle était, dès son introduction, l'étalon-or qu'elle est par la suite devenue.

[46] À l'instar de la professeure Ogilvie, je ne suis pas convaincu que la doctrine de la contrainte économique devrait englober un critère ressortissant à la pression illégitime lorsqu'il s'agit d'instances où il y a eu modification d'un contrat existant. Si nous appliquons la démarche préconisée par lord Scarman, il devrait s'ensuire que la plupart des modifications contractuelles seront considérées comme ayant été obtenues par l'exercice d'une pression commerciale légitime. Je m'explique. Selon lord Scarman, deux éléments doivent être examinés aux fins de déterminer quelle pression est illégitime : (1) la nature de la pression exercée et (2) la nature de la demande ou de l'exigence. Dans les instances où il y a eu modification d'un contrat existant, la nature de la pression exercée consiste inévitablement dans la menace de rompre le contrat : la « partie qui exerce la coercition » menace de suspendre l'exécution du contrat jusqu'à ce que la « victime » se plie à ses exigences. Il va sans dire que non seulement la menace de rompre un contrat est licite mais, en fait, elle constitue un droit qui peut être exercé sous réserve de l'obligation de payer des dommages-intérêts et, peut-être, de se conformer à une ordonnance d'exécution en nature : *Hillspring Farms Ltd. c. Walton (Leland) & Sons Ltd.* (2007), 312 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 109, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 19 (QL), 2007 NBCA 7. Cela nous amène au deuxième élément du cadre énoncé par lord Scarman : la nature de la demande ou de l'exigence. Là encore, la situation type en matière de modification est celle où la partie qui exerce la coercition exige qu'une modification soit apportée au contrat. Cette partie exige immanquablement que la victime paye ou fasse davantage que ce dont elle est tenue aux termes du contrat existant; mais là encore, il n'y a rien qui appuie l'argument voulant que cette exigence soit, de par sa nature, considérée comme illégitime. En résumé, lorsque le critère à deux volets qu'a énoncé lord Scarman est appliqué à des instances comportant une modification contractuelle, il devrait mener à la conclusion que la pression habituellement exercée s'inscrit dans la catégorie des

pressions « légitimes ». Autrement dit, les tribunaux seraient forcés de commencer leur analyse en partant du principe que la pression exercée relève de la catégorie des « pressions commerciales légitimes ».

[47] À mon avis, le critère de la pression illégitime ajoute une complexité inutile aux règles de droit régissant la contrainte économique et il n'a pas, à l'heure actuelle, de justification juridique irrésistible, du moins en ce qui concerne son application dans le contexte de l'exécution forcée des modifications contractuelles. Le droit n'offre pas de modèle viable qui permette de faire la distinction entre la pression légitime et la pression illégitime. Certes, nous savons que la conduite délictueuse ou criminelle constitue une pression illégitime et je serais disposé à aller jusqu'à dire qu'une partie qui agit de « mauvaise foi » en exigeant la modification d'un contrat exerce une pression illégitime. Toutefois, sans modèle qui permette de distinguer la pression légitime de la pression illégitime dans d'autres contextes, les parties à un litige et les tribunaux se trouvent dans l'obligation de conclure qu'un autre aspect de la demande de modification du contrat constitue une conduite inacceptable qui justifie une conclusion de pression illégitime. Il existe déjà des signes qui montrent que c'est ce qui se passe actuellement en droit anglais : voir les décisions *Vantage Navigation Corp. c. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 et *Atlas Express Ltd. c. Kafco (Importers and Distributors) Ltd.*, [1989] 1 All E.R. 641.

[48] Ce qui m'inquiète, c'est que tout comme ils ont créé des fictions juridiques pour forcer l'exécution de promesses par ailleurs gratuites, les tribunaux passeront également trop de temps à essayer d'expliquer la différence entre une pression illégitime et une pression légitime. Si nous devons permettre l'exécution forcée de modifications à titre gratuit qui ne sont pas le produit d'une contrainte économique afin d'éviter les tentatives « fictives » visant à justifier l'exécution forcée de ce genre de promesses, il s'ensuit que nous ne devrions pas adopter un critère qui pourrait fort bien mener à la création d'autres fictions juridiques. De plus, je crains que la distinction entre la pression légitime et la pression illégitime ne nous amène bientôt à conclure qu'une défense de contrainte économique peut être anéantie par un plaidoyer de « bonne foi » de

la part de la partie qui a exercé la coercition, point sur lequel je reviendrai dans les présents motifs.

