

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

108-10-CA

A.I. ENTERPRISES LTD. and ALAN SCHELEW

APPELLANTS

- and -

BRAM ENTERPRISES LTD. and JAMB
ENTERPRISES LTD.

RESPONDENTS

A.I. Enterprises and Schelew v. Bram Enterprises
and Jamb Enterprises, 2012 NBCA 33

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 22, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 245

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 23, 2011

Judgment rendered:
April 12, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

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

A.I. ENTERPRISES LTD. et ALAN SCHELEW

APPELANTS

- et -

BRAM ENTERPRISES LTD. et JAMB
ENTERPRISES LTD.

INTIMÉES

A.I. Enterprises et Schelew c. Bram Enterprises et
Jamb Enterprises, 2012 NBCA 33

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 22 juillet 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 245

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 23 novembre 2011

Jugement rendu :
Le 12 avril 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

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

Counsel at hearing:

For the appellants:
Richard J. Scott, Q.C. and
Jennifer D. Snow

For the respondents:
Charles A. LeBlond, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Richard J. Scott, c.r., et
Jennifer D. Snow

Pour les intimées :
Charles A. LeBlond, c.r.

LA COUR

Rejette l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

I. Overview

[1] Three intentional economic torts have attracted significant judicial treatment over the last 10 years: (1) conspiracy; (2) inducing breach of contract; and (3) interference with contractual relations by unlawful means. Ultimately, this appeal focuses on the unlawful means tort, which has its own conditions for liability. Above all, that tort must be isolated from the inducement tort. As one commentator, writing in *The Lawyers Weekly*, cautioned: “The shoals of motion practice are littered with the wrecks of claims struck out for failure to comply with the technical rules that govern this area” (Peter Wardle, October 14, 2011).

[2] The tort of inducing breach of contract became firmly cemented in the common law with *Lumley v. Gye* (1853), 118 E.R. 749 (Q.B.) (A induces B to breach its contract with C). The unlawful means tort can be traced to an equally seminal English decision: *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1 (H.L.) (A induces B not to contract with C). While the two torts differ in several respects, one is palpable. The inducement tort must involve a breach of contract. Not so with respect to the unlawful means tort. The interference may simply prevent the formation of a contract or its due performance without resulting in a breach. The second difference is that the inducement tort is not concerned with the means chosen to induce the breach of contract. In short, it matters not whether the means chosen are lawful or unlawful. Obviously, not so with respect to the unlawful means tort, where the task is to properly define “unlawful means”. Another difference between the two torts lies in the requirement of establishing “intent”. Under the inducement tort, the claimant must establish the defendant’s intent to induce the breach. Under the unlawful means tort, the claimant must establish the defendant’s intent to cause the claimant harm. All of this leads to the observation: the two torts are distinct and not to be placed under a single legal umbrella, as might be expected if one were to

adopt a unified theory of liability. This remains true even though both torts are intended to place boundaries surrounding the right of parties to engage in “fair competition”. Each of those propositions is derived from the relatively recent decision of the House of Lords in *OBG v. Allan*, [2007] UKHL 21 (“*OBG*”).

[3] This appeal examines the unlawful means tort and, in particular, whether this Court should adopt the narrow definition of “unlawful means” articulated in the majority opinion of Lord Hoffmann in *OBG*. Therein, “unlawful means” are defined in terms of the defendant’s impugned acts being independently actionable by the third party, or would have been had the third party suffered a loss. In short, unlawful interference embraces an actionable civil wrong committed against a third party. (A uses physical threats to induce B not to contract with C. As B has an independent cause of action against A for intimidation, C may sue A for unlawful interference. Not so if A resorts only to logical persuasion, which is not independently actionable).

[4] Prior to *OBG*, and as a general proposition, Canadian courts had adopted broad but, admittedly, vague definitions of “unlawful means”, and some courts were still struggling with the question of whether the tort existed. Often, the approach was a reflection of the English trend of conflating the inducement and unlawful means torts under what would be labeled the “unified theory”. *OBG* has clarified, if not effectively recast, the English model with respect to the intentional economic torts. What we are left with is a set of cogent principles that bring immense certainty to the English law, while bringing into focus the need to reevaluate the Canadian authorities to the extent they relied on the earlier English jurisprudence. Be that as it may, if we adopt the narrow definition of unlawful means offered in *OBG*, we must allow the appeal and set aside the trial judge’s finding of tortious liability. This is because the independent actionability requirement cannot be met. This is true unless: (1) we recognize the definition is not an absolute and allows for principled exceptions; and (2) we conclude the case falls within an exceptional category.

[5] As a starting point, no one questions the merit of the narrow definition of “unlawful means” when compared to earlier formulations. The critical issue is whether the independent actionability requirement should be flexible and allow for exceptions, or exceptional categories, which are principled in nature and do not attract the criticism of *ad hoc* decision making. In my view, the question should be answered in the affirmative. This view is consistent with the jurisprudence of the Ontario Court of Appeal, so far as that Court has expressly declined the invitation to “fully define” the scope of the expression “unlawful means”: *Alleslev-Krofchak v. Valcom Limited*, 2010 ONCA 557, [2010] O.J. No. 3548 at para. 63 (QL), citing *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, [2008] O.J. No. 2497 at para. 107 (QL). This approach suggests that the categories of unlawful means may not be closed in Ontario. And it is worth noting that ten months after the House of Lords rendered its decision in *OBG*, their Lordships adopted a broader interpretation of unlawful conduct in regard to the intentional tort of conspiracy (to include criminal wrongs not actionable at common law): *Total Network SL v. Her Majesty’s Revenue and Customs Commissioners*, [2008] UKHL 19, see paras. 96-104, revisiting *OBG*, and see also *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, [2011] O.J. No. 2786 (QL), which also broadens the definition of “unlawful means” in cases involving the tort of conspiracy.

[6] Accepting the narrow definition presented in *OBG* should allow for exceptions, we must decide whether the facts of the present case warrant exceptional treatment. The following represents an adumbration of the circumstances which propelled this case into the Court of Queen’s Bench. In 1985, three corporations (Bram Enterprises, Jamb Enterprises and A.I. Enterprises) acquired an apartment building located at 99 Joyce Avenue in Moncton as an investment. Title to the property was vested in a company (Joyce Avenue Apartments Limited), which acted as “agent” for the three corporate investors. In turn, the relationship between the agent and the corporate investors and between the investors themselves was regulated by a “syndication agreement”. The syndication agreement provided that if the majority decided to sell, the minority would have the right to purchase the building at its appraised value, failing which the property could be marketed to the public. In April of 2000, resolutions were

passed calling for the sale of the building. A.I. Enterprises, the minority investor, objected, but declined the opportunity to purchase the building at its appraised value of \$2.2 million. Nonetheless, Alan Schelew, who is the President and sole shareholder of A.I. Enterprises, continued to resist any sale of the property on the ostensible ground of the majority's non-compliance with the syndication agreement. Over a period of 20 months, Mr. Schelew instituted arbitration proceedings, registered documents encumbering the property's title and denied third parties access to the building for inspection purposes. During this time frame, the majority did in fact receive and accept two offers from distinct purchasers. One offer was for \$2.58 million. The other was for \$2.5 million. However, neither transaction closed without either vendor or purchaser being in breach of the underlying agreement of purchase and sale. In 2002, the majority sold the building to the minority investor for its most recent appraised value of \$2.2 million.

[7] A year after the sale of the building, the majority of investors (Bram Enterprises and Jamb Enterprises) sued Alan Schelew and A.I. Enterprises for damages equal to the difference between what the majority would have received, had the property sold to one of the two prospective purchasers in 2000, and the price which the minority paid. The claim was allowed. The trial judge concluded that but for the "numerous illegitimate and unlawful obstructive tactics" adopted by the defendants, the property would have sold to a third party for a price higher than what the minority investor eventually paid. The trial judge also found the requisite intent to cause harm and, therefore, the intentional tort of "unlawful interference with economic relations" had been established. Bram and Jamb were each awarded damages of \$183,061, together with costs of \$14,478.

[8] For reasons addressed below, the decision in *OBG* and its Canadian progeny were not brought to the trial judge's attention. Applying the definition of "unlawful means" articulated in that case, the appellants quite properly argue the appeal must be allowed. No one has been able to identify a sustainable cause of action upon which the potential purchasers could have sued either Alan Schelew or A.I. Enterprises.

Thus, it remains to be determined whether this case should fall within the exceptional category.

[9] In my view, the intentional erection of self-help legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand, warrants redress under the tort of unlawful means (akin to the tort of abuse of legal process). Mr. Schelew's manipulation of A.I. Enterprises and his unwarranted reliance on the syndication agreement provided him with a convenient pretext for opposing any sale. In truth, there was never a genuine issue of contractual interpretation dividing the corporate investors to the syndication agreement, just a family feud over the soundness of a business decision to liquidate a valuable asset. I would decide the unlawful means issue in favour of the respondent investors and the same holds true in regard to other contentious issues: "proximate cause" and "intent to cause harm".

[10] On a preliminary note, experience dictates it is prudent for appellate judges to state up front what a case is not about. As will be explained, the analytical framework being applied in Ontario, with respect to the unlawful means tort, provides for a criterion not expressly referred to in either the Canadian or English jurisprudence. The Ontario Court of Appeal has recognized the tort should be unavailable if the impugned conduct giving rise to the action is directly actionable by the claimant. The purpose of the intentional torts is to fill a gap where no action could otherwise be brought for intentional conduct that caused harm through the instrumentality of a third party: *Correia v. Canac Kitchens*, at para. 107 and *Alleslev-Krofchak v. Valcom Limited*, at para. 58. In the present case, no one pled or argued that the impugned conduct of A.I. Enterprises qualified as a breach of its contractual obligations under the syndication agreement and, therefore, its liability to the plaintiffs Jamb and Bram should have been framed in contract as well as tort (*e.g.*, breach of the implied contractual duty of good faith performance). Similarly, no one pled the impugned conduct of Alan Schelew resulted in a breach of his fiduciary obligations as a director of Jamb and Bram and, therefore, this defendant was directly liable to the corporate claimants. I shall touch upon these points,

lest this case be the subject of further scrutiny. Indeed, it was Lord Walker in *OBG* who, after commenting on the differences in opinion expressed by his colleagues, Lord Hoffmann and Lord Nicholls with respect to the issue of unlawful means, observed their case was not “likely to be the last word on this difficult and important area of the law” (para. 269).

II. Underlying Facts

[11] Curiously, the 339 paragraph decision under appeal has yet to be reported. But it does bear a neutral citation: 2010 NBQB 245. The basic facts and structure of this dispute have been set out above at paragraph 6, however the particular details require further analysis.

[12] Since the 1970s, the Schelew family (brothers Alan, Jeffrey, Michael and Bernard Schelew, and their mother Lillian Schelew) have been involved in residential real estate leasing through two corporations: Jamb Enterprises Ltd. (“Jamb”), which is owned by the four brothers equally, and Bram Enterprises Ltd. (“Bram”), which is also owned by the four brothers equally, with Lillian Schelew holding a separate class of preferred shares. The properties were managed by A.I. Enterprises Ltd. (“A.I.”), a corporation of which Alan Schelew is sole shareholder and director. As noted above, Bram, Jamb and A.I. became the shareholders of Joyce Avenue Apartments Ltd. The shareholders of Bram, Jamb and A.I. are also the directors. Indeed, it would appear every shareholder of every company is also a director of the corresponding company. In addition to being a director and minority shareholder of Bram and Jamb, Alan Schelew was the sole shareholder of A.I. Enterprises. A.I. Enterprises was also the property manager of the Joyce Avenue apartment building. The fact the three closely-held companies entered into a syndication agreement governing their respective rights and obligations with respect to the building is of paramount significance. Under that agreement, Joyce Avenue Apartments Limited is designated as the agent for the three investors (Bram, Jamb and A.I. Enterprises). Of particular note is Clause 9 of the agreement. Clause 9.01 states that if an offer to purchase the building is received, and the

majority decides to sell the property, the minority has a right of first refusal. Clause 9.02 provides that if the majority decides to sell the building, the minority has the right to purchase the building at the property's appraised value. If the minority fails to accept the "irrevocable offer" within 15 days of the offer being made, the majority has the right to seek out and effect a sale to a third party. The agreement provides a mechanism for determining the appraised value and requires that all matters in dispute be submitted for arbitration.

[13] At a directors' meeting of Joyce Avenue Apartments Ltd., held on April 27, 2000, all investors, except A.I. Enterprises (Alan), agreed the apartment building should be sold. At this point no potential purchasers had been identified and no offers to purchase were under consideration. On May 3, 2000, Alan wrote a letter to his brother Bernard, outlining various objections to the sale based on irregularities in the holding of meetings (e.g. less than 48 hours notice), non-compliance with the syndication agreement and the failure to pursue arbitration. In response, Bernard informed Alan, on May 4, 2000, that another meeting would be held to redo what had been done at the April 27, 2000 meeting. The "redo" meeting was scheduled for May 12, 2000. Alan was aware of the proposed meeting but he did not attend, nor did he pick up the registered notice of meeting from the post office until May 19, 2000, a week after the holding of the scheduled meeting. While reserving his right to allege the April 27 and May 12 meetings were improperly convened, Alan did provide the majority with the names of three appraisers, one of whom ended up being the co-author of the appraisal report ultimately submitted. However, only one of the appraisers identified by Alan was duly qualified as the others lacked the required "AACI" designation. Alan's refusal or failure to co-operate in the selection of an appraiser forced the majority to make the selection. In response, Alan issued a Notice of Arbitration on May 29, 2000. However, that Notice failed to set out the issues to be arbitrated. After an exchange of emails, Alan finally provided a nonsensical response: the arbitrator would decide what issues would be arbitrated. It was not until after Alan's lawyers intervened that the majority was provided with a list of issues to be arbitrated. That list was provided on September 7, 2000, three months after the Notice of Arbitration issued.

[14] On May 25, 2000, four days prior to issuing the Notice of Arbitration, Alan caused his company, A.I. Enterprises, to file a “Notice of Right of First Refusal” in the local Land Titles office. This encumbrance on title remained in place until August 24, 2001, the day on which an adjudicator, acting under the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1, declared the Notice to be of no effect. The subsequent judicial review application of the adjudicator’s decision was dismissed by the Court of Queen’s Bench: see *A.I. Enterprises Ltd. v. Joyce Avenue Apartments Ltd.*, 2002 NBQB 13, 246 N.B.R. (2d) 92. Following the adjudicator’s decision in August of 2001, and at the request of Michael Schelew, the Registrar General of Land Titles issued a “Stop Order” against the disputed property, preventing the filing of further encumbrances. This order was set to expire on November 15, 2001. Two days prior to that date, Alan filed a Notice of Application in the Court of Queen’s Bench seeking the appointment of an arbitrator. On November 15, 2001, the date the Stop Order expired, Alan filed a Certificate of Pending Litigation in the same Land Titles office based on the pending application.

[15] Alan declined to purchase the property at its appraised value of \$2.2 million by allowing the “irrevocable offer to sell” to expire, which it did on July 27, 2000, in accordance with the terms of the syndication agreement. Thereafter, the majority actively marketed the property through the services of a local real estate agent. Only two potential purchasers were prepared to enter into a binding agreement of purchase and sale. The first executory contract was with Bloomfield Holdings Ltd. for \$2.58 million. It was entered into on April 3, 2001, with a closing date of June 22, 2001. However, on May 30, 2001, Bloomfield withdrew from the transaction, citing its inability to “confirm the balance of our financing” due to “uncertainty of this sale”. The second contract of sale was with Greenarm Development Ltd. for \$2.5 million. The agreement became binding on July 24, 2001, and provided for a closing date of October 22, 2001. That date passed, yet Greenarm continued to express an interest in the property and sought permission to inspect the building along with officials from the Canada Mortgage and Housing Corporation (“CMHC”), which was to provide financing for the transaction. Sometime in early November of 2001, officers from Greenarm and CMHC were denied physical access to the building by two uniformed security guards, who were employees of

A.I. Enterprises. An officer of Greenarm testified that he had hoped the dispute between the investors could be resolved and that Greenarm was prepared to extend the closing date, until it became apparent that the transaction was not going to close because of Alan's interventions. This is when Greenarm decided to withdraw from the transaction.

[16] After the Greenarm sale failed to close, the real estate listing expired. In the spring of 2002, the majority restarted the procedure for disposing of the building in accordance with the syndication agreement. This time Alan accepted the offer to purchase the building for its most recent appraised value of \$2.2 million. The agreement of purchase and sale was dated November 28, 2002.

[17] On September 5, 2003, the majority of investors in Joyce Avenue Apartments Ltd. initiated an action against Alan and his company. With respect to the cause of action, the Statement of Claim is conspicuously silent. The plaintiffs simply allege the actions of the defendants resulted in the plaintiffs' inability to sell the apartment building to a third party. This is followed by a claim for damages equal to the difference between what Alan paid and what the majority would have received from a third party. The Statement of Defence includes, *inter alia*, a claim the plaintiffs' had failed to disclose a reasonable cause of action and submits the action should be dismissed under Rule 23.01(1)(b) of the *Rules of Court*. However, no motion was brought for that purpose. Instead, the parties went to trial relying on the understanding the pre-trial and post-trial briefs could effectively serve as valid substitutes for proper pleadings. Thankfully, it is those submissions which lay the foundation for the arguments resting on the intentional tort of "unlawful interference with economic relations".

III. The Failure to Address *OBG* at Trial

[18] This case has an element of awkwardness for counsel on appeal, as they were not counsel at trial. The law governing the unlawful means tort has been in a state of flux in Canada prior to and after the trial of the present action. Regrettably, at the time of trial, counsel and the trial judge were unaware of the relatively recent decision in *OBG*.

In part, this can be explained by the fact the underlying action was commenced in 2003, long before the House of Lords rendered its 2007 decision in *OBG*. However, the trial in this action commenced in May of 2008 and would be spread over the following 12 months, followed by the submission of post-trial briefs in June and August of 2009, well after the House of Lords released its decision in *OBG*. The trial decision was released on July 22, 2010. Three months prior to that date, this Court released a decision involving the inducement tort and the application of *OBG*: *SAR Petroleum et al. v. Peace Hills Trust Company*, 2010 NBCA 22, 357 N.B.R. (2d) 202. Between 2008 and 2010, the Ontario Court of Appeal released three influential decisions. While the evolving nature of the intentional tort under consideration may conjure some sympathy for counsel at trial, the responsibility to constantly monitor developments in the law rests squarely on their shoulders. Regardless of what legal principles were or were not pursued at trial, it remains the responsibility of this Court to render a decision based on the legal principles as they presently stand or should stand. All of that said, we must first look to what the trial judge decided based on the arguments advanced before him.

IV. The Trial Decision

[19] The pre-trial and post-trial briefs raised seven questions for the trial judge's consideration. Although most were not pled, the trial judge answered each question. Of particular significance to this appeal is his finding the plaintiffs were not in breach of any of the provisions of the syndication agreement. The one issue which remains central to this appeal is whether the actions of the defendants unlawfully interfered with the plaintiffs' efforts to sell the property to a third party. With respect to this broad issue, the trial judge made a number of relevant findings to support his positive response. Those findings are as follows.

[20] The decision to encumber the title with the Right of First Refusal was held to be without legal justification ("no lawful reason") (para. 246). Filing of the document was undertaken for the purpose of preventing third parties from proceeding with a sale. The trial judge also found this conduct to be a breach of Alan's fiduciary duty as director

of Jamb and Bram (para. 248). As to the defendants' decision to exercise the right to pursue arbitration proceedings, the trial judge concluded "neither Alan, nor A.I. Enterprises had any genuine wish to arbitrate" (para. 232). The issues which the defendants ultimately identified for arbitration were held to be "attempts by the defendants at creating issues" to further Alan's dispute (para. 230). Correlatively, the registration of the Certificate of Pending Litigation, tied to the court application seeking the appointment of an arbitrator, was found to be an unjustified step taken with the object of preventing a sale to a third party. Having regard to the plaintiffs' decision to authorize a potential purchaser to inspect the property and the defendants' refusal to allow physical access to the property, the trial judge held this conduct to be "wrongful and unlawful" (para. 269). The trial judge found that the denial of access was an abuse of the office of building manager and also a violation of the syndication agreement, which required the cooperation of minority shareholders when it came to the sale of the building (paras. 265-268).

[21] Armed with the above findings of fact, the trial judge went on to determine whether the tort of "unlawful interference with economic relations" had been established. The trial judge referred to the only decision of this Court touching on this particular intentional economic tort and other relevant Canadian authorities which were decided prior to the House of Lords' decision in *OBG*. The decision of this Court in *Carnahan v. McGregor and Whalen* (1994), 149 N.B.R. (2d) 342, [1994] N.B.J. No. 249 (C.A.) (QL), makes reference to a five prong analytical framework set out in *Dufferin Real Estate Limited v. Giralico*, [1989] O.J. No. 1525 (H.C.J.) (QL). Therein, the essential elements of the unlawful means tort are identified as follows: (1) the existence of a valid business relationship or expectancy; (2) knowledge by the defendant of the relationship or expectancy; (3) intentional interference inducing or causing a termination of the relationship or expectancy by unfair or unlawful means; (4) proximate cause; and (5) resultant damages. This analytical framework is taken from the well-known American treatise *Prosser and Keeton on Torts*, 5th ed. (St. Paul, MN: West Publishing Co., 1984) at 1005. I pause here to note that *Carnahan v. McGregor and Whalen* was decided on the basis of another intentional tort: inducing breach of contract.

[22] For obvious reasons, the trial judge did not dwell on elements one and two identified above. As to element three, the trial judge concluded the defendants' conduct was the proximate cause of the plaintiffs' loss. At paragraph 283 of his decision, the trial judge concluded: "but for these numerous illegitimate and unlawful obstructive tactics, used by or in the names of the defendants, the majority investors would have been successful in selling that building to a third party". As to whether the defendants possessed an actual intent to cause the plaintiffs economic harm, the trial judge held this was not a case in which the harm was an incidental result of the defendants pursuing their own legitimate self-interest. The trial judge recognized that the defendants were pursuing their self-interests but they did so using a "series of illegitimate and wrongful actions" (para. 289). As to the meaning of the phrase "wrongful conduct", the trial judge effectively embraces the approach adopted in *Reid v. British Columbia (Egg Marketing Board)*, 2007 BCSC 155, [2007] B.C.J. No. 197 (QL). The trial judge in the case at bar determined that unlawful conduct is defined broadly to mean conduct that the defendant was "not at liberty to commit", to behaviour "not authorized by law" or to an "act without lawful justification" (para. 291). Against this backdrop, the trial judge concluded the tort of "unlawful interference with economic relations" had been established.

V. The Underlying Legal Framework & OBG

[23] As a starting point, it is necessary to provide an overview of the intentional economic torts dealing with the interference of contractual relations as viewed from the analysis offered in *OBG*. It is an understatement to acknowledge the decision has been treated as persuasive authority in this country. But the complexity of the decision and its ambit should not be overlooked. There are four sets of concurring/dissenting opinions embracing three separate appeals and five different torts, all of which are canvassed in a 330 paragraph decision released following a 10 day appeal hearing. Most courts and academics focus on their Lordships' general analysis of legal principles surrounding the tenets of the intentional torts as measured against the old jurisprudence. However, the application of those tenets to the specific cases under appeal is equally as instructive. Often, it is not what one says that is important but rather what

one does. Some of the following discourse borrows freely from the pithy and incisive analysis of Janet O’Sullivan in her commentary on the *OBG* decision: see Janet O’Sullivan, “Intentional Economic Torts in the House of Lords” [2007] C.L.J. 503. Some of the comments are obviously personal observations.

[24] Professor O’Sullivan explains that prior to the decision in *OBG*, the boundaries and principles of the various economic torts in England had become “muddled”. So far as the inducement tort was concerned, the law was firmly settled since *Lumley v. Gye*. In that case, the opera impresario Gye had enticed diva Johanna Wagner to break her existing contract with his rival Lumley and to sing for him instead. Lumley recovered for intentionally inducing the breach. What made the inducement tortious was the intention of procuring Wagner’s breach of her contract with Lumley. The case was of significance because the prior jurisprudence limited the application of the tort to the master/servant relationship and not cases involving an independent contractor. Subsequently, the case would be applied to all contractual relations. Of course, *Lumley v. Gye* did not address the situation in which the defendant interfered in circumstances where the claimant did not have an existing contract with the third party, or if a contract did exist, the interference did not result in a breach. These scenarios fell within the tort of “intentionally interfering with business by unlawful means”, as confirmed in *Allen v. Flood*. In that case, the defendant was found not liable for threatening a *lawful* strike unless the employer agreed not to hire certain workers, which the employer was free to do, as the workers were only retained on a daily basis. However, liability would attach if the union were to intimidate the potential customers of an employer not to deal with the employer with a view to unionizing its workers. The “unlawful means” in that instance would be the tort of intimidation committed against the potential customers. Otherwise, promises or threats to do what one is entitled to do are not actionable.