[49] Je ne puis m'empêcher de me demander pourquoi lord Scarman a choisi d'introduire la notion de pression illégitime dans le cadre analytique. Une des explications possibles se trouve dans un passage oublié des motifs de Sa Seigneurie dans l'arrêt *Universe Tankships*. Dans ce passage, à la p. 88 (All E.R.), il reconnaît que la contrainte économique constitue un délit indépendant, proposition qui est inédite en droit canadien : [TRADUCTION] « Il est, je pense, déjà établi en droit que la pression économique peut, en common law, constituer de la contrainte et que la contrainte, une fois prouvée, non seulement rend annulable une opération dans laquelle une personne s'est engagée parce qu'elle y a été forcée mais est susceptible d'action à titre de délit, si elle cause des dommages ou une perte ». De plus, lord Scarman ne vient pas nuancer sa déclaration en statuant que cette pression se limite à une conduite délictueuse ou criminelle. Je ne puis m'empêcher de me demander si lord Scarman était d'avis qu'une [TRADUCTION] « pression illégitime » constitue une condition préalable au délit susceptible d'action qu'est la contrainte économique. Si telle était son intention, la notion de pression illégitime devrait peut-être viser les situations ou être réservée aux situations où l'exercice d'une contrainte économique donne lieu à la formation d'un contrat plutôt qu'à sa modification. Je dis cela compte tenu du fait que l'arrêt *Universe Tankships* traitait de la formation et non de la modification d'un contrat. Quoi qu'il en soit, aux fins de trancher le présent appel, je n'ai qu'à conclure qu'une pression illégitime n'est pas une condition préalable à une conclusion de contrainte économique lorsque la réparation demandée est d'ordre déclaratoire ou restitutoire. Faire déclarer une modification contractuelle inexécutoire ou exiger la restitution de biens obtenus par suite d'une contrainte économique est une chose, solliciter des dommages-intérêts pour exercice d'une pression illégitime en est une autre.

[50] En conclusion, je ne suis pas disposé à statuer que l'exercice d'une pression illégitime est une condition préalable à une conclusion de contrainte économique dans les instances où des modifications postcontractuelles ont été apportées à des contrats

à exécuter. Je suis parfaitement d'accord avec la professeure Ogilvie lorsqu'elle écrit que ce n'est pas la légitimité de la pression qui importe mais plutôt son incidence sur la [TRADUCTION] « victime » : « Forbearance and Economic Duress: Three Strikes and You're Still Out at the Ontario Court of Appeal », au par. 26.

B. *La contrainte économique – le cadre analytique*

[51] Puisque nous avons rejeté la pression illégitime comme critère à appliquer aux fins de décider si une modification contractuelle a été obtenue par une contrainte économique, il incombe à notre Cour de définir les principes qui sous-tendent cette doctrine. Mon analyse, je le répète, s'applique à la défense de contrainte économique invoquée relativement à la force exécutoire des modifications apportées à un contrat existant et non en ce qui concerne la formation du contrat sous-jacent. Cette distinction est-elle valable? C'est ce que j'ai déjà indiqué à propos de la question de savoir si la doctrine de la contrainte économique constitue aussi une source indépendante de responsabilité délictuelle. De plus, cette distinction évite de compliquer davantage et inutilement les règles de droit. Je ne pense pas qu'il y ait quoi que ce soit à gagner à incorporer dans la doctrine de la contrainte économique des notions telles que l'inégalité du pouvoir de négociation, l'iniquité et l'influence indue, lesquelles sont toutes des notions fondamentales lorsqu'il s'agit de la formation d'un contrat et de sa force exécutoire. Par contre, les instances concernant la modification d'un contrat existant ne sont pas tranchées en fonction de la question de savoir si la victime est une partie avertie ou non avertie. Le facteur crucial consiste à savoir si la victime n'avait aucune autre solution concrète que celle de se plier à la demande de modification du contrat. Parfois, la victime est Goliath et d'autre fois, le petit David. Cela dit, je dois examiner la notion de « conseils juridiques indépendants » puisqu'elle est évoquée dans la jurisprudence relative à la contrainte économique.

[52] Bien que, dans la jurisprudence, les tribunaux continuent à aborder la doctrine de la contrainte économique en se demandant si la volonté a été ébranlée, le consentement vicié ou le contrat modifié volontairement, l'exercice a pour objectif de

déterminer si la modification était le produit d'une entente. Je pars du principe que toute convention commerciale a comme caractéristique principale d'être un « marché consensuel » et cela s'applique également aux modifications apportées à des contrats existants. Pour ce qui concerne l'élément voulant qu'il s'agisse d'un « marché », cette composante est mesurée à l'aune de la doctrine de la contrepartie, mais comme nous l'avons vu, l'absence de contrepartie ne devrait pas inévitablement mener à la conclusion qu'une promesse gratuite est inexécutoire. Une promesse gratuite peut en effet être exécutoire si elle est le produit d'un accord consensuel. Si je fais abstraction, pour l'instant, de la question de savoir si la modification contractuelle est appuyée par une contrepartie et si je reconnais que le « consentement » ou l'« entente » demeurent la caractéristique principale d'une convention exécutoire, je propose le cadre général suivant aux fins de décider si la modification contractuelle était le produit de la « coercition » ou de la « contrainte économique ». Si je dis qu'il s'agit d'un cadre général, c'est que certaines instances sont plus faciles à trancher que d'autres. Ainsi, on pourrait accorder une attention particulière aux modifications arrachées dans le contexte de l'emploi, certaines étant régies par la common law, par des textes législatifs ou par les deux. Ce dont il s'agit ici, c'est d'un contrat commercial régissant les activités commerciales de deux sociétés qui ont été créées afin de servir et de protéger l'intérêt public.

[53]                    Sous réserve des observations qui précèdent, une conclusion de contrainte économique dépend, initialement, de deux conditions préalables. Il faut, premièrement, que la promesse (savoir la modification contractuelle) ait été arrachée par suite de l'exercice d'une « pression », que celle-ci soit qualifiée de « demande ou [d']exigence » ou encore de « menace ». Il faut, deuxièmement, que l'exercice de cette pression ait été tel que la partie qui en a été victime n'ait pas eu d'autre solution concrète que de se rendre aux exigences de la partie qui exerçait la pression et de modifier les clauses du contrat sous-jacent. Toutefois, même si ces deux conditions préalables sont réunies, la conclusion de contrainte économique n'est pas automatique. Une fois que l'on a satisfait à ces deux conditions minimales, l'analyse juridique doit porter sur une ultime question : celle de savoir si la partie victime de coercition a « consenti » à la modification. Pour

trancher cette question, trois facteurs doivent être examinés : (1) la question de savoir si la promesse était appuyée par une contrepartie; (2) la question de savoir si la partie qui a fait l'objet de la coercition a fait la promesse en question « sous toutes réserves » ou « sous réserve de tous droits »; (3) dans la négative, la question de savoir si la partie qui a fait l'objet de la coercition a pris des mesures raisonnables pour rétracter la promesse dès que les circonstances l'ont permis. Il faut reconnaître que les deux derniers facteurs sont davantage susceptibles d'influer sur l'issue finale d'une instance que le premier. Il est à remarquer, également, que dans ce cadre général, il n'est nullement question du fait que la supposée victime ait pu obtenir des « conseils juridiques indépendants » ni de la « conduite de bonne foi » qu'a pu avoir la partie qui a en principe exercé la coercition. J'examinerai aussi ces questions séparément. Pour l'instant, je me concentrerai sur le cadre esquissé ci-dessus.