[25] Professor O’Sullivan explains that English law fell into confusion during the second half of the 20th century, when it tried to unify the two separate torts by treating the *Lumley v. Gye* tort as merely an example of the unlawful means tort. *D.C. Thomson & Co. Ltd. v. Deakin and Others*, [1952] 1 Ch. 646 (C.A.) is cited as the source of the

unified theory and the notion of there being a substantive difference between direct and indirect interference, so far as the inducement tort was concerned. In regard to indirect inducement of a breach of contract, the Court of Appeal held that unlawful means were required, but not so for direct inducement (*Lumley v. Gye*). Eventually there was a perception that the law was threatening to expand liability to encompass situations not falling properly within either tort, such as lawful conduct that interfered with performance of a contract, but which did not induce a breach. As Professor O'Sullivan goes on to explain, the unified theory was also thought to cause confusion when the courts tried to determine what level of intention was necessary for liability. She explains:

Should the test be targeting the claimant wanting to cause him harm or intending to cause a breach of contract without necessarily intending the resulting harm? Should recklessness as to whether harm was caused suffice? What of mere foreseeability of harm?
[p. 504]

[26] The three appeals heard in *OBG* provided the House of Lords with the opportunity to address the muddling of the two intentional torts. Lord Hoffmann authored the majority reasons, and his statements of the relevant principles were largely agreed with by the remaining four justices (the application of those principles to specific cases caused some disagreement). I will explain shortly the differences of opinion between Lord Hoffmann and Lord Nicholls. For the moment, the decision of Lord Hoffmann is central to how their Lordships unraveled the two intentional economic torts.

[27] With respect to the distinction between the tort of inducing breach of contract and the tort of unlawful interference, Lord Hoffmann identified four key differences. First, the unlawful means tort involves primary wrongdoing, whereas the *Lumley v. Gye* inducement tort is one of secondary liability. The plaintiff sues the person who breached the contract for the breach of contract (primary liability). The person who induced the breach is sued in tort (accessory liability). If the plaintiff does not recover from one defendant, the plaintiff may recover from the other. Second, it is a pre-requisite for the unlawful means tort that the defendant has used independently unlawful means,

but not so for the *Lumley v. Gye* tort, which may involve, and often does involve, conduct lawful in itself (gentle persuasion). Third, the *Lumley v. Gye* tort depends on there being a breach of contract, while the unlawful means tort does not. It may well be that the interference prevents the formation of a contract or its due performance, in which case there has been no breach *per se*. Fourth, the question of intent to interfere is dealt with differently under each of the torts. The *Lumley v. Gye* tort focuses on the intent to induce a breach of the contract and not on whether there was an intention to cause damage to the claimant, as is true in regard to the unlawful means tort. As Professor O'Sullivan succinctly explains: "This means that a defendant is liable under *Lumley v. Gye* even if his only motive was to make a profit for himself, rather than wanting to cause loss to the claimant, much as one would imagine was impresario Gye's state of mind when he lured the diva to his theatre" (p. 505). On the other hand, the unlawful means tort focuses on the intent to cause harm to the claimant.

[28] There are two aspects of the *OBG* decision that are critical to this appeal. The first pertains to the definition of unlawful means. The second deals with the meaning of "intent" under both intentional torts. I will deal with both aspects in the order stated. As it was Lord Hoffmann who wrote on behalf of the majority with respect to the definition of unlawful means, I begin with his articulation of the definition:

In my opinion, and subject to one qualification, acts against a third party count as unlawful only if they are actionable by that third party. The qualification is that they will also be unlawful means if the only reason why they are not actionable is because the third party has suffered no loss.
[para. 49]

[29] The qualification to the definition was justified on the basis that in cases involving the defendant's intimidation of potential customers of the plaintiff, the threats will not usually give rise to a cause of action by the customers, because they will have suffered no loss. Above all, Lord Hoffmann's definition does not make room for statutory breaches and, in particular, breaches of a criminal statute. Lord Hoffmann reasoned that it

was “not for the courts to create a cause of action out of a regulatory or criminal statute which Parliament did not intend to be actionable in private law” (para. 57). In support of his position, Lord Hoffmann offered two justifications. First, he observed that the common law has traditionally been reluctant to become involved in devising rules of “fair competition” and has left the formulation of such rules to Parliament. Second, “courts should be similarly cautious in extending a tort which was designed only to enforce basic standards of civilised behaviour in economic competition, between traders or between employers and labour” (para. 56). Lord Hoffmann concluded with the premonition that “there is a danger that [the tort] will provide a cause of action based on acts which are wrongful only in the irrelevant sense that a third party has a right to complain if he chooses to do so” (para. 56).

[30] So too did Lord Nicholls address the meaning to be attributed to the criterion of “unlawful means”. His minority analysis began by acknowledging there are two views with respect to the scope of the expression. One view is that “unlawful” comprises all acts which a person is not permitted to do. The distinction is between what one has a right to do, and what one has no right to do. This perspective covers “common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence and so on” (para. 150) and is tied to Lord Reid’s decision in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.). Lord Nicholls then turned to the other view, that “unlawful” only embraces civil wrongs. A variant of this view is that “unlawful means” are limited to torts and breaches of contract. Lord Nicholls went on to explain the different views are founded on different perceptions of the rationale underlying the unlawful interference tort. Applying the wider perspective, the tort “seeks to curb clearly excessive conduct” (para. 153). “Excessive conduct” is said to be unacceptable conduct. But Lord Nicholls did not end his analysis of this point here. Here is his ultimate ruling:

For these reasons I accept the approach of Lord Reid and Lord Devlin and prefer the wider interpretation of “unlawful means”. In this context the expression “unlawful

means” embraces all acts a defendant is not permitted to do, whether by the civil law or the criminal law.

[para. 162]

[31] Based on the above passage, the only difference in opinion between Lord Hoffmann and Lord Nicholls with respect to the meaning of “unlawful means” is whether the concept should embrace breaches of the criminal law which are not generally actionable. (I assume Lord Nicholls also intended breaches of a statute to constitute unlawful means, but the above passage suggests otherwise.) As should be obvious, their differences of opinion do not impact on the outcome of this case, because we are not dealing with impugned conduct against a third party that involves a breach of a statute, criminal or otherwise.

[32] As noted at the outset, ten months later, the House of Lords adopted the position that, for purposes of the tort of conspiracy, the impugned acts (criminal conduct) did not have to be actionable by the third party: *Total Network SL v. Her Majesty’s Revenue and Customs Commissioners*, *supra*, and see also *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*. This acknowledgment is not meant to suggest that the decisions of their Lordships are inconsistent or irreconcilable, as their Lordships do distinguish *OBG*. The question whether the grounds for the distinction are persuasive is a matter for others to consider. However, there does not appear to be much controversy over the ultimate outcome in *Total Network*: see Janet O’Sullivan, “Unlawful Means Conspiracy in the House of Lords”, [2008] C.L.J. 459.

[33] The other issue addressed in *OBG*, which is directly relevant to the present appeal, is the matter of establishing intent under both the unlawful means and inducement torts. On this issue, Lord Hoffmann and Lord Nicholls are in agreement. But it is Lord Hoffmann who dealt with the issue in greater depth. As an aside, those called on to consider this issue typically focus on paragraph 62 of his reasons, to the exclusion of his analysis of the intent issue when disposing of one of the three appeals (*Douglas v. Hello! Ltd.*). At paragraph 62, Lord Hoffmann distinguished between the intent requirement as it applies to each of the two economic torts:

Finally, there is the question of intention. In the *Lumley v Gye* tort, there must be an intention to procure a breach of contract. In the unlawful means tort, there must be an intention to cause loss. The ends which must have been intended are different. *South Wales Miners' Federation v Glamorgan Coal Co Ltd* [1905] AC 239 shows that one may intend to procure a breach of contract without intending to cause loss. Likewise, one may intend to cause loss without intending to procure a breach of contract. But the concept of intention is in both cases the same. In both cases it is necessary to distinguish between ends, means and consequences. One intends to cause loss even though it is the means by which one achieved the end of enriching oneself. On the other hand, one is not liable for loss which is neither a desired end nor a means of attaining it but merely a foreseeable consequence of one's actions.
[para. 62]

[34] It must be recognized that the above passage represents general remarks made in the context of both intentional economic torts. What cannot be overlooked is Lord Hoffmann's subsequent analysis dealing with the question of intent within the context of one of the three appeals being heard in *OBG (Douglas v. Hello! Ltd.)*. At this juncture, Lord Hoffmann was speaking of intent within the tort of unlawful interference. Therein, his Lordship cautioned against giving an artificially narrow meaning to the concept of intention. He went on to note there are two ways of restricting the ambit of the tort of unlawful interference: one is to define the meaning of "unlawful conduct" narrowly; the other is to define the meaning of "intent to cause harm" narrowly. What Lord Hoffmann found dangerous was giving a broad meaning to the concept of unlawfulness and then giving an artificially narrow meaning to the concept of intention. His framework calls for a narrow definition of unlawful conduct and a broad definition of intent to cause harm. Lord Hoffmann stated:

The analysis of intention by the Court of Appeal in my opinion illustrates the danger of giving a wide meaning to the concept of unlawful means and then attempting to restrict the ambit of the tort by giving a narrow meaning to the concept of intention. The effect is to enable virtually anyone who really has used unlawful means against a third party in order to injure the plaintiff to say that he intended

only to enrich himself, or protect himself from loss. The way to keep the tort within reasonable bounds is not to extend the concept of unlawful means beyond what was contemplated in *Allen v Flood*, rather than to give an artificially narrow meaning to the concept of intention. [para. 135]

[35] It goes without saying that a defendant may intend to harm the claimant as an end in itself or as a means to an end. The former would arise in cases where the defendant interfered with the plaintiff's business relations out a sense of spite or malice, as reflected in a grudge. Rarely, if ever, do we see such cases working their way onto a judicial docket. At the same time, the law is clear: a finding of malice or ill-will is not a condition precedent to establishing liability with respect to the intentional torts. *South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Company Limited*, [1905] A.C. 239 (H.L.), stands for the proposition that it is no defence to an action for inducing a breach of contract that the defendant acted in good faith or without malice. In *OBG*, Lord Hoffmann noted that some writers had expressed regret that "bad motive" had not been adopted in English law as a ground for liability, as is the case in Germany and some jurisdictions in the United States, but agrees with British commentators that "we are better off without it" (para. 14). On the other hand, the intent to cause harm as a means to an end is illustrated in those cases where the defendant's intimidation of potential customers not to do business with the plaintiff is carried out with a view to forcing the plaintiff to do something that it would not otherwise do. The classical example is the union which intimidates an employer's potential customers in the hope of unionizing the employer's workers. In other instances, the defendant may have engaged in unlawful conduct solely for the purpose of reaping the benefit that would have otherwise accrued to the plaintiff. The injury in the latter case is regarded as the means for achieving a desired end and "not merely a foreseeable consequence of having done so" (Lord Hoffmann, at para. 134).

[36] Lord Nicholls succinctly expressed his understanding of the intent requirement in a manner consistent with Lord Hoffmann's. Lord Nicholls explained that where a defendant seeks to advance his own interest by pursuing a course of conduct

which he knows will necessarily be injurious to the claimant, the defendant's gain and the plaintiff's loss are inseparably linked. If the defendant cannot obtain the one without bringing about the other, Lord Nicholls concluded the defendant's state of mind will satisfy the intent requirement of the tort of unlawful interference (para 167).

[37] The practical application of Lord Hoffmann's broad approach to the question of intent is illustrated by reference to the manner in which he disposes of the appeal in *Douglas v. Hello! Ltd*. The essential facts of that case are as follows. Michael Douglas and Catherine Zeta-Jones provided OK! Magazine with the exclusive right to publish photographs of their forthcoming marriage for £1 million, in preference to the rival magazine Hello!. Under the agreement, the Douglases agreed to retain the photographer and to use their best efforts to ensure that no one else would take photographs. Through no fault of the Douglases, a freelance photographer infiltrated the wedding and took photographs, six of which he sold to Hello! for £125,000. Hence, OK! could not and did not sue Hello! for inducing a breach of contract, as the Douglases were not in breach of their contract with OK!. The unauthorized photos were then published prior to OK! publishing its authorized photos. OK! sued Hello! for breach of confidence and for causing loss by unlawful means.

[38] The House of Lords allowed OK!'s action for breach of confidence while upholding the trial judge's decision rejecting the claim for unlawful interference. However, Lord Hoffmann reasoned that both the trial judge and Court of Appeal erred in dismissing the claim on the basis that Hello! did not intend to cause loss to OK!. Both intermediate courts had based their decision on the evidence of the editor of Hello!. He testified that he sought only to defend his publication against the damage it might suffer on account of having lost the exclusive right to publish to OK!. Lord Hoffmann rejected this argument. He held Hello! knew that any gain to be realized from the publication of the unauthorized pictures would result in a corresponding loss on OK!. This led Lord Hoffmann to conclude: "The injury to OK! was the means of attaining [the editor's] desired end and not merely a foreseeable consequence of having done so" (para 134).

[39] Having established the requisite intent to cause harm in *Douglas v. Hello! Ltd.*, one is left to ask why the claim for unlawful interference failed. Curiously, Lord Hoffmann did not dismiss the appeal on the basis the impugned conduct was not independently actionable (unlawful). He dismissed the appeal because the publication of the photos did not interfere with the contractual relationship between the Douglases and OK!. Alternatively stated, neither the photographer nor Hello! did anything to interfere with the liberty of the Douglases to deal with OK! or perform their respective obligations under their contract. According to Lord Hoffmann: “All they did was to make OK!’s contractual rights less profitable than they would otherwise have been” (para. 129). This finding requires further elaboration.

[40] Lord Hoffmann’s analysis brings to light the distinction between an impugned act which interferes with contractual relations between the claimant and a third party, and conduct which merely affects the profitability of their contractual relationship. Let me explain. Lord Hoffmann’s reasons point out that “unlawful means” does not include acts which may be unlawful against a third party, but which do not affect his freedom to deal with the claimant (plaintiff). His Lordship cited *RCA Corporation v. Pollard*, [1983] Ch. 135 (C.A.), as an example. In that case, the plaintiff had the exclusive right to exploit records made by Elvis Presley. The defendant was selling “bootleg records” made at Elvis Presley concerts without the plaintiff’s consent. This was in contravention of the legislation in force which made bootlegging a criminal offence and provided performers such as Elvis Presley with a direct cause of action against the defendant, but said nothing of persons in the position of RCA. The English Court of Appeal held that a breach of the legislation did not provide RCA with a cause of action. But Lord Hoffmann went further and pointed out that the defendant was not interfering with the contractual relationship between the estate and RCA. The defendant was merely affecting the profitability of RCA’s contract, and that fact alone was not a justification for allowing RCA to sue for unlawful interference. In brief, conduct which merely renders contractual rights less valuable is not actionable. There must be interference with the performance of the contractual obligations. While Lord Hoffmann was dealing with the question of whether the “unlawful means” definition should embrace criminal or

statutory wrongs, and while he concluded it was not for the courts to create a cause of action out of a regulatory or criminal statute which Parliament did not intend to be actionable in private law, the notion that the tort of “unlawful means” fails because the interference relates to the profitability of the contract centers prominently in the reasons.

[41] Lord Nicholls rejected OK!’s claim for breach of confidence. He also rejected the claim for unlawful interference, but for a reason different than the one which Lord Hoffmann proffered. Lord Nicholls reasoned that the only conduct which could possibly qualify as “unlawful means” was the trespass committed by the photographer who took the unauthorized photos. As he was not the agent of Hello!, the tort claim had to fail. The remaining three judges expressed no opinion on why the appeal in *Douglas v. Hello! Ltd.* should be dismissed. Their respective analyses focused more on the relatively recent tort of breach of confidence.

[42] This is a convenient point to refer to the other appeal before the House of Lords that involved the tort of unlawful interference. In *OBG Ltd. v. Allan*, [2005] EWCA Civ. 106, the defendants were receivers, purportedly appointed under a floating charge which was admitted to have been invalid. Acting in good faith, they took control of the claimant company’s assets and undertaking, and then terminated contracts which the claimant had with third parties. The company (OBG) claimed this conduct was not only a trespass to its land and a conversion of its chattels, but also actionable under the tort of unlawful interference with contractual relations. The company claimed the defendants were liable in damages for the value of the assets and undertaking, including the value of the contractual claims, as at the date of their appointment. An alternative claim based on conversion was also advanced. The trial judge accepted the claim for unlawful interference. By a majority, the Court of Appeal reversed this decision.

[43] Lord Hoffmann summarily upheld the majority decision of the Court of Appeal on the basis the receivers neither employed unlawful means nor intended to cause the company any loss. He also questioned whether the criterion of proximate cause had been established, because OBG suffered a loss which it would not have otherwise

suffered as a result of the invalid appointment of the receivers. One final observation on *OBG Ltd. v. Allan*. Lord Hoffmann agreed the claim in conversion was properly dismissed by all the judges who had dealt with the claim. On this point, Lord Hoffmann concluded: “Against this background, I suggest to your Lordships that it would be an extraordinary step suddenly to extend the old tort of conversion to impose strict liability for pure economic loss on receivers who were appointed and acted in good faith” (para. 99).

VI. The Canadian Framework

[44] Strictly speaking, it is misleading to speak in terms of a Canadian framework. The Supreme Court of Canada has yet to wade into the debate surrounding the proper tenets of the intentional torts. There are a few older cases far removed from the issues now under consideration: *Roman Corp. v. Hudson’s Bay Oil & Gas Co.*, [1973] S.C.R. 820, [1973] S.C.J. No. 70 (QL) and *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, [1960] S.C.J. No. 6 (QL). The conspiracy tort is dealt with in *Cement LaFarge v. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452, [1983] S.C.J. No. 33 (QL). See also *The Queen (Can.) v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, [1983] S.C.J. No. 14 (QL), regarding the effect of a statutory breach on civil causes of action.

[45] Canadian law is largely a collection of provincial decisions attempting to unravel the tenets of the English law and to reconcile jurisprudence which, on occasion, is incapable of reconciliation. It is an understatement to acknowledge that Canadian courts have relied heavily on the English jurisprudence, despite the occasional reference to American text writers and jurisprudence which also draws from English case law. As the practitioner writing in *The Lawyers Weekly* observed: “Some of the law is archaic; until recently, little of it has been Canadian; and much of it is difficult to understand.” [Peter Wardle, October 14, 2011.] On the other hand, a number of authors have offered their insight into this area of the law. Professor G.H.L. Fridman, in his text *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2010), offers an historical overview

of the unlawful means tort, including the decision in *OBG* and several of the Ontario Court of Appeal decisions. Professor Klar offers an extensive analysis in his text *Tort Law*, 4th ed. (Toronto: Thomson Canada, 2008). More recently, Professors Burns and Blom have addressed the economic torts in their text *Economic Interests in Canadian Tort Law*, (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009).

[46] It is worth drawing attention to a 1980 article published in the Canadian Bar Review and authored by Professor Peter Burns: “Tort Injury To Economic Interests: Some Facets Of Legal Response”, (1980) 58 Can.B.Rev. 103. As of 1980, Professor Burns deduced that there were three essential elements to the tort of causing harm by unlawful means: (1) the defendant intended to harm the plaintiff; (2) subsequent injury or economic loss; and (3) the presence of unlawful means in the defendant’s conduct (p. 141). Professor Burns went on, however, to question whether the law actually recognized a tort of deliberate infliction of harm by unlawful means. He also observed that Canadian judges had embraced the “unlawful means” doctrine with a “vigueur” equal to that of their English counterparts. As to the scope of the unlawful means requirement, Professor Burns observed that tortious conduct, and even a breach of statute, might qualify. But he concluded with the observation: “For the most part, however, the determination of what constitutes unlawful means has been made on an *ad hoc* basis” (p. 141).

[47] It is also worth highlighting the influential decision of Lord Denning in *Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins and Others*, [1969] 1 All E.R. 522 (C.A.), because his treatment of the unlawful means issue has been a mainstay of the Canadian jurisprudence. Once again, Lord Denning affirmed the distinction between direct and indirect interference and the proposition that the claimant need only establish unlawful means in cases of indirect interference. As to what is or is not unlawful, this is what the Master of the Rolls had to say:

I must say a word about unlawful means, because that brings in another principle. I have always understood that if one person deliberately interferes with the trade or business of another, and does so by unlawful means, that is, by an

act which he is not at liberty to commit, then he is acting unlawfully, even though he does not procure or induce any actual breach of contract. If the means are unlawful, that is enough. [p. 530]

[Emphasis added.]

[48] The above passage, however, is not complete. Lord Denning went on to give two examples of unlawful conduct, both of which are actionable at common law: intimidation and inducing breach of contract. Indeed, if the principles of *OBG* were applied to *Torquay*, the result today would appear to be the same if we were to ignore the impact of any labour legislation. In *Torquay*, the Transport Union instructed its members who were drivers and employees of Esso not to deliver oil to the Imperial Hotel, in breach of their employment contracts. Because the contract between Esso and the Imperial Hotel contained a *force majeure* clause regulating industrial disputes, Esso's failure to deliver oil did not result in a breach of the underlying supply agreement. Applying *OBG*, the Imperial Hotel could maintain its action against the Transport Union because the third party (Esso) had a cause of action against the Transport Union for inducing the drivers to breach their employment contracts with Esso. In short, the Transport Union used unlawful means to interfere with the contractual relationship between the Imperial Hotel and Esso. Therefore, the action for unlawful means by the Imperial Hotel against the Transport Union would survive under common law principles.

[49] Fast forwarding to the late 1990s, we find the trial decision of Cumming J. in *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [1998] O.J. No. 2194 (Gen. Div.) (QL), being restored by the Supreme Court of Canada with respect to an issue not directly relevant to his rulings regarding the intentional torts (see [2001] 2 S.C.R. 983, [2001] S.C.J. No. 61 at paras. 12-13 (QL)). The trial decision, however, offers an incisive analysis with respect to the unlawful interference tort at that time. Any ambiguity as to the tort's existence was succinctly dispelled by Cumming J.:

Until recent times, the general position of the common law had been that short of direct or indirect interference with an existing contract, interference with economic relations did not constitute a tort. The underlying rationale for this position is that there is a

significant public interest in maintaining and facilitating free competition in the marketplace. However, in 1964 the House of Lords confirmed the tort of intimidation, being to coerce a person by unlawful threats, into doing something or abstaining from doing something she had every right to do; see: *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129. This tort is now viewed as being illustrative of a broader emergent tort, of uncertain ambit, what may be characterized as being the tort of unlawful interference with economic relations'. [para. 52]

[50] Cumming J. also set out what he regarded to be the essential elements of the unlawful means tort. He identified six:

In my view, and I so find, there is a tort in the Canadian common law which I shall call the tort of unlawful interference with economic relations'. The elements of the tort of unlawful interference with economic relations' are: (1) the existence of a valid business relationship or business expectancy between the plaintiff and another party; (2) knowledge by the defendant of that business relationship or expectancy; (3) intentional interference which induces or causes a termination of the business relationship or expectancy; (4) the interference is by way of unlawful means; (5) the interference by the defendant must be the proximate cause of the termination of the business relationship or expectancy; and (6) there is a resultant loss to the plaintiff. [para. 56]

[51] Critical to the *Sagaz* case is the requirement that the interference involve unlawful means. As the defendant had bribed the third party, the requirement of unlawful means was held to be satisfied. But if we apply *OBG*, the result would be different today because bribery is a criminal wrong (s. 426 of the *Criminal Code* deals with secret commissions), which, if I understand correctly, is not independently actionable at common law.

[52] In *Saskatchewan Financial Services Commission v. Mallard*, 2011 SKCA 38, [2011] S.J. No. 208 (QL), the chambers judge (Ottenbreit J.A.) was presented with

the argument that the *OBG* formulation of the tort was not uniformly adopted across Canada, citing *Conway v. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392, [2008] A.J. No. 1262 (QL). In the latter case, no mention was made of *OBG*. The Alberta Court of Appeal referred only to the trial judge's decision, which had adopted a broad definition of unlawful means, the one articulated by the Ontario Court of Appeal in *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada*, [2003] O.J. No. 2062 (C.A.) (QL). The chambers judge in *Mallard* was considering a motion for leave to appeal from the dismissal of an interlocutory application to strike a statement of claim that included a claim for unlawful interference with contract. The leave application was allowed.