[54] Bien qu'il puisse sembler banal de statuer que, pour satisfaire à la première condition minimale, il faut que la modification contractuelle soit le produit d'une pression exercée par le destinataire de la promesse (la partie qui exerce la coercition), il peut y avoir des instances où cela n'est pas le cas. Si la modification est apportée à la demande du promettant (la prétendue victime), comme cela s'est produit dans l'affaire *Williams c. Roffey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.*, on ne peut prétendre, d'une façon crédible, que la modification a été obtenue au moyen de la coercition. Il faut admettre que ce genre de situation est sans doute rare. Dans la plupart des cas, la pression exercée en vue de la modification du contrat est le fait du destinataire de la promesse et elle prend la forme d'une menace expresse ou implicite de rompre le contrat sous-jacent, habituellement par la suspension de l'exécution future. J'ai inclus les menaces implicites en prévision du destinataire de promesse averti qui, aidé d'un avocat astucieux, cherche à dissimuler la nature coercitive de la demande de modification en évitant de tenir des propos agressifs équivalant à une menace de retenir des marchandises ou des services promis jusqu'à ce que le promettant se plie à ses exigences. Au bout du compte, la question de savoir si les faits appuient la prétention selon laquelle le destinataire de la promesse a exercé la pression voulue, notamment en menaçant de rompre le contrat en en suspendant l'exécution, est peut-être une question de jugement.

[55] Dès lors que nous reconnaissons qu'une pression a été exercée, nous nous penchons sur la deuxième condition préalable, celle de savoir si le promettant aurait pu résister à la pression et refuser de consentir à la modification. Il existe une caractéristique fondamentale de la doctrine qui veut que la défense de contrainte économique soit rejetée à moins qu'il ne soit établi que le promettant (la victime) n'avait pas d'autre solution concrète que de se plier aux exigences du destinataire de la promesse (la partie qui a exercé la pression). Ainsi, par exemple, la question de savoir si la victime aurait pu résister aux exigences de la partie qui exerçait la coercition et s'adresser à un tiers pour obtenir les biens ou services promis dans le contrat sous-jacent tout en engageant contre la partie qui a exercé la coercition une action en dommages-intérêts pour violation de contrat est une question de jugement. Si la preuve établit que d'autres solutions concrètes s'offraient à la victime, la défense de contrainte économique doit être rejetée à cette étape préliminaire. Par ailleurs, si la preuve établit que la victime n'avait pas d'autres solutions concrètes, le droit exige que l'analyse se poursuive avant qu'une conclusion de contrainte économique puisse être justifiée. En résumé, l'absence de solutions de rechange concrètes est une preuve de l'absence de consentement mais elle ne tranche pas la question. Le droit demeure préoccupé par la possibilité qu'il ait pu y avoir consentement à la modification contractuelle pour des raisons que le promettant seul estime suffisantes. Cela nous amène à nous demander comment il faut procéder pour évaluer la présence ou l'absence d'un « consentement ».

[56] Si la modification n'est pas appuyée par une contrepartie au sens classique de ce mot, il se peut que la Cour accueille plus favorablement la défense de contrainte économique. Après tout, pourquoi une personne accepterait-elle de payer davantage ou de faire davantage en échange de rien? Il existe une réponse tout prête à cette question : le promettant n'avait pas d'autre solution concrète que de se plier aux exigences de la partie qui exerçait la coercition. La modification n'est pas le produit d'une entente au titre de laquelle le « consentement » ou l'« accord » du promettant est essentiel si l'on veut que la modification soit réputée être exécutoire en droit. Comme nous le savons, toutefois, même si la modification contractuelle s'accompagne d'une contrepartie, il est possible qu'elle soit malgré tout inexécutoire en vertu de la doctrine de la contrainte

économique. C'est une bien piètre consolation pour ceux qui ont fait l'objet d'un chantage que leur promesse soit exécutoire en vertu de la doctrine de la contrepartie parce que la modification a été obtenue sous « sceau » ou en échange du paiement d'une « somme symbolique ». En résumé et fondamentalement, nous devons reconnaître qu'une modification contractuelle qui n'est pas appuyée par une contrepartie au sens classique du terme étaye l'argument selon lequel elle a été obtenue par suite d'une contrainte économique. Par ailleurs, une modification appuyée par une contrepartie fraîche donne du poids à l'argument voulant qu'elle soit le produit d'une pression commerciale et non d'une contrainte économique.