[53] Ontario is the one province which has had several opportunities (seven to be exact) to deal with the intentional torts over the last 15 years. Three decisions predate *OBG*. They are *Lineal Group Inc. (c.o.b. Samsonite Furniture) v. Atlantis Canadian Distributors Inc.*, [1998] O.J. No. 4499 (C.A.) (QL); *Reach M.D.*, *supra*; and *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, [2007] O.J. No. 1664 (QL). Collectively, those decisions adopt a broad definition of unlawful means. The fourth decision acknowledges the decision in *OBG* but the case does not touch on the issue under consideration: *Ontario Racing Commission v. O'Dwyer*, 2008 ONCA 446, [2008] O.J. No. 2219 (QL). The next decision is *Correia v. Canac Kitchens*, *supra*. For present purposes, the case is important because the Court of Appeal was careful not to offer an exhaustive definition of "unlawful means": "We note that it is not necessary to fully define the scope of the 'unlawful means' component of the tort of intentional interference with economic relations to resolve this case" (para. 197). This leads me to what I regard the lead decision of the Ontario Court of Appeal, authored by Goudge J.A.: *Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd.*, *supra*. I am acutely aware of another decision of that Court released 10 days later and which some have viewed as being incompatible with the earlier pronouncement (*Barber v. Molson Sport & Entertainment Inc.*, 2010 ONCA 570, [2010] O.J. No. 3697 (QL)). However, and with the greatest of respect, I still regard the reasons of Goudge J.A. as reflecting the law of Ontario.

[54] The reasons of Goudge J.A. in *Alleslev-Krofchak* are as thorough as they are persuasive. But like the Court in *Correia*, Goudge J.A. is cautious about ruling on the scope of the unlawful means definition. He observes:

Like the Court in *Correia*, I would say that there may be aspects of the concept of “unlawful means” yet to be fully defined. In particular, the extent of actionability by the third party, or whether as Lord Hoffmann suggests, this requirement is subject to any qualifications, need not be fully defined in this case. [para 63]

The context in which the caveat is first stated in *Correia*, and repeated in *Alleslev-Krofchak*, is important because it deals with another aspect of the unlawful interference tort which is not dealt with in *OBG*, save perhaps for a passing line in the reasons of Lord Nicholls (at para. 166). Let me explain.

[55] In both *Alleslev-Krofchak* and *Correia*, the Court of Appeal held: “The intentional torts exist to fill a gap where no action could otherwise be brought for intentional conduct that caused harm through the instrumentality of a third party” (para. 107 of *Correia*, cited at para. 58 of *Alleslev-Krofchak*). Therefore, to qualify as “unlawful means”, the defendant’s actions cannot be actionable directly by the plaintiff. In other words, one cannot sue for unlawful interference if the impugned conduct of the defendant is directly actionable by the plaintiff. A truncated and distorted version of the facts in *Alleslev-Krofchak* illustrates the application of this qualification. The plaintiff, acting through her professional corporation, entered into a contract to provide consulting services to ARINC which, in turn, had contracted to provide the plaintiff’s consulting services to the defendant Valcom, for whom the defendants Poulin and Lewis worked. The defendants Valcom/Poulin/Lewis defamed the plaintiff with a view to having ARINC terminate the plaintiff’s service contract. Instead, ARINC terminated the consulting contract. The plaintiff sued the defendants for unlawful interference based on the defamatory comments made to ARINC with a view to bringing about the termination of her consulting contract. The Court of Appeal held that, as the defamatory statements were directly actionable, there was no room left for the unlawful interference tort.

[56] This leads me to the point where this Court must isolate the essential tenets of the unlawful means tort. Building upon *OBG* and the earlier Canadian precedents, including *Sagaz*, I would offer the following general model which may, with the fullness of time, need refinement. The plaintiff/claimant must establish: (1) the existence of a valid business relationship between the claimant and the third party; (2) the defendant knew or ought to have known of the relationship; (3) the defendant's interference prevented the formation of a contract or its performance in circumstances where there is no breach of an existing contract; (4) the defendant's impugned conduct must qualify as unlawful means or as warranting exceptional treatment; (5) the unlawful means must not be actionable directly by the claimant; (6) the defendant must have intended to cause the claimant harm; and (7) the defendant's conduct must have been the proximate cause of the claimant's loss. From the defendant's perspective, the analytical framework should embrace: (8) the defence of justification, which requires elaboration.

[57] Some Canadian cases speak of the defence of justification as a component of the analytical framework. Indeed, the early English jurisprudence of the House of Lords speaks of procuring a breach of contract as an actionable wrong unless the interference with a legal right can be justified: *South Wales Miners' Federation v. Glamorgan Coal Company Limited*, *supra*. By contrast, *OBG* does not mention this topic, other than to hold that malice is not an essential element of the economic torts. In other words, "lack of malice" cannot be used as a shield. As mentioned earlier, in *SAR Petroleum Inc. v. Peace Hills Trust Co.*, this Court dealt with the application of the principles articulated in *OBG*, as they apply to the *Lumley v. Gye* tort. More importantly, *SAR Petroleum* makes room for the defence of justification when dealing with the question of intent.

[58] For example, the plaintiff has a contract with a third party, which the third party breaches as a result of an act of the defendant, in circumstances where the defendant knew of the contract between the plaintiff and the third party. As well, it is clear the defendant knew that his or her actions would lead to a breach. However, it also happens that the defendant and the third party are in a direct contractual relationship. So

far as the defendant is concerned, the shortcut to summary dismissal of the claim is to establish he or she was acting within his or her contractual rights with the third party and, therefore, while the breach between the third party and plaintiff may have been inevitable or foreseeable result of what the defendant did, that is not sufficient to ground liability. There can be no objection to one person pursuing his or her self interests where the pursuit is based on contractual rights which are self-evident or have an air of reality when measured against interpretative principles or case law. The recent decision of the Ontario Court of Appeal in *Print N' Promotion (Canada) Ltd. v. Kovachis*, 2011 ONCA 23, [2011] O.J. No. 62 (QL) is on point.

[59] In summary, how can a defendant be found to have the requisite intent to induce a breach, when all the defendant was doing was honestly pursuing his or her own interests under a contract to which the claimant was not a party? Correlatively, how can a defendant be found liable for interfering with the contractual relations of a claimant and a third party in circumstances where the defendant is honestly pursuing his or her self-interests pursuant to contractual rights? This is how I view the defence of justification.

VII. Issues

[60] This case does not have to deal with whether non-actionable conduct tied to a breach of a statute (criminal or otherwise) falls within the definition of unlawful means. Nor does this case have to deal with the matter of interference with a contract that affects its profitability, as opposed to the ability of the third party to perform a contractual undertaking. Putting aside those issues, the grounds set out in the Notice of Appeal may be grouped under six headings. The appellants allege the trial judge erred: (1) in his interpretation of the syndication agreement; (2) in concluding the appellants were the proximate cause of the respondents' loss; (3) in failing to appreciate the appellants lacked knowledge or sufficient knowledge of the respondents' contractual dealings with third parties (Bloomfield and Greenarm); (4) in concluding the appellants possessed the requisite intent to inflict economic harm on the respondents; (5) in failing to apply the

narrow definition of “unlawful means” articulated in *OBG* (independently actionable); and (6) in his assessment of damages. I shall deal with the issues in the order stated.

A. *Misinterpretation of Syndication Agreement*

[61] The appellants argue the trial judge erred in concluding they had no “lawful reason” to file the Notice of the Right of First Refusal set out in section 9.01 of the syndication agreement. They argue the respondents led no evidence to establish that a meeting of the investors was held in accordance with section 6.03(d) for the purpose of approving the listing of the property for sale under section 9.02(e). That being the case, they argue the only way the majority could dispose of the property was in accordance with section 9.01, which provides the minority investor with a Right of First Refusal in cases where the majority is presented with an offer to purchase. This leads the appellants to conclude the filing of the Notice of the Right of First Refusal was “justified” and not “unlawful”. This argument is to be contrasted with the trial judge’s factual finding that the sale of the property was initiated in accordance with the provisions of the syndication agreement. In any event, section 6.03(d) states that a decision to list the property for sale requires approval by investors holding a 60% interest in the investment. The trial judge’s conclusion that the majority of investors had complied with the provisions of the syndication agreement, together with the evidentiary record brought to our attention by the respondents, is sufficient to dispose of this argument.

[62] There is, however, one aspect of the Right of First Refusal that requires attention. In the record before us, there is reference to the understanding that once the majority offered to sell the property to the minority investor, who declined the offer by allowing it to lapse, the Right of First Refusal expired. This is not so. The Right of First Refusal provided for under section 9.01 is triggered by a different set of circumstances than those found in section 9.02. Thus, if the pursuit of a sale under section 9.02 is not productive and the real estate listing expires, the Right of First Refusal found in section 9.01 would remain intact and apply, should the majority subsequently receive an unsolicited offer to purchase. That being so, it could be argued that the filing of the Right

of First Refusal was in accordance with the syndication agreement and for the bona fide purpose of preserving a contractual right that could come into play at a later date. However, the argument would have to be rejected. Once the majority triggered section 9.02, Alan Schelew and A.I. Enterprises knew that the Right of First Refusal had not been triggered, yet they went ahead and filed the Notice of Right of First Refusal. Common sense dictates that they must have known that the Notice would impose an impediment to those genuinely interested in purchasing the apartment complex, regardless of its applicability. And the same holds true with respect to the subsequent filing of the Certificate of Pending Litigation. In short, the appellants cannot seek to clothe their actions with respectability by sheltering behind contractual rights that have no application.

B. *Proximate Cause*

[63] The appellants argue the respondents failed to establish that the impugned conduct of the appellants was the proximate cause of the decision of either Bloomfield or Greenarm to withdraw from their respective sales contracts. At this point, it makes no difference whether the impugned conduct qualifies as “unlawful”. What is important is that the impugned conduct has three sources: (1) filing of the Right of First Refusal; (2) filing of the Certificate of Pending Litigation; and (3) refusal to provide the majority with physical access to the building in order to permit Greenarm to carry out an inspection of the building along with officials from CMHC. This leads one to ask whether either of the two prospective purchasers withdrew from their executory contract because of one or more of these three acts.

[64] The appellants’ argument is carefully drafted to focus on each of the prospective purchasers. The first question posed is whether there is sufficient evidence to support the finding that Bloomfield withdrew from its contract because of the defendants’ actions. The question is valid, as no one from Bloomfield testified at trial as to the reasons underlying its decision to withdraw from the contract three weeks prior to the contract’s expressed closing date. The only documentary evidence tendered to explain

Bloomfield's reason for its withdrawal is contained in a one-sentence letter penned by Phil Fraser, on behalf of Bloomfield. The letter states: "Due to the uncertainty of this sale we cannot confirm the balance of our financing and regret to inform you that we will not be carrying on and request our deposit back." Neither Mr. Fraser nor anyone else associated with Bloomfield testified. The trial judge stated that Tim Lyons, the real estate agent retained to market the property, testified the only uncertainty he was aware of was the Notice of Right of First Refusal which Alan Schelew had filed. Based on Mr. Lyons' testimony, the trial judge effectively ruled that Bloomfield had withdrawn from the sale because of the filed notice. The appellants claim that the trial judge erred in so holding. Their argument is as follows.

[65] The defendants objected to Mr. Lyons providing testimony with respect to the meaning of the letter. The trial judge allowed the question, but noted that any answer based on what Mr. Lyons had been told by representatives of Bloomfield would not have the same weight if those representatives were not called to testify, which they did not. The appellants submit that the trial judge erred in admitting Mr. Lyons' evidence. His evidence is not legally relevant as to why Bloomfield withdrew and even if it were, the appellants properly submit that Mr. Lyons' answers would constitute inadmissible hearsay: Sopinka, Lederman & Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009), at 2.35. I agree. Accordingly, the plaintiffs failed to establish a proper evidentiary basis to support the argument that the actions of Alan Schelew were the proximate cause of Bloomfield's decision to withdraw from the sale transaction. Whether or not the trial judge could have drawn a reasonable inference from the evidentiary record to support a finding of proximate cause is not an issue on this appeal.

[66] We are left to consider whether the actions of Alan Schelew (acting for A.I. Enterprises) were the proximate cause for Greenarm's decision to end negotiations for the purchase of the apartment building. The thrust of the argument is that the trial judge erred in failing to consider the temporal connection, if any, between the unlawful actions of the appellants and Greenarm's decision to withdraw from the contract.

Parenthetically, the same argument was also advanced in regard to the Bloomfield transaction.

[67] The appellants' argument is not complicated. The impugned conduct which could have formed the basis of Greenarm's decision to withdraw consists of one or more of the three acts identified earlier: (1) the filing of the Right of First Refusal; (2) the filing of the Certificate of Pending Litigation; and (3) the denial of physical access to the building. The appellants maintain that only the registration of the Right of First Refusal could have had any causal relation, as the other two matters relate to conduct which occurred after the expiration of the agreement of purchase and sale which Greenarm had signed with Joyce Avenue Apartments Ltd., acting as agent for the investors pursuant to the syndication agreement.

[68] Recall that the Greenarm contract was entered into on July 24, 2001 and provided for a closing date of October 22, 2001. While the Right of First Refusal had been filed on May 25, 2000, it was subsequently declared to be of no effect on August 24, 2001, well before the anticipated closing of the sale transaction. One could draw the inference that the filing of the Right of First Refusal could not have impacted on the decision of Greenarm to withdraw from the transaction. Any impediment posed by the filing of the Notice of the Right of First Refusal would have been removed. There are two problems with this argument. Officials with Greenarm continued to negotiate for the sale well after the closing date set out in the agreement of purchase and sale. Moreover, Alan Schelew sought judicial review of the administrative decision declaring the Right of First Refusal to be of no effect. The judicial review of that decision was not completed until 2002. These facts support the trial judge's factual finding that the conduct of Mr. Schelew (acting for A.I. Enterprises) was the proximate cause of the lost sale.

[69] The appellants' argument goes further. They seize upon the fact that the act of filing a Certificate of Pending Litigation and the refusal to grant physical access to the building occurred after the closing date set out in the agreement of purchase and sale. In my view, the flaw in the appellants' argument is tied to the unstated premise that

Greenarm was no longer interested in the property because the agreement of purchase and sale had expired. Despite the expiration of the executory contract, Greenarm was still interested in purchasing the property and persisted with negotiations for its purchase. This is why Greenarm sought to gain access to the building along with officials from CMHC who would be providing financing. The question is not whether the agreement of purchase and sale was in force but whether, on the balance of probabilities, Greenarm would have purchased the property but for the acts of the defendants, regardless of the closing date set out in the agreement of purchase and sale. The trial judge so found. His conclusion has not been shown to be infected with palpable and overriding error. Here is what the trial judge had to say with respect to the testimony of Paul McNab, given on behalf of Greenarm:

Mr. McNab of Greenarm explained that at certain point he hoped the dispute, between Alan and the majority investors, could be resolved and he would then agree to extensions on the closing date but he adds that it later became apparent to him that the transaction was not going to close due to Alan's efforts and this is when he decided to terminate the transaction. [para. 280]

[70] In summary, the reason underscoring Greenarm's decision to withdraw from the transaction was based entirely on Alan Schelew's conduct. The majority of investors had a reasonable expectation that Greenarm would purchase the building and this expectation was frustrated because of the actions of Alan Schelew, acting through A.I. Enterprises. For these reasons, I must reject the appellants' "temporal" and "proximate cause" arguments.

C. *Knowledge of the Business Relationship with Third Parties*

[71] The appellants' "intent" argument is two pronged. To establish the requisite intent, a plaintiff must establish that: (1) the defendant knew of the contractual relationship between the plaintiff and the third party; and (2) the unlawful conduct deliberately targeted the plaintiff with the purpose of inflicting injury on the plaintiff. The

first prong of the appellants' intent argument covers the first two criteria of the analytical framework set out above. I turn to that prong immediately.

[72] Recall, the claimant must establish: (1) the existence of a valid business relationship between the claimant and third party; and (2) the defendant's knowledge of that relationship. The general requirement is that the defendant must have knowledge of the underlying commercial dealings between the plaintiff and the third party. I use the expression "commercial dealings" because, in fact, the plaintiffs and the third party were unable to crystallize a contract because of the defendant's impugned conduct. It just happens that, in the present case, the plaintiffs had entered into an executory contract with Greenarm and, therefore, it would be proper to ask whether the defendants had knowledge of that contract. However, the appellants restate the relevant question by asserting: (1) Alan Schelew (A.I. Enterprises) did not know that Bloomfield and Greenarm were the parties with whom the majority had entered into executory contracts; and (2) they did not know the specifics of their respective contracts. Succinctly stated, the appellants argue that one cannot interfere with contractual relations if one does not know with whom the plaintiff/claimant was dealing. With respect, the appellants' question is flawed.

[73] The documentary evidence shows that as early as October 19, 2001, Greenarm was an interested purchaser and correspondence from Alan Schelew, as President of Joyce Avenue Apartments Ltd., indicates his awareness of Greenarm's interest. But the appellants' argument goes further by stating that the knowledge requirement also included the terms of the contract for which interference is being alleged. There may be instances where it is important to know the specific identity of the third party and to know of the specific terms of the contract. This was true in *SAR Petroleum Inc. v. Peace Hills Trust Co.*, *supra*. But that case involved the tort of inducing breach of contract. In such cases, the legal criterion of intent is different than the intent requirement when dealing with the unlawful means tort. In cases where the defendant is accused of inducing a breach of contract, the claimant must establish the "intent to induce a breach". In cases involving the tort of unlawful interference, the claimant must establish

the “intent to injure the claimant”. The immediate difference between the two differently expressed criteria is that in order to have the intent to induce a breach, the defendant must at the very least know of the contract and perhaps its terms. The facts of *SAR Petroleum* bear out this position.

[74] In *SAR Petroleum*, the plaintiff contractors had contracted with Eel River Bar First Nation to construct a gas bar and convenience store. The defendant Peace Hills Trust was providing the necessary financing. While the construction contract provided for no holdbacks, Peace Hills determined, on the basis of legal advice, that holdbacks were required under the lending contract. The plaintiffs were not fully paid and sued Peace Hills for inducing a breach of the construction contract by failing to make timely advances. One of the issues raised was whether plaintiffs had established the “intent” to induce a breach of the construction contract; that is to say, whether Peace Hills knew that its actions would cause a breach of the construction contract. On the facts, the answer was “yes”. Peace Hills had a copy of that contract and was deemed to know of the provision respecting holdbacks. However, liability was avoided because Peace Hills was relying on its contract with the borrower to impose the holdbacks. On the basis of legal advice, it sought to protect its legitimate commercial interests in accordance with what it honestly believed to be its contractual rights with the borrower. In these circumstances, this Court went on to conclude that the requisite intent to induce a breach of contract was not established, even though it was foreseeable that the actions of Peace Hills would lead to a breach of the construction contract.

[75] Returning to the facts of the present case, it is evident the appellants were aware the majority of investors were attempting to effect a sale, and to do so, they would have to attract prospective purchasers. But it made no difference to Alan Schelew who might be interested in purchasing the property or whether the majority had entered into a binding executory contract. He simply did what he could to ensure no sale took place. In short, he knew that various persons were negotiating with the majority of investors and that is sufficient for satisfying the legal requirement that the defendant have knowledge of the claimant’s business relationship with third parties. More importantly, it has not

been shown why the identity of the potential purchasers and the terms of any executory contract should impact on the establishment of the tort. The knowledge of the identity of the parties would not have caused the appellants to desist in their attempts to frustrate a potential sale. Accordingly, I am not prepared to accept the appellants' argument based on the appellants' lack of knowledge with respect to the specifics of the executory contracts with Greenarm.

D. *Intent to Cause Harm*

[76] We are left to consider whether the trial judge erred in finding the appellants possessed the requisite intent to cause economic harm to the respondent investors. The appellants submit that in order to establish the requisite intent, a claimant must establish that the unlawful conduct was deliberately targeted with the purpose of inflicting economic injury on the claimant (plaintiff). Correlatively, intent has not been established if the harm was simply an incidental or foreseeable result of the defendant's unlawful conduct. The appellants maintain the present case falls within this framework and cite paragraph 62 of Lord Hoffmann's reasons in *OBG*.

[77] In my view, the trial judge did not err. This is true having regard to Lord Hoffmann's caution that courts should not be driven to refusing relief on the basis of an artificially narrow meaning of intention. Paraphrasing the language of Lord Hoffmann quoted earlier, one can properly conclude the injury to the respondent investors was the means of attaining the appellants' desired end of preventing any sale of the property and not merely a foreseeable consequence of having done so. Adapting the words of Lord Nicholls, the appellants' acts of interference got them what they wanted at the expense of what their fellow investors had a legal right to do. In my view, this is a classic case in which the appellants' non-material gain (to keep the property) and the respondents' loss (not being able to sell the property) were inseparably linked. The fact the loss was a foreseeable consequence of the appellants' conduct (that of Alan Schelew) does not detract from this reality.

E. *Unlawful Conduct*

[78] To repeat what was said earlier, the only difference in opinion between Lord Hoffmann and Lord Nicholls, with respect to the meaning of “unlawful means”, is whether the concept should embrace breaches of the criminal law, and possibly other statutory breaches, which are not generally actionable by the third party. Thus, even if this Court were to adopt Lord Nicholls’ broad definition of “unlawful means”, the respondents cannot escape the criterion that the impugned acts be actionable by the third party, as we are not dealing with the breach of any statute. This leaves us to consider whether this Court should adopt Lord Hoffmann’s narrow definition without further qualification.

[79] If we do adopt Lord Hoffmann’s definition, there can be no doubt that a requirement of the impugned conduct being independently actionable by the third party (the potential purchasers in this case) would be fatal to the trial judge’s finding of tort liability for unlawful interference. There would be no reasonable cause of action open to Bloomfield or Greenarm. For example, the potential purchasers could not have sued Mr. Schelew for inducing a breach of contract, as the executory contracts of purchase and sale were not breached. They simply expired or the parties withdrew without objection of the other party. It might be asked whether the purchasers could have sued Mr. Schelew and A.I. Enterprises for breach of the tort of interfering with contractual relations by unlawful means. In my view, the action would have suffered from two fatal flaws. First, the potential purchaser (e.g. Greenarm) would have had to contend with the appellants’ argument that Greenarm was not the intended target, which it was not. Second, it would have had to be established that the majority of investors (as third parties) had a direct cause of action against Mr. Schelew and A.I. Enterprises. But this would be illogical, because there would be no need for the majority to be suing for unlawful interference. All of this said, it is proper to ask whether the majority of investors had a direct cause of action against Alan Schelew or A.I. Enterprises. I shall come back to this point below.

[80] I am now left to consider whether this Court should embrace the narrow definition of “unlawful means” as outlined in *OBG*. As a starting point, no one questions the merit of the narrow definition of “unlawful means” when compared to earlier formulations. The broad formulations found in the Canadian jurisprudence are unhelpful: *ex.*, acts the defendant was “not at liberty to commit” or behaviour “not authorized by law” or an “act without lawful justification”. The latter two descriptions of unlawful means are found in the concurring reasons of Lord Denning in *Torquay*. In the only decision of this Court touching on the tort in issue (*Carnahan v. McGregor and Whalen, supra*, at para 31) a passing reference was made to another decision in which “unlawful means” was defined to simply mean “unfair”. In my opinion, such definitions fail for vagueness. However, the critical issue is whether the independent actionability requirement should be flexible and allow for exceptions, or exceptional categories, consistent with the tort’s objectives, without undermining the goal of certainty in the law. In my view, the question deserves a positive response.

[81] Having regard to the Ontario jurisprudence cited earlier, and the subsequent decision of the House of Lords in *Total Network SL v. Her Majesty’s Revenue and Customs Commissioners, supra*, I am not prepared to foreclose the potential ambit of the unlawful means tort by refusing to acknowledge the possibility of exceptions or exceptional categories. But I am also mindful that the exceptions cannot be used to negate the effect of crafting a narrow definition. It seems to me that the Supreme Court of Canada typically eschews the formulation of rules or frameworks which do not admit exceptions. The question is whether one is prepared to trade off some certainty for some flexibility in the law. In my view, judges need “wobble room” if they are going to adequately respond to unanticipated factual scenarios or changing circumstances. A legal requirement that unequivocally states that no action for unlawful interference is sustainable unless the impugned action is independently actionable does not provide the necessary flexibility. As I am not addressing the question of whether the exceptions should include impugned conduct tied to statutory breaches, I need not deal with the applicability of Lord Hoffmann’s policy reasons to support the adoption of the narrow definition as it applies to such conduct (discussed earlier at para. 34).

[82] Having concluded the accepted definition of “unlawful means” must allow for exceptions, I agree that any exception must not stifle or unduly impede the ability of others to engage in fair competition in the marketplace. In short, the law should only encourage principled exceptions to the narrow definition. In my view, the facts of the present case warrant exceptional treatment. As stated at the outset, the intentional erection of legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand, warrants redress under the tort of unlawful means. While this is not a case where the plaintiffs could have alleged the tort of abuse of legal process, the facts are akin to an abuse of statutory process, for which there is no civil remedy. Alan Schelew’s manipulation of, and reliance on, the syndication agreement provided him with a convenient pretext for opposing any sale, and with access to self-help mechanisms that were effective in interfering with the respondents’ exercise of their contractual right to negotiate and sell to a third party.

[83] Although the impugned conduct of Alan Schelew and A.I. Enterprises does not satisfy the requirement of being independently actionable by a third party, the facts of the case are akin to the tort of abuse of process. Malicious prosecution is one variant of the tort, but the tort is also applicable in respect of the improper use of the civil litigation process. One of the four essential elements of the tort is the requirement that the proceedings be brought for a collateral or improper purpose. In my view, the filing of a Right of First Refusal and a Notice of Pending Litigation for the purpose of frustrating any legitimate sale of a property to a third party have all the markings of a collateral or improper purpose, even though the tort of abuse of process would fail because of other essential elements: see generally Philip Osborne, *The Law of Torts*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2003) at 238.

F. *The Impugned Conduct Must Not Be Directly Actionable by the Claimant*

[84] The Ontario jurisprudence introduces a requirement that is compelling. Accepting the premise that the intentional tort of unlawful means is intended to fill a gap

in the law, it follows that if the impugned conduct provides the claimant with a direct cause of action against the defendant, there is no need to consider whether the conduct is independently actionable by the third party. As far as I am aware, this qualification to the tort of unlawful means was first articulated in *Correia v. Canac Kitchens, supra*, which was released at about the time the present case went to trial. Lest this case be the subject of further comment or judicial scrutiny, I want to address this criterion in light of what was neither pled nor argued at trial or on appeal.

[85] Recall that the present case involves two defendants: Alan Schelew and his investment company A.I. Enterprises. Now recall that the plaintiffs, Bram Enterprises and Jamb Enterprises, have a direct contractual relationship with A.I. Enterprises pursuant to the syndication agreement. Also recall that it was A.I. Enterprises that filed the Right of First Refusal and the Notice of Pending Litigation, and was the one that denied a third party physical access to the apartment complex. Collectively, these actions prevented Jamb and Bram from exercising their collective right to effect a sale of the property. This leads one to ask whether A.I. Enterprises was in breach of its contractual obligations under the syndication agreement. Admittedly, one cannot identify a particular provision of the agreement that was breached. Alternatively, one might argue that the law implies an obligation of good faith performance and that A.I. Enterprises breached this implied obligation when it undertook a series of acts that frustrated the majority's right to dispose of the property in accordance with the syndication agreement. All of that said, no one pled or argued that this is really a contract case. As to the good faith duty, see *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1.

[86] It is also open to ask whether Bram and Jamb had a direct cause of action against A.I. Enterprises for slander of title, having regard to the filing of the Right of First Refusal and the Notice of Pending Litigation in the Land Titles office. While the elements of the tort and the tort itself are unlikely to be staples of the law school curriculum, the Supreme Court of Canada recognized the tort in *S. & S. Industries Inc. v. Rowell*, [1966] S.C.R. 419, [1966] S.C.J. No. 22 (QL). Citing Bowen L.J. in *Skinner v.*

Perry (1893), 10 R.P.C. 1, the Supreme Court described the tort in terms of a person who falsely and maliciously (“without reasonable and probable cause”) made a statement with respect to the property of another person which was calculated to cause damage to the owner of that property. In England, the establishment of the tort requires “malice”: see *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed., Vol. 45 (London: Butterworths, 1985) at para. 1531. There is Ontario jurisprudence dealing with a claim for slander of title based on a Certificate of Pending Litigation and a finding that the claim was not sustainable because the certificate was issued as part of the process of the court: see *Tersigni v. Fagan*, [1959] O.J. No. 65 (C.A.) (QL); *Pete and Martys (Front) Ltd. v. Market Block Toronto Properties Ltd.*, [1985] O.J. No. 564 (H.C.J.) (QL); *Geo. Cluthe Manufacturing Co. v. ZTW Properties Inc.*, [1995] O.J. No. 4897 (D.C.) (QL).

[87] Finally, it has not escaped my attention that it was open to ask whether Bram and Jamb had a direct cause of action against Alan Schelew based on his role as a director of both Bram and Jamb. I mention this because no investor pled that Mr. Schelew had breached his fiduciary duties as a director of both companies. However, scattered throughout the pre- and post-trial submissions are allegations that the defendant Alan Schelew was in breach of his fiduciary obligations as a corporate director of the plaintiffs, including the duty to act in good faith. I found two references in the trial judge’s reasons that speak of a breach of fiduciary duties (paras. 265 and 271), but, obviously, these isolated findings cannot support a finding of liability.

G. *Damages*

[88] The appellants’ argument on damages would lead us to the conclusion that the respondents suffered no loss. The true market value of the property was \$2.2 million, and that was the amount which A.I. Enterprises paid. The appellants’ argument turns on such factual matters as the argument that the Bloomfield contract was conditional and that the property required substantial repairs. Having regard to the trial judge’s reasons and this Court’s directive regarding interference with a trial judge’s assessment of damages, I find no legal basis for intervention: *Covered Bridge Golf and Country Club v.*

Schurman, 2009 NBCA 1, 340 N.B.R. (2d) 168. The trial judge's decision to assess damages based on the selling price under the Bloomfield agreement (\$2.58 million) was justified. In reaching this conclusion, I have not lost sight of my earlier conclusion that the respondents had failed to establish that the appellants were the proximate cause of Bloomfield's decision to withdraw from their contract. However, this does not mean that Bloomfield's offer to pay \$2.58 million is not relevant when it comes to establishing the fair market value of the property.

VIII. Disposition

[89] I would dismiss the appeal with costs in accordance with Note (1) of Tariff "A", Rule 59 of the *Rules of Court* (40% of the costs awarded at trial). At the close of the appeal hearing, counsel indicated that the calculation of the damages/costs awarded at trial required a slight adjustment in regard to HST. If the matter has not already been settled in accordance with the post-hearing correspondence submitted to the Court, the matter must be remitted to the trial judge for his consideration.

LE JUGE ROBERTSON

I. Le contexte

[1] Au cours des dix dernières années, trois délits économiques intentionnels ont été les objets d'une attention judiciaire considérable : (1) le complot; (2) l'incitation à rupture de contrat; et (3) l'atteinte aux rapports contractuels par un moyen illicite (ou délits commerciaux). En dernière analyse, le présent appel concerne au premier chef le délit d'atteinte par un moyen illicite, lequel comporte des conditions qui lui sont propres aux fins d'engager la responsabilité. Par-dessus tout, ce délit civil doit être distingué du délit d'incitation à rupture de contrat. Pour reprendre la mise en garde qu'a faite un commentateur qui écrivait dans *The Lawyers Weekly* : [TRADUCTION] « Les hauts-fonds du droit des motions sont jonchés des débris des requêtes radiées pour défaut de conformité avec les règles formalistes qui régissent ce domaine » (Peter Wardle, le 14 octobre 2011).

[2] C'est avec l'arrêt *Lumley c. Gye* (1853), 118 E.R. 749 (C.B.R. Angl.) que le délit civil d'incitation à rupture de contrat a été fermement inscrit dans la common law (A incite B à rompre son contrat avec C). Le délit d'atteinte par un moyen illicite trouve son origine dans un arrêt anglais qui fait lui aussi autorité : l'arrêt *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1 (Ch. des lords) (A incite B à ne pas passer un contrat avec C). Bien que ces deux délits soient différents à plusieurs égards, une des différences qui les distinguent est manifeste. Le délit d'incitation à rupture suppose nécessairement une rupture de contrat. Ce n'est pas le cas du délit d'atteinte par un moyen illicite. Il est possible que l'atteinte empêche tout simplement la formation d'un contrat ou sa bonne exécution sans donner lieu à une rupture. La deuxième différence tient au fait que le délit d'incitation à rupture de contrat ne se préoccupe pas du moyen choisi pour inciter quelqu'un à rompre un contrat. En résumé, il importe peu de savoir si le moyen choisi est licite ou illicite. Il en va évidemment autrement en ce qui concerne le délit d'atteinte par un moyen illicite, au

titre duquel la tâche dont il faut s'acquitter consiste à définir convenablement l'expression « moyen illicite ». Une autre des différences entre les deux délits civils réside dans la nécessité d'établir l'« intention ». Dans le cas du délit d'incitation à rupture de contrat, le demandeur doit établir l'intention du défendeur d'inciter quelqu'un à rompre un contrat. Dans le cas du délit d'atteinte par un moyen illicite, le demandeur doit établir l'intention du défendeur de lui causer un préjudice. Tout cela nous amène à l'observation suivante : les deux délits civils en question sont distincts et ne sauraient être assimilés à un même concept juridique comme on pourrait s'y attendre si on adoptait une théorie unifiée de la responsabilité. Cela reste vrai malgré le fait que ces deux délits ont pour objet de fixer les lignes de démarcation qui entourent le droit des parties de se livrer à une « concurrence loyale ». Chacune de ces propositions découle de la décision relativement récente de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG c. Allan*, [2007] UKHL 21 (« *OBG* »).

[3] Dans le cadre du présent appel, nous examinons le délit d'atteinte par un moyen illicite et plus particulièrement la question de savoir si notre Cour devrait adopter la définition étroite de l'expression « moyen illicite » qui a été énoncée dans l'opinion majoritaire, rédigée par lord Hoffmann, dans l'arrêt *OBG*. Dans cet arrêt, l'expression « moyen illicite » est définie en fonction du fait que les actes reprochés au défendeur sont en eux-mêmes susceptibles d'action de la part du tiers ou l'auraient été si le tiers avait subi une perte. En somme, l'atteinte illicite englobe une transgression civile susceptible d'action commise à l'endroit d'un tiers. (A recourt à des menaces physiques pour inciter B à ne pas passer de contrat avec C. Puisque B a une cause d'action indépendante contre A pour intimidation, C peut poursuivre A pour atteinte illicite. La situation est différente si A ne recourt qu'à la persuasion logique, laquelle n'est pas susceptible d'action en soi.)

[4] Avant l'arrêt *OBG*, et d'une façon générale, les tribunaux canadiens avaient adopté des définitions larges mais, il faut en convenir, vagues de l'expression « moyen illicite » et certains tribunaux débattaient encore de la question de savoir si le délit civil en question existait ou non. Souvent, la démarche retenue était le reflet de la tendance des tribunaux anglais à réunir les délits d'incitation à rupture de contrat et

d'atteinte par un moyen illicite sous ce qui a fini par être appelé la « théorie unifiée ». L'arrêt *OBG* est venu clarifier, sinon effectivement refondre, le modèle anglais en ce qui concerne les délits économiques intentionnels. Nous disposons aujourd'hui d'un ensemble de principes solides qui apportent une immense certitude au droit anglais tout en faisant ressortir la nécessité de réévaluer les précédents canadiens dans la mesure où ils sont fondés sur la jurisprudence anglaise antérieure. Quoi qu'il en soit, si nous adoptons la définition étroite de l'expression « moyen illicite » proposée dans l'arrêt *OBG*, nous devons accueillir l'appel et annuler la conclusion de responsabilité délictuelle tirée par le juge de première instance. La raison en est que la condition voulant que la conduite contestée soit susceptible d'action en soi ne peut être remplie. Cela est vrai à moins que (1) nous reconnaissons que la définition en question n'est pas absolue et autorise certaines exceptions de principe; et (2) nous concluons que l'instance relève de la catégorie de cas exceptionnels.

[5] Comme point de départ, mentionnons que personne ne met en doute la justesse de la définition étroite de l'expression « moyen illicite » lorsqu'on la compare aux définitions antérieures. La question cruciale consiste à savoir si la condition voulant que la conduite contestée soit susceptible d'action en soi devrait être souple et permettre certaines exceptions, ou certaines catégories de cas exceptionnels, qui seraient essentiellement fondées sur des principes et auxquelles on ne reprocherait pas de donner lieu à des décisions purement ponctuelles. J'estime qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative. Cette opinion est compatible avec la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario, dans la mesure où cette dernière a expressément refusé l'invitation qui lui a été faite de [TRADUCTION] « définir dans le détail » la portée de l'expression « moyen illicite » : voir l'arrêt *Alleslev-Krofchak c. Valcom Limited*, 2010 ONCA 557, [2010] O.J. No. 3548, au par. 63 (QL), où la Cour cite l'arrêt *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, [2008] O.J. No. 2497, au par. 107 (QL). Cette démarche donne à penser que les catégories de moyens illicites ne sont sans doute pas fermées en Ontario. De plus, il vaut la peine de mentionner que dix mois après que la Chambre des lords eut rendu sa décision dans l'affaire *OBG*, Leurs Seigneuries ont retenu une interprétation plus large de la conduite illicite au regard du délit intentionnel de complot (afin qu'elle englobe les

transgressions criminelles non susceptibles d'action en common law) : *Total Network SL c. Her Majesty's Revenue and Customs Commissioners*, [2008] UKHL 19, voir les par. 96 à 104, où l'on revient sur l'arrêt *OBG*, et voir aussi l'arrêt *Agribands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, [2011] O.J. No. 2786 (QL), lequel élargit également la définition de l'expression « moyen illicite » dans les instances ressortissant au délit de complot.

[6] Si nous reconnaissons que la définition étroite exposée dans l'arrêt *OBG* devrait permettre certaines exceptions, nous devons décider si les faits de la présente instance justifient un traitement exceptionnel. L'exposé qui suit est une esquisse des circonstances qui ont amené la présente affaire devant la Cour du Banc de la Reine. En 1985, trois sociétés (Bram Enterprises, Jamb Enterprises et A.I. Enterprises) ont acheté un immeuble d'habitation sis au 99, avenue Joyce, à Moncton, à des fins d'investissement. Le titre de propriété de l'immeuble a été transmis à une compagnie (Joyce Avenue Apartments Limited), laquelle agissait comme « mandataire » des trois sociétés investisseuses. En temps utile, les rapports entre la mandataire et les sociétés investisseuses ont été régis par une [TRADUCTION] « entente de syndication ». L'entente de syndication disposait que si la majorité décidait de vendre, la minorité aurait le droit d'acheter le bâtiment à sa valeur d'expertise, à défaut de quoi le bien pourrait être mis en vente. En avril 2000, des résolutions ont été adoptées aux fins de demander la vente du bâtiment. A.I. Enterprises, l'investisseuse minoritaire, s'y est opposée mais a refusé l'occasion qu'elle avait d'acheter le bâtiment à sa valeur d'expertise, savoir 2,2 millions de dollars. Alan Schelew, qui est le président et unique actionnaire d'A.I. Enterprises, a néanmoins continué à s'opposer à la vente du bien sous prétexte que la majorité n'avait pas respecté l'entente de syndication. Sur une période de vingt mois, M. Schelew a engagé une procédure d'arbitrage, enregistré des documents grevant le titre de propriété du bien et refusé à des tiers l'accès au bâtiment à des fins d'inspection. Pendant cette même période, la majorité a en fait reçu et accepté deux offres provenant d'acheteuses distinctes. L'une de ces offres s'établissait à 2,58 millions de dollars et l'autre, à 2,5 millions de dollars. Toutefois, aucune des deux opérations n'a été conclue, sans que les vendeuses ou l'acheteuse n'aient contrevenu à la convention d'achat-vente

sous-jacente. En 2002, la majorité a vendu le bâtiment à l'investisseuse minoritaire à sa valeur d'expertise la plus récente, soit 2,2 millions de dollars.

[7] Un an après la vente du bâtiment, les investisseuses majoritaires (Bram Enterprises et Jamb Enterprises) ont poursuivi Alan Schelew et A.I. Enterprises en vue d'obtenir des dommages-intérêts égaux à la différence entre ce que la majorité aurait obtenu si le bien avait été vendu à une des deux acheteuses potentielles en l'an 2000 et le prix que la minorité avait payé. La demande a été accueillie. Le juge du procès a conclu que n'eût été les [TRADUCTION] « nombreuses tactiques d'obstruction illégitimes et illicites » adoptées par les défendeurs, le bien aurait été vendu à un tiers à un prix plus élevé que celui que l'investisseuse minoritaire avait finalement payé. Le juge du procès a également conclu qu'on avait établi l'existence de l'intention de causer un préjudice, qui était requise, et donc du délit intentionnel [TRADUCTION] d'« atteinte illicite aux rapports économiques » ou « délits commerciaux ». Bram et Jamb se sont chacune vu attribuer des dommages-intérêts de 183 061 \$ plus des dépens de 14 478 \$.

[8] Pour des motifs que j'exposerai ci-dessous, ni la décision rendue dans l'affaire *OBG* ni sa descendance canadienne n'ont été portées à l'attention du juge du procès. Les appelants invoquent la définition de l'expression « moyen illicite » qui a été énoncée dans cette affaire pour prétendre, tout à fait à bon droit, que l'appel doit être accueilli. Personne n'a été en mesure d'identifier une cause d'action valable sur laquelle les acheteuses potentielles auraient pu s'appuyer pour poursuivre soit Alan Schelew, soit A.I. Enterprises. Il reste donc à déterminer si la présente instance devrait relever de la catégorie des cas exceptionnels.

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

de procédure). La manipulation d'A.I. Enterprises par M. Schelew et son recours injustifié à l'entente de syndication lui ont fourni un prétexte commode pour s'opposer à toute vente du bâtiment. À vrai dire, il n'y a jamais eu de véritable problème d'interprétation contractuelle opposant les sociétés investisseuses parties à l'entente de syndication, mais seulement une querelle familiale concernant le bien-fondé d'une décision d'affaires de liquider un bien de grande valeur. Je suis d'avis de trancher la question de l'atteinte par un moyen illicite en faveur des investisseuses intimées et la même chose vaut pour ce qui concerne les autres questions litigieuses : la « cause proche » et l'« intention de causer un préjudice ».

[10] Tout d'abord, l'expérience montre qu'il vaut mieux que les juges des cours d'appel fassent preuve de prudence et précisent dès le départ ce dont il n'est pas question dans l'instance dont ils sont saisis. Comme je l'expliquerai, le cadre analytique qui est appliqué en Ontario, en ce qui concerne le délit d'atteinte par un moyen illicite, comporte un critère qui n'est explicitement mentionné ni dans la jurisprudence canadienne ni dans la jurisprudence anglaise. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que ce délit ne devrait pas être applicable si la conduite contestée qui donne lieu à l'action est directement susceptible d'action de la part du demandeur. Les délits civils intentionnels ont pour but de combler une lacune lorsqu'aucune action ne pourrait par ailleurs être engagée au titre d'une conduite intentionnelle qui a causé un préjudice par l'intermédiaire d'un tiers : *Correia c. Canac Kitchens*, au par. 107, et *Alleslev-Krofchak c. Valcom Limited*, au par. 58. En l'espèce, nul n'a prétendu que la conduite qui est reprochée à A.I. Enterprises a constitué un manquement aux obligations contractuelles dont elle était tenue en vertu de l'entente de syndication et que par conséquent, sa responsabilité envers les demandereses Jamb et Bram aurait dû être d'ordre contractuel autant que délictuel (par exemple, le manquement à l'obligation contractuelle tacite qu'est l'exécution de bonne foi). De même, personne n'a prétendu que la conduite qui est reprochée à Alan Schelew a entraîné la violation des obligations fiduciaires qu'il avait à titre d'administrateur de Jamb et de Bram et que par conséquent, ce défendeur était directement responsable envers les sociétés demandereses. J'examinerai ces points, de crainte que la présente instance ne fasse l'objet d'un nouvel examen. En effet, c'est lord

Walker, dans l'arrêt *OBG* qui, après avoir commenté les différences d'opinion exprimées par ses collègues, lord Hoffmann et lord Nicholls, sur la question des moyens illicites, a fait observer que l'affaire dont ils étaient saisis n'allait [TRADUCTION] « probablement pas mettre le point final à ce difficile et important domaine du droit » (par. 269).

II. Les faits sous-jacents

[11] Chose curieuse, la décision de 339 paragraphes qui fait l'objet du présent appel n'a pas encore été publiée. Elle a toutefois une référence neutre : 2010 NBBR 245. Les faits essentiels et la structure du présent litige ont été exposés ci-dessus au paragraphe 6; toutefois, les détails de l'affaire nécessitent une analyse plus poussée.

[12] Depuis les années 1970, la famille Schelew (savoir les frères Alan, Jeffrey, Michael et Bernard Schelew, ainsi que leur mère Lillian Schelew) est engagée dans le domaine de la location d'habitation par l'intermédiaire de deux sociétés : Jamb Enterprises Ltd. (« Jamb »), dont les quatre frères sont propriétaires à parts égales, et Bram Enterprises Ltd. (« Bram »), dont les quatre frères sont aussi propriétaires à parts égales, Lillian Schelew détenant une catégorie distincte d'actions privilégiées. Les biens étaient gérés par A.I. Enterprises Ltd. (« A.I. »), société dont Alan Schelew est l'unique actionnaire et administrateur. Comme nous l'avons vu, Bram, Jamb et A.I. sont devenues les actionnaires de Joyce Avenue Apartments Ltd. Les actionnaires de Bram, Jamb et A.I. en sont aussi les administrateurs. D'ailleurs, il semblerait que chaque actionnaire de chaque compagnie soit aussi administrateur de chaque compagnie. En plus d'être administrateur et actionnaire minoritaire de Bram et Jamb, Alan Schelew était l'unique actionnaire d'A.I. Enterprises. A.I. Enterprises était également la gestionnaire immobilière de l'immeuble d'habitation de l'avenue Joyce. Le fait que ces trois sociétés fermées aient passé une entente de syndication régissant leurs droits et obligations respectifs relativement à l'immeuble en question a une importance primordiale. Aux termes de cette entente, Joyce Avenue Apartments Limited est désignée être la mandataire des trois investisseuses (Bram, Jamb et A.I. Enterprises). Il convient de souligner tout particulièrement la clause 9 de l'entente. La clause 9.01 dispose que si une

offre est reçue en vue de l'achat du bâtiment et que la majorité décide de vendre le bien, la minorité a un droit de premier refus. La clause 9.02 dispose que si la majorité décide de vendre l'immeuble, la minorité a le droit de l'acheter à sa valeur d'expertise. En cas de défaut de la minorité d'accepter [TRADUCTION] l'« offre irrévocable » dans un délai de quinze jours après le dépôt de l'offre, la majorité a le droit de chercher à vendre et de vendre effectivement le bien à un tiers. L'entente prévoit un mécanisme permettant de déterminer la valeur d'expertise et précise que toute question litigieuse doit être soumise à l'arbitrage.

[13] Lors d'une assemblée des administrateurs de Joyce Avenue Apartments Ltd., tenue le 27 avril 2000, toutes les investisseuses, sauf A.I. Entreprises (Alan), se sont entendues sur le fait que l'immeuble d'habitation devait être vendu. À ce moment-là, aucun acheteur potentiel ne s'était manifesté et aucune offre d'achat n'était à l'étude. Le 3 mai 2000, Alan a écrit à son frère Bernard une lettre dans laquelle il exposait différentes objections à la vente en raison d'irrégularités dans la tenue des assemblées (par exemple un préavis inférieur à quarante-huit heures), de la non-conformité avec l'entente de syndication et du défaut de recourir à l'arbitrage. En réponse, Bernard a informé Alan, le 4 mai 2000, qu'une autre assemblée serait tenue afin de reprendre ce qui avait été fait lors de l'assemblée du 27 avril 2000. La date de cette nouvelle assemblée avait été fixée au 12 mai 2000. Alan savait que l'assemblée en question devait avoir lieu mais il n'y a pas assisté et ce n'est que le 19 mai 2000, soit une semaine après la tenue de la réunion prévue, qu'il est passé au bureau de poste prendre l'avis de convocation sous pli recommandé qui lui avait été envoyé. Tout en se réservant le droit de prétendre que les assemblées des 27 avril et 12 mai avaient été convoquées de façon irrégulière, Alan a donné à la majorité les noms de trois évaluateurs, dont l'un a en fin de compte été le co-auteur du rapport d'évaluation qui a finalement été présenté. Toutefois, seul un des évaluateurs retenus par Alan était dûment qualifié étant donné que les autres ne portaient pas le titre d'« AACI » qui était requis. Le refus ou l'omission d'Alan de collaborer au choix d'un évaluateur a forcé la majorité à faire ce choix. En réponse, Alan a émis un avis d'arbitrage le 29 mai 2000. Toutefois, cet avis ne faisait pas état des questions qui devaient faire l'objet de l'arbitrage. Après un échange de courriels, Alan a finalement

donné une réponse dénuée de sens : c'était l'arbitre qui déciderait quelles questions feraient l'objet de l'arbitrage. Ce n'est qu'après que les avocats d'Alan sont intervenus que la majorité a reçu la liste des questions qui devaient être soumises à l'arbitrage. Cette liste a été fournie le 7 septembre 2000, soit trois mois après la délivrance de l'avis d'arbitrage.