[57] Il ne fait aucun doute que la façon la plus facile et la plus convaincante d'établir qu'une modification contractuelle a été obtenue par une contrainte économique et est donc inexécutoire consiste à établir qu'elle a été apportée « sous toutes réserves » ou « sous réserve du droit » du promettant d'insister sur l'exécution conformément au contrat d'origine. Bien que certains tribunaux américains aient déclaré que l'expression d'une « réserve » ou d'une « contestation » est une composante essentielle du droit d'annuler un contrat pour cause de contrainte (voir l'ouvrage de A.L. Corbin, intitulé *Corbin on Contracts*, édition révisée, vol 2. (St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1993), au par. 7:21), cela n'est pas vrai en droit anglais et canadien. En résumé, l'omission de « contester » la modification n'est pas nécessairement fatale à une défense de contrainte économique. Toutefois, l'omission du promettant d'exprimer une quelconque objection au moment où la modification contractuelle lui a été soutirée peut, en bout de ligne, porter un coup fatal à la défense de contrainte économique. Je m'explique.

[58] À supposer que le promettant omette de consentir sous toutes réserves ou sous réserve de ses droits légaux existants, sa défense de contrainte économique est affaiblie lorsque la Cour est confrontée à la prétention du destinataire de la promesse selon laquelle la modification a été le produit d'une entente et non de la coercition. Si la modification est appuyée par une contrepartie fraîche et qu'il n'y pas eu expression d'une réserve ou d'une contestation, il faut sérieusement mettre en doute la validité de la défense de contrainte économique. Bien que l'omission de consentir sous toutes réserves

n'interdit pas forcément que la défense de contrainte économique puisse être accueillie, il se peut qu'avec le temps, ce moyen de défense ne soit plus disponible, que la modification contractuelle ait ou non été appuyée par une contrepartie. En l'absence d'une promesse donnée sous toutes réserves, le droit insiste sur le fait que la victime doit prendre des mesures raisonnables pour répudier ou rétracter la promesse dès que les circonstances le permettent. Généralement, cela se produit après que la pression s'est dissipée, savoir, habituellement, une fois que la menace de rompre le contrat a perdu sa force persuasive. Si une somme d'argent a été payée en vertu de la modification et que la partie qui a exercé la coercition a exécuté la partie du marché qui lui incombait aux termes du contrat sous-jacent, la victime doit agir d'une façon responsable aux fins de solliciter un recouvrement. Si la modification consiste en une vague promesse de payer et que la partie qui exerce la coercition exécute sa partie du marché, la victime doit persister à refuser de payer (comme ce fut le cas en l'espèce).

[59] Il est clair en droit que le promettant qui, par exemple, ne fait rien et attend plusieurs années avant de contester le caractère exécutoire de la modification sera réputé coupable d'acquiescement et même si la défense de contrainte économique a été établie, elle sera rejetée pour ce motif. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Stott c. Merit Investment Corp.* Bien que la Cour d'appel ait conclu que la convention avait été passée sous l'effet de la contrainte économique, le fait que le promettant défendeur n'avait renié la convention que plusieurs années après sa signature a porté un coup fatal à sa défense. Là encore, il importe de souligner que le droit rejette la défense de contrainte économique lorsque des parties commerciales prennent des décisions délibérées qu'elles regrettent par la suite. Dans son article intitulé « Economic Duress in Contract: Departure, Detour or Dead-End? », la professeure Ogilvie exprime ce principe avec exactitude, à la page 204 :

[TRADUCTION]

La [jurisprudence] montre que les parties qui négocient volontairement des conventions qu'elles croient avantageuses ne peuvent ultérieurement invoquer la contrainte économique pour annuler ces conventions. [...] [L]a contrainte économique n'a pas pour effet de libérer les parties de marchés commerciaux qui sont subséquemment perçus ou confirmés comme étant onéreux.