[14] Le 25 mai 2000, soit quatre jours avant la délivrance de l'avis d'arbitrage, Alan a fait déposer par sa compagnie, A.I. Enterprises, un [TRADUCTION] « avis d'un droit de premier refus » au bureau d'enregistrement des titres fonciers de la région. Ce grèvement de titre est resté en vigueur jusqu'au 24 août 2001, jour où un adjudicateur, agissant en vertu de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, a déclaré l'avis en question inopérant. La requête en révision de la décision de l'adjudicateur qui a subséquemment été déposée a été rejetée par la Cour du Banc de la Reine : voir la décision *A.I. Enterprises Ltd. c. Joyce Avenue Apartments Ltd.*, 2002 NBBR 13, 246 R.N.-B. (2^e) 92. À la suite de la décision que l'adjudicateur avait rendue en août 2001, et à la demande de Michael Schelew, le registrateur général des titres de bien-fonds a rendu, relativement au bien en litige, une « ordonnance de suspension » qui interdisait le dépôt d'autres grèvements. Cette ordonnance devait expirer le 15 novembre 2001. Deux jours avant cette date, Alan a déposé devant la Cour du Banc de la Reine un avis de requête dans lequel il sollicitait la nomination d'un arbitre. Le 15 novembre 2001, soit le jour où l'ordonnance de suspension venait à expiration, Alan a déposé au même bureau d'enregistrement foncier un certificat d'affaire en instance fondé sur la requête en instance.

[15] Alan a refusé d'acheter le bien à sa valeur d'expertise, savoir 2,2 millions de dollars, en laissant [TRADUCTION] l'« offre irrévocable de vente » expirer, ce qu'elle a fait le 27 juillet 2000, conformément aux clauses de l'entente de syndication. Par la suite, la majorité s'est activement employée à mettre le bien en vente en recourant aux services d'un agent immobilier de la région. Seules deux acheteuses potentielles étaient disposées à passer une convention d'achat-vente obligatoire. Le premier contrat à exécuter a été conclu avec Bloomfield Holdings Ltd. et il s'établissait à 2,58 millions de

dollars. Il a été conclu le 3 avril 2001, la date de clôture étant fixée au 22 juin 2001. Le 30 mai 2001, toutefois, Bloomfield s'est retirée de l'opération en invoquant son incapacité à [TRADUCTION] « confirmer le solde de [son] financement » en raison de [TRADUCTION] « l'incertitude de cette vente ». Le deuxième contrat de vente a été conclu avec Greenarm Development Ltd. pour la somme de 2,5 millions de dollars. La convention est devenue obligatoire le 24 juillet 2001 et la date de clôture y était fixée au 22 octobre 2001. Cette date est passée mais Greenarm a néanmoins continué à montrer un intérêt pour le bâtiment et a demandé la permission de l'inspecter en compagnie de représentants de la Société canadienne d'hypothèques et de logement (la « SCHL »), laquelle devait financer l'opération. Au début de novembre 2001, des représentants de Greenarm et de la SCHL se sont vu interdire l'accès au bâtiment par deux gardiens de sécurité en uniforme qui étaient des employés d'A.I. Enterprises. Un représentant de Greenarm a témoigné qu'il avait espéré que le différend entre les investisseuses pourrait se régler et que Greenarm était disposée à reporter la date de clôture, jusqu'à ce qu'il devienne manifeste que la clôture de l'opération n'aurait pas lieu en raison des interventions d'Alan. C'est à ce moment-là que Greenarm a décidé de se retirer de l'opération.

[16] Après l'échec de la vente à Greenarm, la convention d'inscription immobilière a expiré. Au printemps 2002, la majorité a relancé la procédure en vue de l'aliénation de l'immeuble conformément à l'entente de syndication. Cette fois, Alan a accepté l'offre lui permettant d'acheter le bâtiment à sa valeur d'expertise la plus récente, soit 2,2 millions de dollars. La convention d'achat-vente est datée du 28 novembre 2002.

[17] Le 5 septembre 2003, la majorité des sociétés qui avaient investi dans Joyce Avenue Apartments Ltd. a engagé une action contre Alan et sa compagnie. En ce qui concerne la cause d'action, l'exposé de la demande est remarquablement muet. Les demanderesses prétendent tout simplement que par suite des actes des défendeurs, les demanderesses se sont trouvées dans l'incapacité de vendre l'immeuble d'habitation à un tiers. Cette prétention est suivie d'une demande en vue d'obtenir des dommages-intérêts dont le montant est égal à la différence entre la somme qu'Alan a payée et celle que la

majorité aurait reçue d'un tiers. L'exposé de la défense contient notamment une prétention selon laquelle l'exposé de la demande ne révélait aucune cause d'action raisonnable et on y fait valoir que l'action devait être rejetée en vertu de la règle 23.01(1)b) des *Règles de procédure*. Toutefois, aucune motion n'a été déposée à cette fin. Les parties ont plutôt fait instruire l'action en se fondant sur le postulat que les mémoires préparatoires et les mémoires postérieurs au procès pourraient effectivement servir de substituts valables à des plaidoiries en bonne et due forme. Heureusement, ce sont ces mémoires qui jettent les bases des arguments fondés sur le délit intentionnel d'« atteinte illicite aux rapports économiques » (ou « délits commerciaux »).

III. L'omission d'examiner l'arrêt *OBG* au procès

[18] La présente instance est quelque peu délicate pour les avocats commis à l'appel parce qu'ils n'étaient pas les avocats au procès. Les règles de droit qui régissent le délit d'atteinte par un moyen illicite ont fluctué continuellement, au Canada, tant avant qu'après l'instruction de l'action qui nous occupe en l'espèce. Au moment du procès, malheureusement, les avocats et le juge du procès ne connaissaient pas l'existence de la décision relativement récente rendue dans l'affaire *OBG*. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que l'action sous-jacente a été introduite en 2003, longtemps avant que la Chambre des lords ne rende sa décision, en 2007, dans l'affaire *OBG*. Toutefois, le procès, en l'espèce, a commencé en mai 2008, il s'est étendu sur les douze mois suivants et a été suivi du dépôt de mémoires postérieurs au procès en juin et en août 2009, soit bien après que la Chambre des lords eut rendu sa décision dans l'affaire *OBG*. La décision en première instance a été rendue le 22 juillet 2010. Trois mois auparavant, notre Cour avait rendu une décision concernant le délit d'incitation à rupture de contrat et l'application de l'arrêt *OBG* : *SAR Petroleum et autres c. Société de fiducie Peace Hills*, 2010 NBCA 22, 357 R.N.-B. (2^e) 202. Entre 2008 et 2010, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu trois décisions importantes. Bien que la nature évolutive du délit civil intentionnel en question puisse susciter une certaine sympathie envers les avocats qui représentaient les parties au procès, il incombe carrément aux avocats de constamment surveiller l'évolution du droit. Quels que soient les principes juridiques qui ont pu être ou ne pas

être évoqués au procès, il est de la responsabilité de notre Cour de rendre une décision fondée sur les principes juridiques qui sont ou qui devraient être actuellement en vigueur. Cela dit, nous devons examiner en premier lieu ce que le juge du procès a décidé en s'appuyant sur les arguments qui lui ont été présentés.

IV. La décision rendue au procès

[19] Les mémoires préparatoires et les mémoires postérieurs au procès ont soulevé sept questions que le juge du procès devait examiner. Bien que la plupart n'aient pas été plaidées, le juge du procès a répondu à chaque question. La conclusion qui revêt une importance particulière pour le présent appel est celle selon laquelle les demanderesses n'avaient violé aucune des dispositions de l'entente de syndication. La question qui demeure fondamentale pour les fins du présent appel est celle de savoir si les actes des défendeurs ont constitué une atteinte illicite aux efforts des demanderesses en vue de vendre l'immeuble à un tiers. En ce qui concerne cette vaste question, le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions pertinentes afin d'étayer la réponse positive qu'il a donnée à cette question. Ces conclusions sont les suivantes.

[20] La décision de grever le titre du droit de premier refus a été jugée dénuée de toute justification juridique ([TRADUCTION] « sans raison légitime ») (par. 246). Le dépôt du document a eu lieu afin d'empêcher des tiers de conclure une vente. Le juge du procès a également estimé que cette conduite constituait une violation des obligations fiduciaires qu'avait Alan à titre d'administrateur de Jamb et de Bram (par. 248). En ce qui concerne la décision des défendeurs d'exercer le droit d'engager une procédure d'arbitrage, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « ni Alan, ni A.I. Enterprises n'avaient véritablement le désir de soumettre le différend à l'arbitrage » (par. 232). Le juge a conclu que les questions que les défendeurs ont finalement dit vouloir soumettre à l'arbitrage étaient [TRADUCTION] « des tentatives de la part des défendeurs en vue de créer de toutes pièces des points en litige » afin de faire progresser le différend d'Alan (par. 230). Corrélativement, l'enregistrement du certificat d'affaire en instance, lequel était lié à la demande faite à la Cour en vue de la nomination d'un arbitre,

a été jugée être une mesure injustifiée prise dans le but d'empêcher la vente à un tiers. Pour ce qui concerne la décision des demanderesses d'autoriser une acheteuse potentielle à inspecter le bien et du refus des défendeurs de permettre l'accès physique au bâtiment, le juge du procès a conclu que cette conduite était [TRADUCTION] « transgressive et illicite » (par. 269). Le juge du procès a conclu que le refus de permettre l'accès au bâtiment constituait un abus de pouvoir de la part du gérant de l'immeuble ainsi qu'une violation de l'entente de syndication, laquelle exigeait la coopération des actionnaires minoritaires lorsqu'il s'agissait de la vente du bâtiment (par. 265 à 268).

[21] Fort des conclusions de fait susmentionnées, le juge du procès a ensuite déterminé si le délit d'« atteinte illicite aux rapports économiques » ou « délits commerciaux » avait été établi. Le juge du procès s'est reporté à la seule décision de notre Cour où il avait été question de ce délit économique intentionnel ainsi qu'à d'autres précédents canadiens pertinents qui ont précédé la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *OBG*. La décision de notre Cour dans l'affaire *Carnahan c. McGregor and Whalen* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 342, [1994] A.N.-B. n^o 249 (C.A.) (QL), fait état d'un cadre analytique à cinq volets énoncé dans la décision *Dufferin Real Estate Limited c. Giralico*, [1989] O.J. No. 1525 (H.C.J.) (QL). Dans cette décision, les éléments essentiels du délit d'atteinte par un moyen illicite sont ainsi définis : (1) l'existence d'attentes ou de rapports commerciaux valides; 2) la connaissance de ces rapports ou attentes par le défendeur; 3) l'atteinte intentionnelle amenant ou provoquant la cessation des rapports ou attentes par des moyens injustes ou illicites; 4) la cause proche; et 5) l'existence de dommages consécutifs à cette atteinte. Ce cadre analytique est tiré du traité américain bien connu intitulé *Prosser and Keeton on Torts*, 5^e éd. (St. Paul, MN : West Publishing Co., 1984) à la p. 1005. Je marque une pause pour souligner que l'affaire *Carnahan c. McGregor and Whalen* a été tranchée sur la base d'un autre délit intentionnel : l'incitation à rupture de contrat.

[22] Pour des raisons évidentes, le juge du procès ne s'est pas arrêté aux éléments un et deux mentionnés ci-dessus. En ce qui concerne l'élément numéro trois, le juge du procès a conclu que c'était la conduite des défendeurs qui était la cause proche de

la perte subie par les demanderessees. Au paragraphe 283 de sa décision, le juge du procès a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [N]’eût été ces nombreuses tactiques d’obstruction illégitimes et illicites adoptées par les défendeurs ou en leur nom, les investisseuses majoritaires auraient réussi à vendre ce bâtiment à un tiers ». En ce qui concerne la question de savoir si les défendeurs avaient effectivement l’intention de causer un dommage financier aux demanderessees, le juge du procès a conclu qu’il ne s’agissait pas en l’espèce d’une situation où le dommage résultait accessoirement de la poursuite, par les défendeurs, de leur propre intérêt légitime. Le juge du procès a reconnu que les défendeurs cherchaient à défendre leur propre intérêt, mais ils l’avaient fait en recourant à une [TRADUCTION] « série d’actes illégitimes et de transgressions » (par. 289). Quant au sens de l’expression [TRADUCTION] « conduite transgressive » ou du mot [TRADUCTION] « transgression », le juge du procès a en fait souscrit à la démarche adoptée dans la décision *Reid c. British Columbia (Egg Marketing Board)*, 2007 BCSC 155, [2007] B.C.J. No. 197 (QL). En l’espèce, le juge du procès a estimé que la conduite illicite est définie d’une façon large et désigne une conduite que le défendeur n’avait [TRADUCTION] « pas le droit d’adopter », un comportement [TRADUCTION] « non autorisé par la loi » ou un [TRADUCTION] « acte commis sans justification légitime » (par. 291). Dans ce contexte, le juge du procès a conclu que le délit d’« atteinte illicite aux rapports économiques » ou « délits commerciaux » avait été établi.

V. Le cadre juridique sous-jacent et l’arrêt *OBG*

[23] Comme point de départ, il faut nécessairement donner un aperçu des délits économiques intentionnels qui traitent de l’atteinte à des rapports contractuels envisagée sous l’angle de l’analyse proposée dans l’arrêt *OBG*. C’est peu dire que de reconnaître que cette décision a été considérée comme un arrêt-clef dans notre pays. Nous ne saurions, toutefois, passer sous silence la complexité de cette décision et sa portée. Il y a quatre séries de motifs concordants et dissidents qui s’appliquent à trois appels distincts et cinq délits civils différents, le tout regroupé dans une décision de trois cent trente paragraphes rendue à la suite de l’audition de l’appel qui avait duré dix jours. La plupart des tribunaux et des universitaires se concentrent sur l’analyse générale que font Leurs

Seigneuries des principes juridiques sous-tendant la doctrine des délits intentionnels lorsqu'examinée à la lumière de la jurisprudence plus ancienne. Toutefois, l'application de cette doctrine au cas précis qui fait l'objet de l'appel est également instructive. Souvent, ce n'est pas ce qu'une personne dit qui est important mais plutôt ce qu'elle fait. Une partie du discours qui suit emprunte librement à l'analyse lapidaire et incisive que fait Janet O'Sullivan dans son commentaire sur l'arrêt *OBG* : voir Janet O'Sullivan, « Intentional Economic Torts in the House of Lords », [2007] C.L.J. 503. Il va sans dire que certaines des remarques sont des observations personnelles.

[24] La professeure O'Sullivan explique qu'avant l'arrêt *OBG*, les limites des différents délits économiques en Angleterre ainsi que les principes les sous-tendant étaient devenus [TRADUCTION] « confus ». Pour ce qui concernait le délit d'incitation à rupture de contrat, les règles de droit étaient fermement établies depuis l'arrêt *Lumley c. Gye*. Dans cette affaire, l'impresario d'opéra Gye avait incité la diva Johanna Wagner à rompre le contrat qu'elle avait passé avec son rival, M. Lumley, et à plutôt venir chanter pour lui. M. Lumley a obtenu des dommages-intérêts pour incitation intentionnelle à rompre le contrat. Ce qui rendait l'incitation délictueuse était l'intention d'inciter M^{me} Wagner à rompre le contrat qu'elle avait passé avec M. Lumley. L'affaire était importante parce que la jurisprudence antérieure limitait l'application de ce délit civil aux rapports entre maîtres et serviteurs, aujourd'hui appelés liens de préposition, à l'exclusion des instances mettant en cause des entrepreneurs indépendants. Subséquemment, cet arrêt a été appliqué à tous les rapports contractuels. Il va sans dire que l'arrêt *Lumley c. Gye* ne se rapportait pas à la situation qui existe lorsque le défendeur s'est rendu coupable d'atteinte dans des circonstances où aucun contrat en vigueur ne liait le demandeur au tiers, ou si le contrat existait, l'atteinte n'a pas entraîné sa rupture. Ces cas d'espèce relevaient du délit [TRADUCTION] d'« atteinte intentionnelle aux rapports commerciaux par un moyen illicite », comme l'a confirmé l'arrêt *Allen c. Flood*. Dans cette affaire, le défendeur a été jugé non responsable d'avoir menacé de tenir une grève *légitime* à moins que l'employeur accepte de ne pas embaucher certains travailleurs, ce que l'employeur était libre de faire puisque ces travailleurs n'étaient embauchés qu'à la journée. Toutefois, sa responsabilité serait engagée si le syndicat recourait à

l'intimidation pour dissuader les clients potentiels d'un employeur de traiter avec cet employeur dans le but de syndiquer ses travailleurs. Le « moyen illicite » dans ce cas serait le délit d'intimidation commis à l'encontre des clients potentiels. Par ailleurs, la promesse ou la menace de faire ce que l'on est en droit de faire n'est pas susceptible d'action.

[25] La professeure O'Sullivan explique que le droit anglais a été plongé dans la confusion au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, lorsque l'on a essayé d'unifier les deux délits distincts en considérant le délit examiné dans l'arrêt *Lumley c. Gye* comme un simple exemple du délit d'atteinte par un moyen illécite. L'arrêt *D.C. Thomson & Co. Ltd. c. Deakin and Others*, [1952] 1 Ch. 646 (C.A.), est cité comme étant la source de la théorie unifiée et de la notion selon laquelle il y aurait une différence importante entre l'atteinte directe et l'atteinte indirecte pour ce qui concernait le délit d'incitation à rupture. Pour ce qui concerne l'incitation indirecte à rupture de contrat, la Cour d'appel a conclu qu'un moyen illicite était requis, mais non dans le cas de l'incitation directe (*Lumley c. Gye*). Finalement, on en est venu à penser que le droit menaçait d'étendre la responsabilité afin qu'elle comprenne des situations qui ne cadraient pas avec l'un ou l'autre délit, par exemple la conduite légitime qui portait atteinte à l'exécution d'un contrat, mais n'incitait personne à le rompre. Comme l'explique ensuite la professeure O'Sullivan, on estimait également que la théorie unifiée était source de confusion lorsque les tribunaux essayaient de déterminer quel degré d'intention était nécessaire pour établir la responsabilité. Elle donne l'explication suivante :

[TRADUCTION]

Le critère devrait-il viser le demandeur qui veut causer un préjudice ou qui a l'intention de provoquer la rupture d'un contrat sans nécessairement avoir voulu le dommage qui en résulte? L'insouciance à l'égard du fait qu'un dommage a ou non été causé devrait-elle suffire? Qu'en est-il de la simple prévisibilité du dommage ou du préjudice? [p. 504]

[26] Les trois appels entendus dans l'affaire *OBG* ont donné à la Chambre des lords la possibilité d'examiner la confusion entourant les deux délits intentionnels. C'est

lord Hoffmann qui a rédigé les motifs de la majorité et son énoncé des principes pertinents a en grande partie emporté l'adhésion des quatre autres juges (l'application de ces principes à des situations précises a donné lieu à certains désaccords). J'expliquerai sous peu les différences d'opinion entre lord Hoffmann et lord Nicholls. Pour l'instant, la décision de lord Hoffmann est déterminante en ce qui concerne la façon dont Leurs Seigneuries ont tiré au clair les deux délits économiques intentionnels.

[27] Pour ce qui concerne la distinction entre le délit d'incitation à rupture de contrat et le délit d'atteinte illicite, lord Hoffmann a identifié quatre différences fondamentales. Premièrement, le délit d'atteinte par un moyen illicite suppose des agissements primaires alors que le délit d'incitation envisagé dans l'arrêt *Lumley c. Gye* engage la responsabilité subsidiaire. Le demandeur poursuit la personne qui a rompu le contrat pour la rupture du contrat (responsabilité principale). La personne qui a incité l'autre personne à rompre le contrat fait l'objet d'une poursuite en responsabilité délictuelle (responsabilité subsidiaire). Si le demandeur n'est pas indemnisé par un des défendeurs, il peut l'être par l'autre. Deuxièmement, le délit d'atteinte par un moyen illicite comporte comme condition préalable que le défendeur doit avoir eu recours à un moyen illicite en soi, mais il n'en va pas de même pour le délit dont il était question dans l'affaire *Lumley c. Gye*, lequel peut supposer, et suppose souvent, une conduite licite en soi (la persuasion par la douceur). Troisièmement, le délit examiné dans l'arrêt *Lumley c. Gye* dépend de l'existence d'une rupture de contrat, ce qui n'est pas le cas du délit d'atteinte par un moyen illicite. Il est fort possible que l'atteinte empêche la formation du contrat ou sa bonne exécution, auquel cas il n'y pas eu rupture à proprement parler. Quatrièmement, la question de l'intention de porter atteinte est traitée différemment selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre délit. Le délit examiné dans l'affaire *Lumley c. Gye* concerne essentiellement l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat et non pas la question de savoir s'il y avait ou non une intention de causer un préjudice au demandeur, comme cela est le cas au regard du délit d'atteinte par un moyen illicite. Comme l'explique succinctement la professeure O'Sullivan : [TRADUCTION] « Cela signifie que la responsabilité du défendeur est engagée en vertu de l'arrêt *Lumley c. Gye* même si sa seule motivation était de faire un profit et non de causer une perte au

demandeur, tout comme c'était sans doute là, peut-on imaginer, l'état d'esprit de l'impresario Gye lorsqu'il a persuadé la diva de venir à son théâtre » (p. 505). Par ailleurs, le délit d'atteinte par un moyen illicite concerne avant tout l'intention de causer un préjudice au demandeur.

[28] Il y a deux aspects de l'arrêt *OBG* qui sont cruciaux pour les fins du présent appel. Le premier ressortit à la définition de l'expression « moyen illicite ». Le deuxième concerne le sens du mot « intention » dans le cadre des deux délits intentionnels. J'examinerai ces deux aspects dans l'ordre susmentionné. Puisque c'est lord Hoffmann qui a écrit au nom de la majorité sur la question de la définition du moyen illicite, je commencerai par son énoncé de cette définition :

[TRANSDUCTION]

À mon avis, et à une seule réserve près, les actes commis à l'endroit d'un tiers ne sont illicites que s'ils sont susceptibles d'action de la part de ce tiers. La réserve en question est que ces actes constituent également un moyen illicite si la seule raison pour laquelle ils ne sont pas susceptibles d'action est que le tiers n'a subi aucune perte.

[Par. 49]

[29] La réserve dont s'accompagnait la définition était justifiée par le fait que dans les cas où il y a eu intimidation par le défendeur des clients potentiels du demandeur, les menaces ne donnent habituellement pas naissance à une cause d'action que pourraient invoquer les clients parce qu'ils n'ont subi aucune perte. Par-dessus tout, la définition de lord Hoffmann exclut complètement la violation d'un texte législatif et tout particulièrement la violation d'une loi criminelle. Suivant le raisonnement de lord Hoffmann, il [TRANSDUCTION] « n'appartient pas aux tribunaux de créer une cause d'action à partir d'une disposition d'ordre réglementaire ou criminel alors que le législateur n'a pas voulu que cette disposition donne ouverture à poursuite en droit privé » (par. 57). À l'appui de sa position, lord Hoffmann a invoqué deux justifications. En premier lieu, il a fait observer que la common law s'est traditionnellement montrée hésitante à se mêler d'énoncer des règles en matière de « concurrence loyale » et a laissé la formulation de ces règles au législateur. En deuxième lieu, [TRANSDUCTION] « les

tribunaux devraient se montrer tout aussi prudents avant d'étendre la portée d'un délit qui ne visait qu'à assurer la conformité avec les normes fondamentales d'un comportement civilisé en matière de concurrence économique, entre commerçants ou entre employeurs et salariés » (par. 56). Lord Hoffmann a clos son énoncé en faisant état d'un pressentiment selon lequel [TRADUCTION] « il y a un risque que [le délit] fournisse une cause d'action fondée sur des actes qui ne sont transgressifs qu'en ce sens, non pertinent, qu'un tiers a le droit de se plaindre s'il choisit de le faire » (par. 56).