[60] Jusqu'ici, je n'ai pas examiné la question de savoir si les « conseils juridiques indépendants » sont une considération pertinente. Selon la décision du comité judiciaire de Conseil privé dans l'affaire *Pao On*, et compte tenu de la jurisprudence américaine, c'est un facteur qui doit être examiné. Par ailleurs, certains tribunaux ont mis en doute la pertinence de ce facteur. Dans l'arrêt *Gordon c. Roebuck*, la juge d'appel McKinlay a adroitement fait observer que les conseils indépendants sont susceptibles de ressortir principalement à la question de savoir si la victime a d'autres solutions concrètes que de se plier aux exigences de la partie qui exerce la coercition. En effet, on ne peut s'empêcher de tenir pour acquis qu'il serait rare que des parties commerciales aussi averties que celles qui sont devant nous ne consultent pas un conseiller juridique et ne demandent pas à leurs avocats de rédiger des lettres qui soutiennent les positions respectives de leurs clientes en prévision d'une possible défense de contrainte économique. Le fait est que l'accès de la victime à des conseils juridiques indépendants n'est pas suffisant pour compenser la conclusion selon laquelle elle n'avait pas d'autre choix que de consentir à la modification contractuelle exigée par la partie qui exerçait la coercition. Comme je l'ai dit, il me semble que la notion de « conseils juridiques indépendants » est plus pertinente dans les instances où une personne a passé un marché imprévoyant qui est attaqué pour cause d'iniquité, d'influence indue et de contrainte. On n'a qu'à penser au règlement de déclarations de sinistres : *Permaform Plastics Ltd. et al. c. London & Midland General Insurance Co. et al.* (1996), 110 Man. R. (2d) 260 (C.A.), [1996] M.J. No. 322 (QL). Ce sont là les instances où le droit favorise le consommateur et où les tribunaux sont favorablement disposés à examiner attentivement le caractère équitable du marché qui a été passé. Toutefois, dans la plupart des cas où la contrainte économique est invoquée, les parties sont des entités commerciales qui ont un accès immédiat à des conseillers juridiques. Cela dit, il peut y avoir des cas où les conseils juridiques indépendants deviennent une considération pertinente lorsqu'il y a modification contractuelle. Prenons le cas d'un promettant non averti qui tarde à rétracter une modification contractuelle. Le fait que le promettant n'ait pas agi aussi rapidement qu'il aurait pu le faire pourrait lui être pardonné en raison de l'absence de conseils juridiques indépendants. Au bout du compte, toutefois, j'hésite à souscrire à la notion qui

veut que les conseils juridiques indépendants fassent partie intégrante de la doctrine de la contrainte économique.

[61] Finalement, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, on mentionne les motifs ou les raisons pour lesquelles la partie qui exerce la coercition exige une modification contractuelle comme si ces motifs étaient une considération pertinente. C'est ce que j'appelle l'argument ou l'exigence voulant qu'il y ait eu « bonne foi ». Par exemple, si la partie qui exerce la coercition refuse d'exécuter une obligation prévue à un contrat existant à moins que l'autre partie n'accepte de payer davantage que le prix contractuel et que la raison de cette demande est que le fournisseur de la partie qui exerce la coercition a imposé une majoration correspondante de son prix, on pourrait estimer que les exigences de cette partie montrent qu'elle agit en toute bonne foi. Cela est encore plus vrai si la majoration du prix est essentielle à la survie de la partie qui exerce la coercition comme entreprise commerciale. Ce qui ressort implicitement de tout ceci, c'est l'idée qui veut que si le promettant n'agit pas « par opportunisme », on doit accueillir moins favorablement la défense de contrainte économique. Il reste à savoir si ce fait devrait avoir une incidence sur la conclusion de contrainte économique. J'estime que non, sous réserve de la mise en garde suivante.

[62] Il ne fait aucun doute, à mes yeux, que lorsque la partie qui exerce la pression agit d'une façon qui est commercialement raisonnable, de « bonne foi », la partie sommée de consentir à une modification contractuelle pourrait le faire pour des motifs commerciaux légitimes ayant un rapport avec la crise financière à laquelle fait face la partie qui exige la modification. En résumé, la bonne foi de la partie qui exerce la prétendue coercition peut constituer une raison pour laquelle la supposée victime consent à la modification. Par conséquent, les raisons ou motifs pour lesquels le destinataire de la promesse exige la modification contractuelle sont pertinents dans la mesure où ils ont une incidence sur la décision du promettant de consentir à la demande. C'est dans cette mesure limitée que les raisons qui sous-tendent la décision d'obtenir une modification contractuelle par la menace de rompre le contrat sous-jacent deviennent, je crois, pertinentes. Toutefois, je ne crois pas qu'un plaidoyer fondé sur la bonne foi doive être

considéré soit comme une défense complète susceptible de réfuter une défense de contrainte économique soit comme un principe fondamental de la doctrine de la contrainte économique. La personne qui me met un fusil sur la tempe et me somme de lui remettre mon portefeuille ne devrait pas se trouver en meilleure position, sur le plan juridique, parce qu'elle agit en réponse à un tiers qui lui a mis un fusil sur la tempe. J'ai toujours le droit d'être rétabli dans la situation qui était la mienne avant qu'on ne me mette le fusil sur la tempe. Mon portefeuille doit m'être rendu malgré la bonne foi dont a fait preuve la partie qui a exercé la coercition à mon endroit.

[63] En résumé, la prétendue bonne foi de la partie qui exerce la coercition ne devrait pas avoir d'incidence sur le droit contractuel de la victime d'obtenir l'exécution des obligations prévues dans les clauses initiales du contrat ni sur ses attentes à cet égard. C'est pourquoi il importe de réaffirmer que ce n'est pas la légitimité de la pression qui est importante, mais bien son incidence sur la victime. Il se peut aussi que la victime regrette d'avoir consenti aux clauses initiales du contrat. Toutefois, ni l'une ni l'autre parties n'ont le droit de prétendre éprouver de « graves difficultés » et d'exiger que des modifications soient apportées au contrat sous-jacent en l'absence d'une disposition contractuelle prévoyant cette mesure réparatoire (par exemple une clause relative à la force majeure) ou l'application de la doctrine de l'inexécutabilité.

C. *Application aux faits de la présente instance*

[64] Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas difficile lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité de la défense de contrainte économique. Là encore, les faits auxquels l'arbitre a conclu sont essentiels en ce qui concerne l'argument de Nav Canada voulant que la promesse de payer l'aide à la navigation aérienne (le DME) n'ait pas été obtenue par une contrainte économique. Nav Canada insiste sur le fait qu'elle n'a exercé aucune pression sur l'administration aéroportuaire. Selon l'argument de Nav Canada, elle a donné à l'administration aéroportuaire le choix de déplacer l'ancien équipement (le NDB) ou d'opter pour le nouveau DME, mais en lui précisant que, dans ce dernier cas, elle devait payer le nouveau DME. Nav Canada prétend également que, puisque c'était à

l'administration aéroportuaire de décider, celle-ci ne pouvait prétendre avoir donné la promesse parce qu'elle n'avait pas d'autre solution concrète que d'accepter de payer le coût d'achat de 223 000 \$. Comme nous l'avons dit plus tôt, ce ne sont pas là les faits auxquels l'arbitre a conclu. Celui-ci a conclu que Nav Canada avait le droit contractuel de décider s'il y avait lieu de déplacer le matériel existant ou d'acheter du nouveau matériel et qu'elle avait opté pour le nouveau matériel. La preuve a également établi que Nav Canada avait refusé d'acheter et d'installer le matériel de navigation jusqu'à ce que l'administration aéroportuaire accepte de payer le DME. Je reconnais que, dans sa lettre à l'administration aéroportuaire, Nav Canada n'a pas dit qu'elle suspendrait l'exécution des obligations prévues dans la CSIA. Nav Canada a soigneusement choisi ses mots lorsqu'elle a dit qu'elle n'était pas disposée à prévoir l'achat du matériel en question lorsqu'elle préparerait son budget pour l'exercice financier à venir. Toutefois, cette lettre a eu pour effet pratique de forcer l'administration aéroportuaire à promettre de payer les 223 000 \$. La menace de Nav Canada de rompre le contrat en en suspendant l'exécution a pris naissance implicitement, mais comme nous l'avons dit précédemment, cela est suffisant aux fins d'établir la défense de contrainte économique.