[30] Lord Nicholls a lui aussi examiné le sens qu'il faut attribuer au critère dit du « moyen illicite ». Il a commencé son analyse minoritaire en reconnaissant qu'il existe deux opinions en ce qui concerne la portée de cette expression. La première veut que l'adjectif « illicite » s'entende de tous les actes qu'une personne n'est pas autorisée à accomplir. Il s'agit d'une distinction entre ce que l'on a le droit de faire et ce que l'on n'a pas le droit de faire. Ce point de vue englobe [TRADUCTION] « les délits civils de common law, les délits civils d'origine législative, les crimes, les ruptures de contrat, l'abus de confiance, les violations d'obligations en equity et ainsi de suite » (par. 150) et il est lié à la décision de lord Reid dans l'affaire *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (Ch. des lords). Lord Nicholls a ensuite exposé l'autre opinion, celle qui veut que l'adjectif « illicite » ne désigne que les transgressions civiles. Il existe une variante de cette opinion selon laquelle l'expression « moyen illicite » désigne uniquement les délits civils et les violations et ruptures de contrat. Lord Nicholls a ensuite expliqué que ces différentes opinions sont fondées sur des perceptions différentes des raisons qui sous-tendent le délit d'atteinte par un moyen illicite. Suivant la perspective plus large, le délit [TRADUCTION] « vise à réprimer toute conduite qui est clairement excessive » (par. 153). La [TRADUCTION] « conduite excessive » serait une conduite qui est inacceptable. Toutefois, lord Nicholls n'arrête pas là son analyse de ce point précis. Sa conclusion finale est la suivante :

[TRADUCTION]

Pour ces motifs, je souscris à la démarche de lord Reid et de lord Devlin et je préfère l'interprétation plus large de l'expression « moyen illicite ». Dans ce contexte,

l'expression « moyen illicite » s'entend de tous les actes que le défendeur n'est pas autorisé à accomplir, que ce soit en droit civil ou en droit criminel.

[Par. 162]

[31] Compte tenu du passage qui précède, la seule différence d'opinion entre lord Hoffmann et lord Nicholls quant au sens de l'expression « moyen illicite » tient à la question de savoir si ce concept doit englober les violations du droit criminel qui, en général, ne sont pas susceptibles d'action. (Je suppose que lord Nicholls voulait aussi que la violation d'un texte législatif constitue un moyen illicite, mais le passage cité ci-dessus laisse entendre le contraire.) Il devrait être évident que ces divergences d'opinion n'ont aucune incidence sur l'issue de la présente instance parce que la conduite contestée en l'espèce n'est pas une conduite adoptée à l'endroit d'un tiers qui comporterait la violation d'un texte législatif, de nature criminelle ou non.

[32] Comme je l'ai souligné au début, dix mois plus tard, la Chambre des lords a adopté la position voulant que pour les fins du délit civil de complot, il ne soit pas nécessaire que les actes contestés (savoir la conduite criminelle) soient susceptibles d'action de la part du tiers : voir l'arrêt *Total Network SL c. Her Majesty's Revenue and Customs Commissioners*, précité, et voir aussi l'arrêt *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*. En faisant cette constatation, je ne veux nullement laisser entendre que les décisions de Leurs Seigneuries sont incompatibles ou irréconciliables, puisque Leurs Seigneuries écartent effectivement l'arrêt *OBG*. La question de savoir si les raisons qui sous-tendent la distinction sont convaincantes est une question que je laisse à d'autres le soin d'examiner. Toutefois, l'issue finale de l'affaire *Total Network* ne semble pas faire l'objet d'une grande controverse : voir l'article de Janet O'Sullivan, intitulé « Unlawful Means Conspiracy in the House of Lords », [2008] C.L.J. 459.

[33] L'autre question examinée dans l'arrêt *OBG*, et qui est directement pertinente pour les fins du présent appel, est celle de la preuve de l'intention pour ce qui concerne à la fois le délit d'atteinte par un moyen illicite et le délit d'incitation à rupture. Sur cette question, lord Hoffmann et lord Nicholls sont d'accord, mais c'est lord Hoffmann qui en a traité plus en profondeur. Incidemment, ceux et celles qui sont appelés

à se pencher sur cette question se concentrent habituellement sur le paragraphe 62 de ses motifs, à l'exclusion de l'analyse qu'il a faite de la question de l'intention lorsqu'il a tranché un des trois appels (*Douglas c. Hello! Ltd.*). Au paragraphe 62, lord Hoffmann a établi une distinction entre l'intention requise pour ce qui concerne chacun des deux délits économiques :

[TRADUCTION]

Enfin, il y a la question de l'intention. Pour ce qui concerne le délit dont il est question dans l'arrêt *Lumley c. Gye*, il doit y avoir une intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. Dans le cas du délit d'atteinte par un moyen illicite, il doit y avoir une intention de causer une perte. Les fins qui doivent avoir été voulues sont différentes. L'affaire *South Wales Miners' Federation c. Glamorgan Coal Company Limited*, [1905] AC 239, montre qu'une personne peut avoir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat sans avoir l'intention de causer une perte. De même, une personne peut avoir l'intention de causer une perte sans avoir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat. Toutefois, la notion d'intention est, dans les deux cas, la même. Il faut, dans les deux cas, faire la distinction entre les fins, les moyens et les conséquences. Une personne a l'intention de causer une perte même si c'est le moyen utilisé qui lui a permis d'arriver à ses fins, savoir s'enrichir. Par ailleurs, une personne n'est pas responsable d'une perte qui n'est ni un objectif souhaité ni un moyen de l'atteindre mais simplement une conséquence prévisible de ses actes.

[Par. 62]

[34] Il faut reconnaître que le passage qui précède consiste en des remarques générales faites dans le contexte des deux délits économiques intentionnels en question. Ce que nous ne saurions négliger, c'est l'analyse subséquente de lord Hoffmann qui traite de la question de l'intention dans le contexte d'un des trois appels entendus dans l'affaire *OBG (Douglas v. Hello! Ltd.)*. À cette étape, lord Hoffmann parlait de l'intention dans le cadre du délit d'atteinte illicite. Dans son analyse, Sa Seigneurie a fait une mise en garde contre l'attribution d'un sens artificiellement étroit au concept d'intention. Il a ensuite souligné qu'il existe deux façons de restreindre la portée du délit d'atteinte illicite : l'une consiste à définir le sens de l'expression « conduite illicite » d'une façon étroite et l'autre,

à définir le sens de l'expression « intention de causer un préjudice » d'une façon étroite. Ce que lord Hoffmann estimait dangereux, c'était que l'on puisse attribuer un sens large au concept exprimé par l'adjectif illicite, ou concept d'illégalité, pour donner ensuite un sens artificiellement étroit au concept d'intention. Le cadre qu'il a établi prescrit l'adoption d'une définition étroite de la conduite illicite et d'une définition large de l'intention de causer un préjudice. Voici ce qu'a dit lord Hoffman :

[TRADUCTION]

L'analyse de l'intention qu'a faite la Cour d'appel illustre à mon avis le danger qu'il y a à donner un sens large au concept de moyen illicite et à ensuite essayer de restreindre la portée de ce délit en donnant un sens étroit au concept d'intention. Cela a pour effet de permettre à quiconque, ou presque, a effectivement employé un moyen illicite à l'encontre d'un tiers afin de causer un préjudice au demandeur d'affirmer qu'il ou elle avait uniquement l'intention de s'enrichir, ou de se protéger contre une perte. La bonne façon de confiner le délit à des limites raisonnables consiste à ne pas étendre la notion de moyen illicite au-delà de ce qui était envisagé dans l'arrêt *Allen c. Flood*, au lieu de donner un sens artificiellement étroit au concept d'intention. [Par. 135]

[35] Il va sans dire que le défendeur peut avoir l'intention de causer un préjudice au demandeur qu'il s'agisse d'une fin en soi ou d'un moyen de parvenir à une fin. Le premier cas se poserait dans la situation où le défendeur a porté atteinte aux rapports commerciaux du demandeur par dépit ou par malveillance, comme peut le révéler l'existence d'une rancune. Nous ne voyons pour ainsi dire jamais d'affaire de ce genre se frayer un chemin jusqu'à l'étape de la mise au rôle. En même temps, le droit est clair : une conclusion de malveillance ou d'intention de nuire n'est pas une condition préalable à l'établissement de la responsabilité en ce qui concerne les délits intentionnels. L'arrêt *South Wales Miners' Federation c. Glamorgan Coal Company Limited*, [1905] A.C. 239 (Ch. des lords), appuie la proposition selon laquelle le fait que le défendeur ait agi de bonne foi ou sans malveillance ne constitue pas une défense opposable à une action pour incitation à rupture de contrat. Dans l'arrêt *OBG*, lord Hoffmann a souligné que certains auteurs avaient exprimé le regret que le [TRADUCTION] « motif

répréhensible » n'ait pas été adopté en droit anglais comme motif engageant la responsabilité, comme c'est le cas en Allemagne et dans certains ressorts aux États-Unis, mais s'est dit d'accord avec les commentateurs britanniques pour conclure que [TRADUCTION] « nous sommes bien mieux sans lui » (par. 14). D'un autre côté, l'intention de causer un préjudice comme moyen de parvenir à une fin trouve son illustration dans les instances où le défendeur a recouru à l'intimidation pour dissuader des clients potentiels de faire affaire avec le demandeur dans le but de forcer ce dernier à faire quelque chose qu'il ne ferait par ailleurs pas. L'exemple classique est le syndicat qui intimide les clients potentiels d'un employeur dans l'espoir de syndiquer les travailleurs de l'employeur. Dans d'autres cas, il se peut que le défendeur ait adopté une conduite illicite dans le seul but de récolter le profit ou l'avantage qui serait par ailleurs accru au demandeur. Dans ce dernier cas, le préjudice est considéré être le moyen de parvenir à l'objectif souhaité et [TRADUCTION] « pas simplement une conséquence prévisible des actes ainsi accomplis » (lord Hoffmann, au par. 134).

[36] Lord Nicholls a succinctement exprimé son interprétation de l'intention requise d'une manière qui s'accordait avec celle de lord Hoffmann. Lord Nicholls a expliqué que lorsque le défendeur cherche à favoriser son propre intérêt en adoptant une ligne de conduite dont il sait qu'elle sera nécessairement préjudiciable au demandeur, le gain du défendeur et la perte du demandeur sont inséparablement liés. Lord Nicholls a conclu que si le défendeur ne peut obtenir l'un sans causer l'autre, son état d'esprit établit l'intention pour les fins du délit d'atteinte illicite (par. 67).

[37] Pour illustrer dans la pratique la démarche plus large retenue par lord Hoffmann en ce qui concerne la question de l'intention, il faut se reporter à la façon dont il a tranché l'appel dans l'affaire *Douglas c. Hello! Ltd.* Les faits essentiels de cette affaire sont les suivants. Michael Douglas et Catherine Zeta-Jones avaient accordé à la revue *OK! Magazine* le droit exclusif de publier des photos de leur mariage prochain moyennant la somme de 1 million de livres, l'ayant préférée au magazine concurrent *Hello!*. Aux termes de l'entente, les Douglas avaient convenu de retenir les services du photographe et de faire leur possible pour s'assurer que personne d'autre ne prendrait des

photos. Sans que les Douglas y soient pour quelque chose, un photographe pigiste avait réussi à s'infiltrer dans la noce, avait pris des photos et en avait vendu six au magazine *Hello!* pour la somme de 125 000 £. *OK!* ne pouvait donc poursuivre *Hello!* pour incitation à rupture de contrat, et elle ne l'a pas poursuivi, puisque les Douglas n'avaient pas rompu leur contrat avec *OK!*. Les photos non autorisées avaient ensuite été publiées avant que *OK!* ne publie ses photos autorisées. *OK!* a poursuivi *Hello!* pour abus de confiance et pour avoir causé une perte par un moyen illicite.

[38] La Chambre des lords a accueilli l'action engagée par *OK!* pour abus de confiance tout en confirmant la décision du juge du procès de rejeter la demande pour atteinte illicite. Toutefois, lord Hoffmann a estimé que le juge du procès et la Cour d'appel avait tous les deux commis une erreur en rejetant la demande pour le motif que *Hello!* n'avait pas l'intention de causer une perte à *OK!*. Les deux tribunaux intermédiaires avaient fondé leur décision sur le témoignage du rédacteur en chef du magazine *Hello!*. Celui-ci avait témoigné qu'il voulait seulement défendre sa publication contre les dommages qu'elle pourrait subir parce qu'il n'avait pas obtenu le droit exclusif de publier, celui-ci ayant été accordé à *OK!*. Lord Hoffmann a rejeté cet argument. Il a conclu que *Hello!* savait que les gains susceptibles d'être tirés de la publication des photos non autorisées se traduiraient par une perte correspondante pour *OK!*. Cela a amené lord Hoffmann à tirer la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Le dommage causé à *OK!* a été le moyen de parvenir à l'objectif souhaité [par le rédacteur en chef] et pas simplement une conséquence prévisible des actes ainsi accomplis » (par. 134).

[39] Puisque l'intention requise de causer un préjudice avait été établie dans l'affaire *Douglas c. Hello! Ltd.*, force est de se demander pourquoi la demande pour atteinte illicite a été rejetée. Chose curieuse, si lord Hoffmann a rejeté l'appel, ce n'est pas pour le motif que la conduite reprochée n'était pas susceptible d'action en soi (illicite). Il a rejeté l'appel parce que la publication des photos ne constituait pas une atteinte aux rapports contractuels entre les Douglas et *OK!*. Pour dire les choses autrement, ni le photographe ni *Hello!* n'avaient fait quoi que ce soit pour porter atteinte à la liberté des Douglas de traiter avec *OK!* ou empêcher ces derniers d'exécuter leurs

obligations respectives en vertu du contrat. Selon lord Hoffmann : [TRADUCTION] « Tout ce qu'ils ont fait a été de rendre les droits que le contrat conférait à *OK!* moins rentables qu'ils l'auraient par ailleurs été » (par. 129). Cette conclusion doit être précisée davantage.

[40] L'analyse de lord Hoffmann met en lumière la distinction entre un acte contesté qui porte atteinte aux rapports contractuels entre le demandeur et un tiers et une conduite qui ne fait que compromettre la rentabilité de leurs rapports contractuels. Je m'explique. Dans ses motifs, lord Hoffmann souligne que l'expression [TRADUCTION] « moyen illicite » ne désigne pas les actes commis à l'endroit d'un tiers qui peuvent être illicites mais qui n'entravent pas sa liberté de traiter avec le demandeur. Sa Seigneurie a cité comme exemple l'arrêt *RCA Corporation c. Pollard*, [1983] Ch. 135 (C.A.). Dans cette affaire, la demanderesse avait le droit exclusif d'exploiter des disques enregistrés par Elvis Presley. Le défendeur vendait des [TRADUCTION] « enregistrements clandestins » faits à des concerts d'Elvis Presley sans le consentement de la demanderesse. Cela contrevenait à la législation en vigueur qui faisait du « piquage » un acte criminel et donnait aux artistes come Elvis Presley une cause d'action directe contre le défendeur, mais ne disait rien à propos des personnes se trouvant dans la situation de RCA. La Cour d'appel de l'Angleterre a conclu qu'une violation de la loi ne fournissait pas de cause d'action à RCA. Toutefois, lord Hoffmann est allé plus loin et a souligné que le défendeur n'avait pas porté atteinte aux rapports contractuels entre la succession et RCA. Le défendeur n'avait fait que compromettre la rentabilité du contrat de RCA et, à lui seul, ce fait ne constituait pas une justification autorisant RCA à engager une poursuite pour atteinte illicite. En somme, une conduite qui ne fait qu'enlever de la valeur à des droits contractuels n'est pas susceptible d'action. Il faut qu'il y ait atteinte à l'exécution d'obligations contractuelles. Bien que lord Hoffmann ait été en train d'examiner la question de savoir si la définition de l'expression « moyen illicite » devrait englober la violation d'un texte législatif ou d'une loi criminelle et bien qu'il ait conclu qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de créer une cause d'action à partir d'une disposition d'ordre réglementaire ou criminel alors que le législateur n'a pas voulu que cette disposition donne ouverture à poursuite en droit privé, la notion voulant que le délit

d'atteinte par un « moyen illicite » ne soit pas prouvé parce que l'atteinte se rapporte à la rentabilité du contrat est bien en évidence dans les motifs.

[41] Lord Nicholls a rejeté la demande déposée par *OK!* pour abus de confiance. Il a aussi rejeté la demande pour atteinte illicite, mais pour une raison différente de celle qu'a invoquée lord Hoffmann. Lord Nicholls a estimé que la seule conduite susceptible d'être assimilable à un « moyen illicite » était l'intrusion commise par le photographe qui avait pris les photos non autorisées. Puisqu'il n'était pas le mandataire de *Hello!*, la demande en responsabilité délictuelle devait échouer. Les trois autres juges n'ont pas exprimé d'opinion sur les raisons pour lesquelles l'appel interjeté dans l'affaire *Douglas c. Hello! Ltd.* devait être rejeté. Leurs analyses respectives étaient davantage centrées sur le délit relativement récent qu'est l'abus de confiance.

[42] Sur ce, il est à propos de mentionner l'autre appel formé devant la Chambre des lords et se rapportant au délit d'atteinte illicite. Dans l'affaire *OBG Ltd. c. Allan*, [2005] EWCA Civ. 106, les défendeurs étaient des séquestres censément nommés en vertu d'une charge flottante qui, avait-on reconnu, n'était pas valide. Agissant de bonne foi, ils avaient pris le contrôle de l'actif et des opérations de la compagnie demanderesse et avaient ensuite résilié des contrats que la demanderesse avait passés avec des tiers. La compagnie (OBG) a prétendu que cette conduite non seulement constituait une atteinte immobilière et un détournement de ses chattels, mais était aussi susceptible d'action au regard du délit d'atteinte illicite aux rapports contractuels. La compagnie a prétendu que les défendeurs devaient être tenus à des dommages-intérêts égaux à la valeur de l'actif et des opérations, y compris la valeur des demandes fondées sur les contrats, à la date de leur nomination. Une prétention subsidiaire fondée sur le détournement a aussi été avancée. Le juge du procès a accepté la demande pour atteinte illicite. La Cour d'appel a infirmé cette décision à la majorité.

[43] Lord Hoffmann a sommairement confirmé la décision majoritaire de la Cour d'appel pour le motif que les séquestres n'avaient ni employé un moyen illicite ni eu l'intention de faire subir une perte quelconque à la compagnie. Il s'est aussi demandé

si le critère de la cause prochaine avait été établi, parce qu'OBG avait subi une perte, qu'elle n'aurait pas par ailleurs subie, du fait de la nomination erronée des séquestres. Une dernière observation s'impose à propos de l'arrêt *OBG Ltd. c. Allan*. Lord Hoffmann a reconnu que c'était à bon droit que tous les juges qui en avaient été saisis avaient rejeté la demande pour détournement. Sur ce point, lord Hoffmann a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « À la lumière de ce qui précède, n'est-il pas vrai, Vos Seigneuries, que ce serait une mesure extraordinaire que d'élargir soudainement la portée de cet ancien délit qu'est le détournement aux fins d'engager, pour une perte purement financière, la responsabilité stricte de séquestres qui ont été nommés et ont agi de bonne foi » (par. 99).

VI. Le cadre canadien

[44] À vrai dire, il est trompeur de parler d'un cadre canadien. La Cour suprême du Canada n'est pas encore intervenue dans le débat concernant les principes qui devraient sous-tendre les délits intentionnels. Il existe quelques instances plus anciennes qui sont très éloignées des questions qui nous occupent ici : *Roman Corp. c. Hudson's Bay Oil & Gas Co.*, [1973] R.C.S. 820, [1973] A.C.S. n° 70 (QL), et *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, [1960] A.C.S. n° 6 (QL). Le délit de complot a été examiné dans l'arrêt *Ciments LaFarge c. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 R.C.S. 452, [1983] A.C.S. n° 33 (QL). Voir aussi l'arrêt *La Reine (Can.) c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, [1983] A.C.S. n° 14 (QL), pour ce qui concerne l'incidence de la violation d'un texte législatif sur une cause d'action civile.

[45] Le droit canadien est en grande partie constitué d'un ensemble de décisions provinciales qui cherchent à saisir les principes du droit anglais et à concilier des décisions qui, parfois, sont inconciliables. C'est peu dire que de reconnaître que les tribunaux canadiens se sont largement appuyés sur la jurisprudence anglaise, malgré des renvois occasionnels à la doctrine et à la jurisprudence américaines, lesquelles s'inspirent aussi de la jurisprudence anglaise. Comme l'a fait observer l'avocat qui écrivait dans la

revue *The Lawyers Weekly* : [TRADUCTION] « Certaines des règles de droit sont archaïques. Jusqu'à récemment, peu d'entre elles étaient canadiennes et une grande partie d'entre elles sont difficiles à comprendre » [Peter Wardle, le 14 octobre 2011]. Par ailleurs, un certain nombre d'auteurs nous ont éclairés sur ce domaine du droit. Le professeur G.H.L. Fridman, dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts in Canada*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Reuters, 2010), donne un aperçu historique du délit d'atteinte par un moyen illicite, y compris la décision rendue dans l'affaire *OBG* et plusieurs des décisions de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans son ouvrage intitulé *Tort Law*, 4^e éd. (Toronto : Thomson Canada, 2008), le professeur Klar propose une analyse approfondie. Plus récemment, les professeurs Burns et Blom ont examiné les délits économiques dans leur ouvrage intitulé *Economic Interests in Canadian Tort Law* (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009).

[46] Il vaut la peine de prêter attention à un article publié en 1980 dans la *Revue du Barreau canadien*, dont l'auteur est le professeur Peter Burns : « Tort Injury To Economic Interests: Some Facets Of Legal Response », (1980) 58 R. du B. can. 103. En 1980, le professeur Burns avait déduit que le délit civil consistant à causer un dommage par des moyens illicites comporte trois éléments fondamentaux : a) une intention de la part du défendeur de causer un dommage au demandeur; b) une perte financière ou un préjudice subséquent; c) la présence de moyens illicites dans la conduite du défendeur (p. 141). Toutefois, le professeur Burns a ensuite posé la question de savoir si le droit reconnaît réellement un délit consistant dans l'infliction délibérée d'un dommage par un moyen illicite. Il a aussi fait observer que les juges canadiens ont adopté la doctrine du « moyen illicite » avec une [TRADUCTION] « vigueur » égale à celle de leurs homologues anglais. En ce qui concerne la portée de la condition voulant qu'il y ait eu recours à un moyen illicite, le professeur Burns a fait observer qu'une conduite délictueuse, et même la violation d'une loi, pourraient satisfaire à cette condition. Il a cependant conclu sur l'observation suivante : [TRADUCTION] « Le plus souvent, toutefois, la détermination de ce qui constitue un moyen illicite a été faite de façon ponctuelle » (p. 141).

[47] Il vaut également la peine de souligner la décision de lord Denning, qui fait autorité, dans l'affaire *Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins and Others*, [1969] 1 All E.R. 522 (C.A.), parce que la façon dont il y traite la question du moyen illicite a été un pilier de la jurisprudence canadienne. Là aussi, lord Denning a confirmé la distinction entre l'atteinte directe et indirecte et la proposition selon laquelle le demandeur a seulement à établir l'existence d'un moyen illicite dans une instance où il y a eu atteinte indirecte. En ce qui concerne la question de savoir ce qui est ou n'est pas illicite, voici ce que le maître des rôles avait à dire :

[TRADUCTION]

Je dois dire un mot à propos des moyens illicites parce que cela fait intervenir un autre principe. À mon avis, si une personne, par des moyens illicites, c'est-à-dire par des actions qu'elle n'a pas le droit de faire, empêche délibérément une autre d'exercer sa profession ou son commerce, elle commet de ce fait un acte illégal, même si elle ne commet pas une rupture de contrat ou n'incite pas à celle-ci. Si le moyen est illicite, cela suffit. [p. 530]

[C'est moi qui souligne.]

[48] Toutefois, le passage cité ci-dessus n'est pas complet. Lord Denning a ensuite donné deux exemples d'une conduite illicite qui est, dans les deux cas, susceptible d'action en common law : l'intimidation et l'incitation à rupture de contrat. D'ailleurs, si l'on appliquait les principes énoncés dans l'arrêt *OBG* à l'affaire *Torquay*, il semblerait que le résultat serait aujourd'hui le même si nous ne tenions aucun compte de l'incidence de la législation du travail. Dans l'affaire *Torquay*, le syndicat des transports avait donné comme directive à ses membres, qui étaient des chauffeurs et employés d'Esso, de ne pas livrer de mazout à l'hôtel Imperial, ce qui contrevenait à leur contrat de travail. Puisque le contrat intervenu entre Esso et l'hôtel Imperial contenait une clause de force majeure régissant les conflits de travail, le défaut d'Esso de livrer du mazout n'avait pas entraîné la rupture du contrat d'approvisionnement sous-jacent. Suivant l'arrêt *OBG*, l'action de l'hôtel contre le syndicat des transports aurait pu être recevable parce que le tiers (Esso) avait une cause d'action contre le syndicat pour avoir incité les chauffeurs à rompre leur contrat de travail avec Esso. En résumé, le syndicat des transports avait

employé un moyen illicite pour porter atteinte aux rapports contractuels entre l'hôtel Imperial et Esso. Par conséquent, l'action engagée par l'hôtel Imperial contre le syndicat pour utilisation d'un moyen illicite survivrait en vertu des principes de common law.