[65] En ce qui concerne la question de savoir si d'autres solutions concrètes s'offraient à l'administration aéroportuaire, il faut souligner que Nav Canada exerce un monopole pour ce qui concerne la fourniture de services et de matériel aéronautiques aux aéroports publics partout au Canada. En réalité, l'administration aéroportuaire ne pouvait pas se retirer unilatéralement de la CSIA et s'adresser à un autre fournisseur de services dans l'industrie. L'administration aéroportuaire avait déjà consacré 6 millions de dollars au prolongement d'une de ses deux pistes et Nav Canada menaçait de retarder l'utilisation de la piste prolongée d'au moins une autre année. En somme, l'administration aéroportuaire n'avait pas d'autre solution concrète que de se plier à la demande que lui faisait Nav Canada de consentir à acquitter le coût de l'aide à la navigation aérienne.

[66] Les deux conditions minimales auxquelles il faut préalablement satisfaire pour que la défense de contrainte économique soit accueillie ont été remplies en

l'espèce : Nav Canada a exercé une pression afin d'obtenir ce qui constitue une modification contractuelle à la CSIA et l'administration aéroportuaire n'a pas eu d'autre choix concret que de se plier aux exigences de Nav Canada. Cela ne met pas fin à l'analyse juridique. Il reste à décider si l'administration aéroportuaire a consenti à la modification malgré les circonstances dans lesquelles la promesse a été faite. Le fait que la promesse n'était pas appuyée par une contrepartie fraîche donne à penser qu'il y a eu absence de consentement et d'ailleurs, cette inférence trouve sa confirmation dans le libellé de la lettre de l'administration aéroportuaire datée du 20 février 2003 : [TRADUCTION] « L'échéance que vous avez arbitrairement fixée nous oblige maintenant à mettre des sommes à la disposition [de Nav Canada] sous toutes réserves ». Même si cette expression n'avait pas été employée, il n'y a rien au dossier qui indique que du fait du passage du temps, l'administration aéroportuaire a donné son accord aux exigences et aux pressions de Nav Canada. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où des sommes ont été payées et où la demanderesse n'a rien fait dans le but d'obtenir leur remboursement. Il s'agit d'une instance où la victime (l'administration aéroportuaire) a refusé de payer dès le départ et n'a pas dévié de cette position maintenant que la partie qui a exercé la coercition (Nav Canada) s'est acquittée des obligations contractuelles qui lui étaient faites aux termes du contrat sous-jacent (la CSIA) conformément au cadre analytique exposé dans les présents motifs de jugement.

[67] En concluant que la défense de contrainte économique a été établie et que l'arbitre a commis une erreur en statuant que les lettres subséquentes constituaient un contrat distinct et exécutoire, je n'ai pas mentionné la question des « conseils juridiques indépendants » ni celle de la « bonne foi ». Nav Canada prétend que l'administration aéroportuaire a reçu des conseils juridiques indépendants pendant la période pertinente. Je ne me perdrai pas en conjectures sur la question de savoir si Nav Canada a aussi retenu les services d'un avocat pendant les mois qui ont précédé l'échange de lettres, si ce n'est pour dire que cette correspondance traduit une certaine compréhension des principes qui sous-tendent la doctrine de la contrainte économique. Quoi qu'il en soit, ce facteur ne devrait avoir aucune incidence sur la décision relative à la contrainte économique. Finalement, il est fort possible que Nav Canada ait vraiment cru qu'elle n'avait pas

l'obligation contractuelle de payer le coût de l'aide à la navigation aérienne et qu'elle ait, de ce fait, agi de bonne foi. Il est tout aussi plausible, toutefois, comme le prétend l'administration aéroportuaire, que Nav Canada ait tout simplement cherché à se décharger de sa responsabilité d'acheter le matériel de navigation sur une « victime » récalcitrante et tenace. Si telle était sa véritable intention, elle n'a pas réussi à atteindre cet objectif en raison de la doctrine de la contrainte économique. Quoi qu'il en soit, la « bonne foi » n'est pas une défense susceptible de réfuter un argument de contrainte économique lorsqu'il s'agit de la force exécutoire d'une modification contractuelle.

VI. Conclusion et dispositif

[68] Je suis d'avis de rejeter l'appel et d'accorder des dépens de 6 600 \$, suivant un montant-clé de 223 000 \$, conformément à la Remarque 1 du Tarif « A », échelle 3, de la règle 59 des *Règles de procédure*.