[49] Pour en venir rapidement à la fin des années 1990, nous constatons que la Cour suprême du Canada a rétabli la décision du juge Cumming dans l'affaire *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [1998] O.J. No. 2194 (Div. gén.) (QL), en ce qui concerne une question qui n'était pas directement pertinente pour les fins de sa décision relative aux délits intentionnels (voir [2001] 2 R.C.S. 983, [2001] A.C.S. n° 61, aux par. 12 et 13 (QL)). La décision rendue au procès, toutefois, comporte une analyse pénétrante du délit d'atteinte illicite à l'époque. Le juge Cumming a succinctement dissipé toute ambiguïté quant à l'existence de ce délit :

[TRADUCTION]

Jusqu'à récemment, la position générale adoptée en common law était qu'à moins d'une atteinte directe ou indirecte à un contrat existant, l'atteinte aux rapports économiques ne constituait pas un délit. Le raisonnement qui sous-tend cette position est qu'il existe un intérêt public important à maintenir et à faciliter la libre concurrence sur le marché. En 1964, toutefois, la Chambre des lords a confirmé le délit d'intimidation, lequel consiste à contraindre une personne, par des menaces illicites, à faire quelque chose ou à s'abstenir de faire quelque chose qu'elle était parfaitement en droit de faire; voir l'arrêt *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129. Ce délit est maintenant considéré comme l'illustration d'un délit émergent plus vaste, dont la portée est incertaine, que l'on peut qualifier de délit d'atteinte illicite aux rapports économiques ou délits commerciaux. [Par. 52]

[50] Le juge Cumming a également exposé ce qu'il estimait être les éléments essentiels du délit d'atteinte par un moyen illicite. Il en a mentionné six :

[TRADUCTION]

À mon avis, et c'est la conclusion que je tire, il existe en common law canadienne un délit civil que j'appellerai le délit d'atteinte illicite aux rapports

économiques. Les éléments du délit d'atteinte illicite aux rapports économiques sont les suivants : (1) un rapport commercial valide ou une attente de nature commerciale existe entre le demandeur et une tierce partie; (2) le défendeur est au fait de ce rapport commercial ou de cette attente; (3) l'entrave (ou l'atteinte) intentionnelle incite ou cause la fin du rapport commercial ou de l'attente; (4) l'ingérence s'opère par le recours à un moyen illicite; (5) l'ingérence du défendeur doit être la cause proche de la fin du rapport commercial ou de l'attente; et (6) le demandeur doit en subir une perte. [Par. 56]

[51] Un des points cruciaux de la décision *Sagaz* tient au fait que l'atteinte doit s'opérer par un moyen illicite. Puisque la défenderesse avait versé un pot-de-vin au tiers, la Cour a jugé qu'il y avait effectivement eu recours à un moyen illicite. Si nous appliquions l'arrêt *OBG*, toutefois, le résultat serait aujourd'hui différent parce que la corruption au moyen d'un pot-de-vin est un délit criminel (l'art. 426 du *Code criminel* traite des commissions secrètes), qui, si j'ai bien compris, n'est pas en soi susceptible d'action en common law.

[52] Dans l'affaire *Saskatchewan Financial Services Commission c. Mallard*, 2011 SKCA 38, [2011] S.J. No. 208 (QL), on a présenté au juge siégeant en cabinet (le juge d'appel Ottenbreit) l'argument voulant que la formulation de ce délit dans l'arrêt *OBG* n'ait pas été uniformément adoptée dans tout le Canada et on a invoqué à cet égard l'arrêt *Conway c. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392, [2008] A.J. No. 1262 (QL). Dans ce dernier arrêt, nulle mention n'est faite de l'arrêt *OBG*. La Cour d'appel de l'Alberta a uniquement mentionné la décision de la juge du procès, laquelle avait adopté une définition large de l'expression « moyen illicite », savoir celle énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Assn. of Canada*, [2003] O.J. No. 2062 (C.A.) (QL). Le juge qui siégeait en cabinet dans l'affaire *Mallard* était saisi d'une motion en autorisation d'interjeter appel du rejet d'une demande interlocutoire en vue d'obtenir la radiation d'un exposé de la demande comprenant une demande pour atteinte illicite à un contrat. La demande d'autorisation d'appel a été accueillie.

[53] L'Ontario est la province où les tribunaux ont eu à plusieurs reprises (sept pour être exact) la possibilité de se pencher sur les délits intentionnels au cours des quinze dernières années. Trois décisions sont antérieures à l'arrêt *OBG*. Ce sont les arrêts *Lineal Group Inc. (c.o.b. Samsonite Furniture) c. Atlantis Canadian Distributors Inc.*, [1998] O.J. No. 4499 (C.A.) (QL); *Reach M.D. Inc.*, précité; et *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, [2007] O.J. No. 1664 (QL). Collectivement, ces décisions adoptent une définition libérale de l'expression « moyen illicite ». La quatrième décision reconnaît l'existence de l'arrêt *OBG* mais n'aborde pas la question qui est examinée en l'espèce : voir l'arrêt *Ontario Racing Commission c. O'Dwyer*, 2008 ONCA 446, [2008] O.J. No. 2219 (QL). La décision suivante est l'arrêt *Correia c. Canac Kitchens*, précité. Pour les fins qui nous occupent, cette décision est importante parce que la Cour d'appel a pris soin de ne pas proposer une définition exhaustive de l'expression « moyen illicite » : [TRADUCTION] : « Nous soulignons que pour trancher la présente instance, il n'est pas nécessaire de définir dans le détail la portée de l'expression « moyen illicite » comme élément constitutif du délit d'atteinte intentionnelle aux rapports économiques » (par. 197). Cela m'amène à ce que je considère être la décision de principe de la Cour d'appel de l'Ontario, rédigée par le juge d'appel Goudge : l'arrêt *Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd.*, précité. Je suis parfaitement au courant de l'existence d'une autre décision de cette même Cour qui a été rendue dix jours plus tard et que d'aucuns estiment incompatible avec l'arrêt antérieur (*Barber c. Molson Sport & Entertainment Inc.*, 2010 ONCA 570, [2010] O.J. No. 3697 (QL)). Toutefois, et avec la plus profonde déférence, je considère néanmoins que les motifs du juge d'appel Goudge exposent le droit en vigueur en Ontario.

[54] Les motifs du juge d'appel Goudge dans l'arrêt *Alleslev-Krofchak* sont à la fois complets et convaincants. Comme la Cour dans l'arrêt *Correia*, toutefois, le juge Goudge se montre prudent lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la portée de la définition de l'expression « moyen illicite ». Il fait observer ceci :

[TRADUCTION]

À l'instar de la Cour dans l'arrêt *Correia*, je dirais qu'il peut y avoir certains aspects du concept de « moyen illicite » qu'il nous reste encore à définir pleinement. Plus précisément, il n'est pas nécessaire de définir pleinement, en l'espèce, la mesure dans laquelle les actes contestés doivent être susceptibles d'action de la part du tiers ou celle de savoir si, comme le laisse entendre lord Hoffmann, cette condition est assujettie à certaines réserves. [Par. 63]

Le contexte dans lequel cette mise en garde a tout d'abord été faite dans l'arrêt *Correia*, puis répétée dans l'arrêt *Alleslev-Krofchak*, est important parce qu'il y est question d'un autre aspect du délit d'atteinte illicite qui n'est pas examiné dans l'arrêt *OBG* si ce n'est peut-être une mention en passant dans les motifs de lord Nicholls (au par. 166). Je m'explique.

[55] Dans l'arrêt *Alleslev-Krofchak* et dans l'arrêt *Correia*, la Cour d'appel a dit ceci : [TRADUCTION] « Les délits intentionnels existent pour combler une lacune lorsqu'aucune action ne pourrait par ailleurs être engagée pour une conduite intentionnelle qui a causé un dommage par l'intermédiaire d'un tiers » (par. 107 de *Correia*, cité au par. 58 de *Alleslev-Krofchak*). Donc, pour constituer un « moyen illicite », les actes du défendeur ne peuvent être directement susceptibles d'action de la part du demandeur. Autrement dit, nul ne peut engager une poursuite pour atteinte illicite si la conduite qui est reprochée au défendeur est directement susceptible d'action de la part du demandeur. Une version tronquée et déformée des faits de l'affaire *Alleslev-Krofchak* permet d'illustrer l'application de cette réserve. La demanderesse, qui agissait par l'intermédiaire de sa société, avait passé un contrat afin de fournir des services de conseil à ARINC, laquelle avait ensuite passé un contrat prévoyant qu'elle fournirait les services de conseil de la demanderesse à la défenderesse Valcom, pour laquelle travaillaient les défendeurs Poulin et Lewis. Les défendeurs, Valcom, Poulin et Lewis, avaient diffamé la demanderesse dans le but d'amener ARINC à résilier le contrat de services de la demanderesse. ARINC avait plutôt résilié le contrat de services de conseil passé avec Valcom. La demanderesse avait poursuivi les défendeurs pour atteinte illicite en invoquant les commentaires diffamatoires qui avaient été faits à ARINC dans le but

d'obtenir la résiliation de son contrat de services de conseil. La Cour d'appel a conclu que puisque les déclarations diffamatoires étaient directement susceptibles d'action, le délit d'atteinte illicite n'avait pas sa place.

[56] Cela m'amène au point où notre Cour doit préciser les principes fondamentaux du délit d'atteinte par un moyen illicite. M'appuyant sur l'arrêt *OBG* et sur les précédents canadiens antérieurs, y compris la décision *Sagaz*, je proposerais le modèle général suivant qui pourrait, avec le temps, avoir besoin d'être précisé. Le demandeur doit établir ce qui suit : (1) l'existence d'un rapport commercial valide entre le demandeur et la tierce partie; (2) le défendeur était au fait ou aurait dû être au fait de ce rapport commercial; (3) l'ingérence du défendeur a empêché la formation d'un contrat ou son exécution dans des circonstances où il n'y a pas eu violation ou rupture d'un contrat existant; (4) la conduite reprochée au défendeur constitue un moyen illicite ou justifie un traitement exceptionnel; (5) le moyen illicite n'est pas directement susceptible d'action de la part du demandeur; (6) le défendeur avait l'intention de causer un préjudice au demandeur; et (7) la conduite du défendeur est la cause proche de la perte subie par le demandeur. Du point de vue du défendeur, ce cadre analytique devrait comprendre : (8) la défense de justification, qui nécessite quelques explications.

[57] Certaines décisions canadiennes parlent de la défense de justification comme d'une composante du cadre analytique. D'ailleurs, la jurisprudence plus ancienne de la Chambre des lords parle de l'incitation à rupture de contrat comme d'une transgression susceptible d'action à moins que l'atteinte à un droit légal puisse être justifiée : voir l'arrêt *South Wales Miners' Federation c. Glamorgan Coal Company Limited*, précité. Par contraste, l'arrêt *OBG* n'aborde pas ce sujet, si ce n'est qu'on y conclut que la malveillance n'est pas un élément essentiel des délits économiques. Autrement dit, [TRADUCTION] l'« absence de malveillance » ne peut servir de bouclier. Comme nous l'avons vu, notre Cour, dans l'arrêt *SAR Petroleum Inc. c. Peace Hills Trust Co.*, a examiné les principes énoncés dans l'arrêt *OBG* en ce qu'ils s'appliquaient au délit dont il est question dans l'arrêt *Lumley c. Gye*. Chose plus importante, *SAR Petroleum* permet la défense de justification lorsqu'il s'agit de la question de l'intention.

[58] Par exemple, le demandeur a passé un contrat avec un tiers, contrat que le tiers rompt par suite d'un acte du défendeur, dans des circonstances où le défendeur connaissait l'existence du contrat intervenu entre le demandeur et le tiers. De plus, il est clair que le défendeur savait que ses actes entraîneraient la rupture du contrat. Toutefois, il se trouve également que le défendeur et le tiers ont des rapports contractuels directs. Pour ce qui concerne le défendeur, la façon la plus rapide d'obtenir le rejet sommaire de la demande consiste à établir qu'il agissait dans l'exercice des droits que lui conférait le contrat passé avec le tiers et que par conséquent, bien que la rupture du contrat intervenu entre le tiers et le demandeur ait pu être le résultat inévitable ou prévisible des actes du défendeur, cela ne suffit pas pour engager sa responsabilité. On ne saurait s'opposer à ce qu'une personne serve ses propres intérêts lorsqu'elle le fait conformément à des droits contractuels qui sont évidents ou qui ont une certaine vraisemblance lorsqu'évalués à la lumière des principes d'interprétation ou de la jurisprudence. La décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Print N' Promotion (Canada) Ltd. c. Kovachis*, 2011 ONCA 23, [2011] O.J. No. 62 (QL), est pertinente à cet égard.

[59] En résumé, comment peut-on conclure qu'un défendeur avait l'intention requise d'inciter quelqu'un à rompre son contrat, lorsque tout ce que le défendeur a fait a été de servir ses propres intérêts en toute honnêteté aux termes d'un contrat auquel le demandeur n'était pas partie? Corrélativement, comment peut-on conclure à la responsabilité d'un défendeur pour atteinte aux rapports contractuels entre le demandeur et un tiers dans des circonstances où le défendeur sert ses propres intérêts en toute honnêteté conformément aux droits que lui confère un contrat? C'est ainsi que je conçois la défense de justification.

VII. Les questions à trancher

[60] En l'espèce, nous n'avons pas à examiner la question de savoir si une conduite non susceptible d'action liée à la violation d'une loi (criminelle ou non) relève de la définition de l'expression « moyen illicite ». Nous n'avons pas non plus, en l'espèce, à examiner la question de l'atteinte à un contrat qui compromet sa rentabilité,

par opposition à la capacité du tiers d'exécuter un engagement contractuel. Si l'on excepte ces questions, les moyens énoncés dans l'avis d'appel peuvent être regroupés sous six rubriques. Les appelants prétendent que le juge du procès a commis une erreur (1) dans la façon dont il a interprété l'entente de syndication; (2) en concluant que les appelants étaient la cause proche de la perte subie par les intimées; (3) en ne tenant pas compte du fait que les appelants n'étaient pas au courant ou suffisamment au courant des rapports contractuels des intimées avec des tiers (Bloomfield et Greenarm); (4) en concluant que les appelants avaient l'intention requise d'infliger un préjudice financier aux intimées; (5) en n'appliquant pas la définition étroite de l'expression « moyen illicite » énoncée dans l'arrêt *OBG* (savoir que la conduite contestée doit être susceptible d'action en soi); et (6) dans son évaluation des dommages-intérêts. J'examinerai ces questions dans l'ordre mentionné.

A. *L'interprétation erronée de l'entente de syndication*

[61] Les appelants prétendent que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'ils n'avaient pas de [TRADUCTION] « raison légitime » de déposer l'avis du droit de premier refus prévu à l'article 9.01 de l'entente de syndication. Ils prétendent que les intimées n'ont produit aucun élément de preuve établissant qu'une assemblée des investisseuses avait été tenue conformément à l'alinéa 6.03(d) aux fins d'approuver l'inscription du bien en vue de sa vente conformément à l'alinéa 9.02(e). Ils prétendent que puisque tel est le cas, la seule façon dont la majorité pouvait aliéner le bien était de le faire conformément à l'article 9.01, lequel confère à l'investisseuse minoritaire un droit de premier refus dans le cas où la majorité reçoit une offre d'achat. Cela amène les appelants à conclure que le dépôt de l'avis du droit de premier refus était [TRADUCTION] « justifié » et non pas [TRADUCTION] « illicite ». Cet argument doit être mis en contraste avec la conclusion factuelle du juge du procès selon laquelle la vente du bien avait été entreprise conformément aux dispositions de l'entente de syndication. De toute façon, l'alinéa 6.03(d) dispose que la décision d'inscrire le bien en vue de sa vente requiert l'approbation des investisseurs qui détiennent un intérêt de 60 % sur l'investissement. La conclusion du juge du procès selon laquelle les investisseuses

majoritaires s'étaient conformées aux dispositions de l'entente de syndication, ajoutée à la preuve que les intimées ont portée à notre connaissance, sont suffisantes pour trancher cet argument.

[62] Il y a, toutefois, un aspect du droit de premier refus sur lequel nous devons nous pencher. Dans le dossier déposé devant nous, on mentionne le principe qui voudrait qu'après que la majorité a proposé de vendre le bien à l'investisseuse minoritaire, laquelle a refusé l'offre en la laissant devenir caduque, le droit de premier refus a expiré. Cela est inexact. C'est un ensemble de circonstances différent de celui exposé à l'article 9.02 qui fait intervenir le droit de premier refus prévu à l'article 9.01. Ainsi, si la recherche d'une vente entamée en vertu de l'article 9.02 échoue et que la convention d'inscription immobilière expire, le droit de premier refus énoncé à l'article 9.01 demeure intact et continuerait de s'appliquer pour le cas où la majorité recevrait subséquemment une offre d'achat spontanée. Cela étant, on pourrait prétendre que le dépôt du droit de premier refus était conforme à l'entente de syndication et visait, en toute bonne foi, à préserver un droit d'origine contractuelle susceptible d'être exercé à une date ultérieure. Cet argument devrait toutefois être rejeté. Lorsque la majorité a fait intervenir l'article 9.02, Alan Schelew et A.I. Entreprises savaient que le droit de premier refus n'était pas applicable et pourtant ils ont quand même déposé l'avis du droit de premier refus. Le bon sens donne à penser qu'ils savaient forcément que cet avis allait constituer un obstacle pour les personnes vraiment intéressées à acheter l'immeuble d'habitation, que cet avis soit applicable ou non. La même chose est vraie en ce qui concerne le dépôt ultérieur du certificat d'affaire en instance. En bref, les appelants ne peuvent essayer de donner une certaine respectabilité à leurs actes en s'abritant derrière des droits d'origine contractuelle qui ne sont pas applicables.

B. *La cause proche*

[63] Les appelants prétendent que les intimées n'ont pas établi que la conduite reprochée aux appelants a été la cause proche de la décision de Bloomfield ou de Greenarm de mettre fin à leurs contrats de vente respectifs. À cette étape-ci, il importe

peu de savoir si la conduite contestée est « illicite ». Ce qui importe, c'est que la conduite contestée a trois sources : (1) le dépôt du droit de premier refus; (2) le dépôt du certificat d'affaire en instance; et (3) le refus de permettre à la majorité d'avoir accès au bâtiment afin que Greenarm puisse effectuer une inspection en compagnie de représentants de la SCHL. Cela nous amène à nous demander si c'est en raison d'un ou de plusieurs de ces actes que l'une ou l'autre des deux acheteuses potentielles a mis fin à son contrat à exécuter.

[64] L'argumentation des appelants a été soigneusement rédigée pour s'articuler autour de chacune des acheteuses potentielles. La première question posée est celle de savoir s'il y a des preuves suffisantes pour étayer la conclusion selon laquelle Bloomfield a résilié son contrat en raison des actes des défendeurs. Cette question est valable étant donné qu'aucun représentant de Bloomfield n'a témoigné au procès quant aux raisons qui sont à l'origine de sa décision de mettre fin au contrat trois semaines avant la date arrêtée pour sa clôture. La seule preuve documentaire produite aux fins d'exposer les raisons du retrait de Bloomfield est contenue dans une lettre d'une seule phrase écrite par Phil Fraser, pour le compte de Bloomfield. La lettre est ainsi rédigée : [TRADUCTION] « Étant donné l'incertitude de cette vente, nous ne sommes pas en mesure de confirmer le solde de notre financement et avons le regret de vous informer que nous ne procéderons pas à l'achat et que nous demandons le remboursement de notre dépôt ». Ni M. Fraser ni aucune autre personne associée à Bloomfield n'ont témoigné. Le juge du procès a dit que Tim Lyons, l'agent immobilier dont les services avaient été retenus afin de vendre le bien, a témoigné que la seule incertitude dont il ait eu connaissance est l'avis du droit de premier refus qu'avait déposé Alan Schelew. S'appuyant sur le témoignage de M. Lyons, le juge du procès a effectivement conclu que c'était en raison de l'avis déposé que Bloomfield s'était retirée de la vente. Les appelants prétendent que le juge du procès a commis une erreur en tirant cette conclusion. Leur argumentation est la suivante.

[65] Les défendeurs s'étaient opposés à ce que M. Lyons rende témoignage relativement au sens de la lettre. Le juge du procès a autorisé la question, mais a souligné

qu'une réponse fondée sur ce que les représentants de Bloomfield avaient dit à M. Lyons n'aurait pas la même valeur probante si ces mêmes représentants n'étaient pas appelés à témoigner; or ils ne l'ont pas été. Les appelants prétendent que le juge du procès a commis une erreur en admettant le témoignage de M. Lyons. Son témoignage n'est pas légalement pertinent pour ce qui concerne les raisons du retrait de Bloomfield et même s'il l'était, les appelants font valoir, à bon droit, que les réponses de M. Lyons constitueraient une preuve par ouï-dire qui serait inadmissible : voir l'ouvrage de Sopinka, Lederman et Bryant, intitulé *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009), au par 2.35. Je souscris à cette prétention. Il s'ensuit que les demanderessees n'ont pas établi l'existence d'éléments de preuve suffisants pour appuyer l'argument voulant que les actes d'Alan Schelew aient été la cause proche de la décision de Bloomfield de se retirer de l'opération de vente. La question de savoir si le juge du procès aurait ou non pu s'appuyer sur la preuve produite pour tirer une inférence raisonnable susceptible de fonder une conclusion de cause proche n'est pas une question à trancher dans le cadre du présent appel.

[66] Il nous reste à examiner la question de savoir si les actes d'Alan Schelew (accomplis pour le compte d'A.I. Enterprises) ont été la cause proche de la décision de Greenarm de mettre fin aux négociations en vue de l'achat de l'immeuble d'habitation. Essentiellement, l'argument invoqué veut que le juge du procès ait commis une erreur en ne tenant pas compte du lien temporel qu'il pouvait y avoir entre les actes illicites des appelants et la décision de Greenarm de mettre fin au contrat. Mentionnons incidemment que le même argument a été invoqué en ce qui concerne l'opération à laquelle Bloomfield était partie.

[67] L'argument des appelants n'est pas compliqué. La conduite contestée qui a pu être à l'origine de la décision de Greenarm de se retirer consiste en un ou plusieurs des trois actes mentionnés plus tôt : (1) le dépôt du droit de premier refus; (2) le dépôt du certificat d'affaire en instance; et (3) le refus d'autoriser l'accès au bâtiment. Les appelants affirment que seul l'enregistrement du droit de premier refus aurait pu avoir un lien causal, puisque les deux autres points soulevés ressortissent à une conduite qui est

postérieure à l'expiration de la convention d'achat-vente que Greenarm avait passée avec Joyce Avenue Apartments Ltd., laquelle agissait en qualité de mandataire des investisseuses conformément à l'entente de syndication.

[68] On se rappellera que le contrat avec Greenarm a été passé le 24 juillet 2001 et que la date de clôture y était fixée au 22 octobre 2001. Bien que le droit de premier refus ait été déposé le 25 mai 2000, il a ultérieurement été déclaré inopérant, le 24 août 2001, soit bien avant la clôture prévue de l'opération de vente. On pourrait en inférer que le dépôt du droit de premier refus n'a pas pu avoir d'incidence sur la décision de Greenarm de se retirer de l'opération. L'obstacle qu'aurait pu constituer le dépôt de l'avis du droit de premier refus aurait été levé. Cet argument fait problème à deux égards. Les représentants de Greenarm ont continué à négocier en vue de la vente bien après la date de clôture prévue dans la convention d'achat-vente. De plus, Alan Schelew a sollicité la révision judiciaire de la décision administrative qui avait déclaré inopérant le droit de premier refus. La révision de cette décision n'a été achevée qu'en 2002. Ces faits appuient la conclusion factuelle du juge du procès selon laquelle la conduite de M. Schelew (agissant pour le compte d'A.I. Enterprises) a été la cause proche de la vente manquée.

[69] L'argument des appelants va plus loin. Ils invoquent le fait que l'acte qui a consisté à déposer un certificat d'affaire en instance et le refus d'autoriser l'accès physique au bâtiment sont postérieurs à la date de clôture fixée dans la convention d'achat-vente. À mon avis, le défaut que présente l'argument des appelants tient à la prémisse implicite que Greenarm n'était plus intéressée par le bien parce que la convention d'achat-vente avait expiré. Malgré l'expiration du contrat à exécuter, Greenarm était toujours intéressée à acheter le bien et elle a persisté dans ses négociations en vue de son achat. C'est la raison pour laquelle Greenarm a demandé à accéder au bâtiment en compagnie de représentants de la SCHL, laquelle devait fournir le financement. La question n'est pas celle de savoir si la convention d'achat-vente était en vigueur, mais celle de savoir si, suivant la prépondérance des probabilités, Greenarm aurait acheté le bien n'eût été les actes des défendeurs, quelle qu'ait pu être la date de

clôture fixée dans la convention d'achat-vente. C'est ce qu'a conclu le juge du procès. Il n'a pas été établi que sa conclusion est entachée d'une erreur manifeste et dominante. Voici ce que le juge du procès avait à dire à propos du témoignage qu'a rendu Paul McNab, au nom de Greenarm :

[TRADUCTION]

M. McNab, de Greenarm, a expliqué qu'à un certain moment, il a espéré que le différend opposant Alan et les investisseuses majoritaires pourrait se régler et qu'il aurait ensuite consenti à des reports de la date de clôture, mais il ajoute qu'il est plus tard devenu évident à ses yeux que la clôture de l'opération n'aurait pas lieu en raison des efforts d'Allan et c'est alors qu'il a décidé de mettre fin à l'opération. [Par. 280]

[70] En somme, la raison qui sous-tend la décision de Greenarm de se retirer de l'opération tient entièrement à la conduite d'Alan Schelew. Les investisseuses majoritaires avaient une attente raisonnable selon laquelle Greenarm achèterait le bâtiment et cette attente a été frustrée en raison des actes d'Alan Schelew, agissant par l'intermédiaire d'A.I. Enterprises. Pour ces motifs, je dois rejeter les arguments des appelants fondés sur le lien « temporel » et la « cause proche ».

C. *La connaissance de l'existence des rapports commerciaux avec des tiers*

[71] L'argument des appelants qui ressortit à [TRADUCTION] l'« intention » comporte deux volets. Pour établir l'intention requise, le demandeur doit établir que : (1) le défendeur connaissait l'existence des rapports contractuels entre la partie demanderesse et le tiers; et (2) la conduite illicite visait délibérément le demandeur et avait pour but de lui causer un préjudice. Le premier volet de l'argument des appelants concernant l'intention regroupe les deux premiers critères du cadre analytique exposé ci-dessus. J'examine dès maintenant ce premier volet.

[72] On se rappellera que le demandeur doit établir : 1) l'existence d'un rapport commercial valide entre le demandeur et la tierce partie; (2) que le défendeur était au fait

de ce rapport commercial. La condition générale veut que le défendeur soit au courant de l'existence des opérations commerciales sous-jacentes entre le demandeur et le tiers. J'emploie l'expression « opérations commerciales » parce qu'en fait, les demanderesses et le tiers ont été incapables d'exécuter un contrat en raison de la conduite reprochée au défendeur. Or, il se trouve qu'en l'espèce, les demanderesses avaient passé un contrat à exécuter avec Greenarm et il y aurait donc lieu de se demander si les défendeurs connaissaient l'existence de ce contrat. Toutefois, les appelants reformulent la question pertinente en faisant valoir que : (1) Alan Schelew (A.I. Enterprises) ne savait pas que Bloomfield et Greenarm étaient les parties avec lesquelles la majorité avait passé des contrats à exécuter; et (2) ils ne connaissaient pas les détails de leurs contrats respectifs. En bref, les appelants prétendent qu'une personne ne peut porter atteinte à des rapports contractuels si elle ne sait pas avec qui le demandeur traitait. En toute déférence, la question que formulent les appelants est défectueuse.

[73] La preuve documentaire montre que dès le 19 octobre 2001, Greenarm était une acheteuse intéressée et une lettre écrite par Alan Schelew, à titre de président de Joyce Avenue Apartments Ltd., indique qu'il était au courant de l'intérêt manifesté par Greenarm. Toutefois, l'argument des appelants va plus loin puisqu'ils affirment que la condition voulant qu'ils aient été au courant des rapports contractuels englobe également les clauses du contrat auquel ils auraient porté atteinte. Il peut y avoir des situations où il est important de connaître l'identité précise du tiers et d'être au courant des clauses précises du contrat. C'était le cas dans l'affaire *SAR Petroleum Inc. c. Peace Hills Trust Co.*, précitée. Toutefois, cette instance se rapportait au délit d'incitation à rupture de contrat. Dans ce genre d'instance, le critère juridique ressortissant à l'intention est différent de l'exigence en matière d'intention lorsqu'il s'agit du délit d'atteinte par un moyen illicite. Dans les cas où le défendeur est accusé d'avoir incité quelqu'un à rompre son contrat, le demandeur doit établir [TRADUCTION] « l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat ». Dans les cas se rapportant au délit d'atteinte par un moyen illicite, le demandeur doit établir l'« intention de causer un préjudice au demandeur ». La différence immédiate entre ces deux critères, qui sont exprimés différemment, tient au fait que pour avoir l'intention d'inciter quelqu'un à rompre son contrat, le défendeur doit

à tout le moins connaître l'existence du contrat et peut-être en connaître les clauses. Les faits de l'affaire *SAR Petroleum* appuient cette position.

[74] Dans l'affaire *SAR Petroleum*, les entrepreneurs demandeurs avaient passé un contrat avec la Première nation d'Eel River Bar en vue de la construction d'un poste d'essence et d'un dépanneur. C'était la défenderesse, la Société de fiducie Peace Hills, qui apportait le financement nécessaire. Bien que le contrat de construction interdît les retenues de garantie, Peace Hills avait estimé, en s'appuyant sur des conseils juridiques, que les retenues de garantie étaient nécessaires aux termes de la convention de prêt. Les demandeurs n'avaient pas été payés intégralement et ils ont poursuivi Peace Hills pour avoir incité quelqu'un à rompre le contrat de construction en omettant de verser des avances en temps voulu. Une des questions soulevées était celle de savoir si les demandeurs avaient établi l'« intention » d'inciter quelqu'un à rompre le contrat de construction; c'est-à-dire si Peace Hills savait que ses actes entraîneraient la rupture du contrat de construction. D'après les faits, la réponse à cette question était affirmative. Peace Hills avait une copie du contrat en question et était réputée connaître l'existence de la disposition relative aux retenues de garantie. Toutefois, sa responsabilité n'a pas été engagée parce qu'elle s'était appuyée sur le contrat qu'elle avait passé avec l'emprunteuse pour imposer les retenues de garantie. S'appuyant sur des conseils juridiques, elle avait cherché à protéger ses intérêts commerciaux légitimes conformément à ce qu'elle croyait sincèrement être les droits que lui conférait le contrat passé avec l'emprunteuse. Dans ces circonstances, notre Cour a conclu que l'intention requise, celle d'inciter quelqu'un à rompre son contrat, n'avait pas été établie, bien qu'il fût prévisible que les actes de Peace Hills donneraient lieu à la rupture du contrat de construction.

[75] Pour en revenir aux faits qui nous occupent en l'espèce, il est évident que les appelants étaient conscients du fait que les investisseuses majoritaires essayaient d'effectuer une vente et que pour ce faire, il leur fallait attirer des acheteurs éventuels. Toutefois, l'identité des personnes qui pouvaient être intéressées à acheter le bien ou la question de savoir si la majorité avait passé un contrat obligatoire à exécuter n'avaient

aucune importance aux yeux d'Alan Schelew. Il a tout simplement fait ce qu'il pouvait pour s'assurer qu'aucune vente n'aurait lieu. En résumé, il savait que différentes personnes étaient en train de négocier avec les investisseuses majoritaires et cela suffit pour satisfaire à la condition juridique qui veut que le défendeur ait été au courant des rapports commerciaux de la partie demanderesse avec des tiers. Ce qui est plus important encore, on ne nous a pas montré pour quelle raison l'identité des acheteurs potentiels et les clauses d'un contrat à exécuter devraient avoir une incidence sur l'établissement du délit en question. Le fait d'avoir su qui étaient les parties concernées n'aurait pas amené les appelants à cesser leurs tentatives en vue de contrecarrer une vente éventuelle. Par conséquent, je ne suis pas disposé à souscrire à l'argument des appelants qui est fondé sur leur ignorance des clauses ou détails des contrats à exécuter passés avec Greenarm.

D. *L'intention de causer un préjudice*

[76] Il nous reste à examiner si le juge du procès a commis une erreur en concluant que les appelants avaient l'intention requise, celle de causer un préjudice financier aux investisseuses intimées. Les appelants prétendent que pour établir l'intention requise, le demandeur doit établir que la conduite illicite visait délibérément à infliger un préjudice financier au demandeur. Corrélativement, l'intention n'est pas établie si le préjudice était simplement un résultat accessoire ou prévisible de la conduite illicite du défendeur. Les appelants font valoir que la présente instance s'inscrit dans ce cadre et invoquent le paragraphe 62 des motifs rendus par lord Hoffmann dans l'arrêt *OBG*.

[77] J'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur. Cela est vrai eu égard à la mise en garde qu'a faite lord Hoffmann selon laquelle les tribunaux ne devraient pas en être réduits à refuser une mesure réparatoire pour la raison que la notion d'intention aurait un sens artificiellement étroit. Pour paraphraser lord Hoffmann, dont les propos ont été cités plus tôt, on peut assurément conclure que le préjudice causé aux investisseuses intimées a été le moyen de parvenir à l'objectif souhaité par les appelants, savoir empêcher la vente du bien, et pas simplement une conséquence prévisible des actes

ainsi accomplis. Si j'adapte les propos tenus par lord Nicholls, l'atteinte commise par les appelants leur a permis d'obtenir ce qu'ils voulaient aux dépens de ce que les autres investisseuses étaient légalement en droit de faire. J'estime qu'il s'agit en l'espèce d'un cas classique où le gain non matériel des appelants (c'est-à-dire le fait de conserver le bien) et la perte des intimées (l'incapacité de vendre le bien) étaient inséparablement liés. Le fait que la perte ait été une conséquence prévisible de la conduite des appelants (celle d'Alan Schelew) ne change rien à cette réalité.

E. *La conduite illicite*

[78] Pour répéter ce qui a été dit plus tôt, la seule différence d'opinion entre lord Hoffmann et lord Nicholls, quant au sens de l'expression « moyen illicite », consiste à savoir si ce concept doit englober les violations du droit criminel, et peut-être d'autres violations d'un texte législatif, qui ne sont généralement pas susceptibles d'action de la part du tiers. Ainsi, même si notre Cour devait adopter la définition large que donne lord Nicholls de l'expression « moyen illicite », les intimées ne peuvent échapper au critère qui veut que les actes contestés soient susceptibles d'action de la part du tiers, puisqu'il n'y a pas eu en l'espèce violation d'une loi quelconque. Il nous reste à nous demander si notre Cour devrait adopter la définition étroite formulée par lord Hoffmann sans y apporter d'autres réserves.

[79] Pour le cas où nous adopterions la définition proposée par lord Hoffmann, il ne fait aucun doute qu'une condition voulant que la conduite contestée soit, en soi, susceptible d'action de la part du tiers (savoir en l'espèce, les acheteuses potentielles) porterait un coup fatal à la conclusion de responsabilité civile délictuelle pour atteinte illicite qu'a tirée le juge du procès. Aucune cause d'action raisonnable ne s'offrirait à Bloomfield ou Greenarm. Par exemple, les acheteuses potentielles n'auraient pas pu poursuivre M. Schelew pour incitation à rupture de contrat puisqu'il n'y a pas eu rupture des contrats d'achat-vente à exécuter. Ils ont tout simplement expiré ou bien les parties se sont retirées des opérations sans qu'il y ait objection de l'autre partie. On pourrait se demander si les acheteuses auraient pu poursuivre M. Schelew et A.I. Entreprises en délit

pour atteinte aux rapports contractuels par un moyen illicite (ou délits commerciaux). À mon avis, l'action aurait été entachée de deux vices fatals. Premièrement, l'acheteuse potentielle (par exemple Greenarm) se serait trouvée aux prises avec l'argument des appelants selon lequel Greenarm n'était pas la cible visée, et elle ne l'était pas. Deuxièmement, il lui aurait fallu établir que les investisseuses majoritaires (à titre de tiers) avaient une cause d'action directe contre M. Schelew et A.I. Entreprises. Toutefois, cela serait illogique étant donné qu'il serait inutile que la majorité engage une poursuite pour atteinte illicite. Cela dit, il y a lieu de se demander si les investisseuses majoritaires avaient une cause d'action directe contre Alan Schelew ou A.I. Entreprises. Je reviendrai sur ce point ci-dessous.

[80] Il me reste maintenant à examiner la question de savoir si notre Cour doit souscrire à la définition étroite de l'expression « moyen illicite » qui est énoncée dans l'arrêt *OBG*. Comme point de départ, mentionnons que personne ne met en doute le bien-fondé de la définition étroite de l'expression « moyen illicite » lorsqu'on la compare aux formulations antérieures. Les formulations plus larges que l'on trouve dans la jurisprudence canadienne ne sont d'aucune aide : par exemple, actes que le défendeur n'avait [TRADUCTION] « pas le droit de commettre », comportement [TRADUCTION] « non autorisé par la loi » ou [TRADUCTION] « acte commis sans justification légitime ». Ces deux dernières descriptions du moyen illicite sont extraites des motifs concordants de lord Denning dans l'arrêt *Torquay*. Dans la seule décision de notre Cour où il est question du délit civil en question (*Carnahan c. McGregor and Whalen*, précité, au par. 31), on mentionne en passant une autre décision dans laquelle il avait été décidé que l'expression « moyen illicite » signifiait simplement « injuste ». J'estime que ces définitions doivent être rejetées parce que trop vagues. Toutefois, la question cruciale consiste à savoir si la condition voulant que l'acte contesté soit susceptible d'action en soi devrait être souple et permettre certaines exceptions, ou certaines catégories de cas exceptionnels, conformément aux objets auxquels répond le délit, sans compromettre l'objectif qui consiste à garantir la certitude du droit. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse positive.

[81] Compte tenu de la jurisprudence ontarienne citée plus tôt, et de la décision subséquente de la Chambre des lords dans l'affaire *Total Network SL c. Her Majesty's Revenue and Customs Commissioners*, précitée, je ne suis pas disposé à limiter la portée potentielle du délit d'atteinte par un moyen illicite en refusant de reconnaître la possibilité de certaines exceptions ou catégories de cas exceptionnels. Toutefois, je sais aussi que les exceptions ne peuvent servir à obvier aux effets de la formulation d'une définition étroite. Il me semble que la Cour suprême du Canada s'abstient habituellement de formuler des règles ou des cadres qui ne permettent aucune exception. La question est celle de savoir si l'on est disposé à renoncer à une part de certitude au profit d'une certaine souplesse dans les règles de droit. J'estime que les juges ont besoin d'une certaine « marge de manœuvre » s'ils doivent répondre convenablement à des situations factuelles imprévues ou à ce qu'exigent les circonstances. Une condition juridique qui prescrit sans équivoque qu'aucune action pour atteinte illicite n'est recevable à moins que l'acte contesté ne soit susceptible d'action en soi n'apporte pas la souplesse nécessaire. Puisque je n'examine pas la question de savoir si les exceptions devraient comprendre une conduite contestée qui est liée à la violation d'une loi, je n'ai pas à me pencher sur l'applicabilité des raisons de principe avancées par lord Hoffmann pour appuyer l'adoption de la définition étroite pour ce qui concerne une conduite de ce genre (raisons que j'ai exposées plus tôt, au par. 34).

[82] Après avoir conclu que la définition de l'expression « moyen illicite » qui sera retenue doit permettre certaines exceptions, je reconnais qu'une exception ne saurait limiter ou compromettre indûment la capacité de quiconque de livrer une concurrence loyale sur le marché. En résumé, seules des exceptions à la définition étroite qui sont fondées sur des principes devraient être encouragées en droit. J'estime que les faits de la présente instance justifient un traitement exceptionnel. Comme je l'ai dit au début, la mise en place intentionnelle de barrières juridiques, dont certaines sont exécutoires du fait de mécanismes prévus par la loi ne nécessitant aucune autorisation judiciaire préalable, dans des circonstances où ces barrières reposent sur des droits fabriqués au moyen d'arguments faits de sable, justifie des mesures réparatoires sous le régime du délit d'atteinte par un moyen illicite. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une

situation où les demanderesse auraient pu invoquer le délit d'abus de procédure, les faits sont semblables à ceux qui existent lorsqu'il y a abus d'un mécanisme prévu par la loi, pour lequel il n'y a pas de recours civil. En faisant son jeu de l'entente de syndication et en s'appuyant sur cette entente, Alan Schelew a trouvé un prétexte commode pour s'opposer à la vente du bien et a eu accès à des mesures indépendantes qui lui ont permis de porter atteinte à l'exercice, par les intimées, de leur droit d'origine contractuelle de négocier et de vendre le bien à un tiers.

[83] Bien que la conduite qui est reprochée à Alan Schelew et à A.I. Enterprises ne satisfasse pas à la condition voulant qu'elle soit en soi susceptible d'action de la part d'un tiers, les faits de la présente instance sont semblables à ceux qui donnent lieu au délit d'abus de procédure. La poursuite malveillante est une variante de ce délit, mais celui-ci est également applicable en cas de recours abusif au contentieux civil. Un des quatre éléments essentiels de ce délit civil est la condition qui veut que l'instance ait été engagée afin de poursuivre une fin secondaire ou pour un motif répréhensible. À mon avis, le dépôt du droit de premier refus et d'un avis d'affaire en instance aux fins de contrecarrer la vente légitime d'un bien à un tiers a toutes les caractéristiques de la poursuite d'une fin secondaire ou répréhensible, même si le délit d'abus de procédure était jugé inapplicable en raison d'autres éléments essentiels : voir en général l'ouvrage de Philip Osborne, intitulé *The Law of Torts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2003), à la p. 238.

F. *Il ne faut pas que la conduite contestée soit directement susceptible d'action de la part du demandeur*

[84] La jurisprudence ontarienne introduit une condition qui est impérieuse. Si l'on accepte la prémisse qui veut que le délit intentionnel d'atteinte par un moyen illicite vise à combler une lacune dans les règles de droit, il s'ensuit que lorsque la conduite contestée donne au demandeur une cause d'action directe contre le défendeur, il n'est pas nécessaire de se demander si la conduite est susceptible d'action en soi de la part du tiers. Autant que je sache, cette réserve dont s'accompagne le délit d'atteinte par un moyen

illicite a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Correia c. Canac Kitchens*, précité, qui a été rendu à peu près à la même époque que celle où la présente instance a été instruite. De crainte que la présente instance ne fasse l'objet de plus amples commentaires ou d'un nouvel examen judiciaire, je veux examiner ce critère à la lumière de ce qui n'a été ni plaidé ni débattu au procès ou en appel.

[85] On se rappellera qu'il y a, en l'espèce, deux parties défenderesses : Alan Schelew et sa société d'investissement A.I. Enterprises. On se rappellera aussi que les demanderesses, Bram Enterprises et Jamb Enterprises, ont un rapport contractuel direct avec A.I. Enterprises conformément à l'entente de syndication. Il ne faut pas oublier, non plus, que c'est A.I. Enterprises qui a déposé le droit de premier refus et l'avis d'affaire en instance et que c'est elle qui a refusé à un tiers l'accès physique à l'immeuble d'habitation. Ensemble, ces actes ont empêché Jamb et Bram d'exercer leur droit collectif de procéder à la vente du bien. Cela nous amène à nous demander si A.I. Enterprises a manqué aux obligations contractuelles qu'elle avait aux termes de l'entente de syndication. Il faut convenir qu'il est impossible de mentionner une disposition précise de cette entente qui aurait été violée. Subsidiairement, on pourrait prétendre que le droit impose implicitement une obligation d'exécution de bonne foi et qu'A.I. Enterprises a manqué à cette obligation implicite lorsqu'elle a accompli une série d'actes qui ont empêché l'exercice du droit de la majorité d'aliéner le bien conformément à l'entente de syndication. Cela dit, personne n'a prétendu qu'il s'agit vraiment en l'espèce d'une instance fondée sur le contrat. En ce qui concerne l'obligation d'agir de bonne foi, voir l'arrêt *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1.

[86] Il est également permis de se demander si Bram et Jamb avaient une cause d'action directe contre A.I. Enterprises pour discrédit de titre, étant donné le dépôt du droit de premier refus et de l'avis d'affaire en instance au bureau d'enregistrement foncier. Bien qu'il soit peu probable que les éléments de ce délit et ce délit lui-même deviennent les matières de base du programme d'étude des facultés de droit, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de ce délit civil dans l'arrêt *S. & S. Industries*

Inc. c. Rowell, [1966] R.C.S. 419, [1966] A.C.S. n° 22 (QL). Citant le lord juge Bowen dans l'arrêt *Skinner and Co. c. Perry* (1893), 10 R.P.C. 1, la Cour suprême a décrit ce délit en disant qu'il s'agissait de la situation où une personne a fait faussement et par malveillance, ([TRADUCTION] « sans motif raisonnable »), relativement au bien d'une autre personne, une déclaration qui visait à causer un préjudice au propriétaire du bien. En Angleterre, il faut qu'il y ait eu [TRADUCTION] « malveillance » pour que le délit soit établi : voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 45 (Londres : Butterworths, 1985), au par. 1531. Il existe une jurisprudence ontarienne se rapportant à une demande pour discrédit de titre fondée sur un certificat d'affaire en instance et une conclusion selon laquelle la demande n'était pas justifiée parce que le certificat avait été délivré dans le cadre de la procédure judiciaire : voir l'arrêt *Tersigni c. Fagan*, [1959] O.J. No. 65 (C.A.) (QL); la décision *Pete and Martys (Front) Ltd. c. Market Block Toronto Properties Ltd.*, [1985] O.J. No. 564 (H.C.J.) (QL); et l'arrêt *Geo. Cluthe Manufacturing Co. c. ZTW Properties Inc.*, [1995] O.J. No. 4897 (C. div. Ont.) (QL).

[87] Finalement, il n'a pas échappé à mon attention que nous pouvions poser la question de savoir si Bram et Jamb avaient une cause d'action directe contre Alan Schelew en raison du rôle que celui-ci jouait comme administrateur de Bram et de Jamb. Si je mentionne cela, c'est parce qu'aucune investisseuse n'a prétendu que M. Schelew avait violé les devoirs fiduciaux qu'il avait à titre d'administrateur de ces deux compagnies. On trouve, toutefois, un peu partout dans les mémoires préparatoires et les mémoires postérieurs au procès, des allégations selon lesquelles le défendeur Alan Schelew a violé les obligations fiduciales qui lui étaient faites en sa qualité d'administrateur des demanderesse, y compris l'obligation d'agir de bonne foi. J'ai trouvé dans les motifs du juge du procès deux passages où il est question d'une violation d'obligations fiduciales (aux par. 265 et 271), mais, de toute évidence, ces conclusions isolées ne sauraient étayer une conclusion de responsabilité.

G. *Les dommages-intérêts*

[88] L'argumentation des appelants concernant les dommages-intérêts voudrait nous amener à la conclusion que les intimées n'ont subi aucune perte. La véritable valeur marchande du bien en question était de 2,2 millions de dollars et c'est là le montant qu'A.I. Enterprises a payé. L'argumentation des appelants s'appuie sur des questions factuelles comme l'argument selon lequel le contrat passé avec Bloomfield était conditionnel et le bien avait besoin de réparations importantes. Compte tenu des motifs du juge du procès et de la directive de notre Cour concernant l'ingérence dans l'évaluation que fait le juge du procès des dommages-intérêts, je ne vois aucune raison juridique justifiant notre intervention : voir l'arrêt *Covered Bridge Golf and Country Club c. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 R.N.-B. (2^e) 168. La décision du juge du procès d'évaluer les dommages-intérêts en fonction du prix de vente fixé dans la convention passée avec Bloomfield (2,58 millions de dollars) était justifiée. Pour en arriver à cette conclusion, je n'ai pas perdu de vue la conclusion que j'ai tirée plus tôt, selon laquelle les intimées n'avaient pas établi que les appelants étaient la cause proche de la décision de Bloomfield de se désister du contrat. Toutefois, cela ne veut pas dire que l'offre de Bloomfield de payer 2,58 millions de dollars n'est pas pertinente aux fins d'établir la juste valeur marchande du bien.

VIII. Dispositif

[89] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens conformément à la Remarque (1) du Tarif « A », règle 59 des *Règles de procédure* (40 % des dépens accordés au procès). Au moment de la clôture de l'audience en appel, les avocats ont indiqué que le calcul des dommages-intérêts et dépens accordés au procès nécessitait un léger ajustement au titre de la TVH. Si la question n'a pas déjà été réglée en conformité avec la correspondance postérieure à l'audience qui a été présentée à la Cour, elle devra être renvoyée au juge du procès afin qu'il l'examine.