

Atlantic Lottery Corporation Inc. *Appellant*

v.

**Douglas Babstock and
Fred Small** *Respondents*

- and -

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc.,
International Game Technology,
Spielo International Canada ULC and
Tech Link International Entertainment
Limited** *Appellants*

v.

**Douglas Babstock and
Fred Small** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of Saskatchewan,
Bally Gaming Canada Ltd.,
Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation,
Alberta Gaming, Liquor and Cannabis
Commission,
Canadian Gaming Association,
Canadian Chamber of Commerce and
British Columbia Lottery Corporation**
Intervenors

**INDEXED AS: ATLANTIC LOTTERY CORP. INC. v.
BABSTOCK**

2020 SCC 19

File No.: 38521.

2019: December 3; 2020: July 24.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

Société des loteries de l'Atlantique *Appelante*

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small** *Intimés*

- et -

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc.,
International Game Technology,
Spielo International Canada ULC et
Tech Link International Entertainment
Limited** *Appelantes*

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
Bally Gaming Canada Ltd.,
Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation,
Alberta Gaming, Liquor and Cannabis
Commission,
Canadian Gaming Association,
Chambre de commerce du Canada et
British Columbia Lottery Corporation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DES LOTERIES DE
L'ATLANTIQUE c. BABSTOCK**

2020 CSC 19

N° du greffe : 38521.

2019 : 3 décembre; 2020 : 24 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Civil procedure — Class actions — Certification — Pleadings — Causes of action — Plaintiffs alleging defendants profited from dangerous and deceptive video lottery terminals — Plaintiffs relying on waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment as causes of action and seeking gain-based award — Plaintiffs' action certified as class proceeding — Whether plaintiffs' claims disclose reasonable cause of action.

ALC, constituted by the governments of the four Atlantic provinces, is empowered to approve the operation of video lottery terminal games (“VLTs”) in Newfoundland and Labrador. The plaintiffs applied for certification of a class action against ALC, on behalf of any natural person resident in Newfoundland and Labrador who paid to play VLTs in that province in the six years preceding the class action. The plaintiffs claim that VLTs are inherently dangerous and deceptive. Relying on three causes of action (waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment), the plaintiffs seek a gain-based award, quantified by the profit ALC earned by licensing VLTs.

ALC applied to strike the plaintiffs' claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, and the plaintiffs applied for certification of their claim as a class action. The certification judge dismissed ALC's application, and further held that the plaintiffs had satisfied the requirements necessary for certification. The Court of Appeal substantially upheld the certification judge's conclusions, and allowed the plaintiffs' claims in waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment to proceed to trial.

Held (Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting in part): The appeals should be allowed, the certification order set aside and the plaintiffs' statement of claim struck in its entirety.

Per Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: Each claim that the plaintiffs have pleaded is bound to fail because it discloses no reasonable cause of action.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation d'exercer un recours collectif — Actes de procédure — Causes d'action — Demandeurs alléguant que les défendeurs ont tiré profit d'appareils de loterie vidéo dangereux et trompeurs — Demandeurs invoquant les causes d'action de renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause et cherchant à obtenir une réparation fondée sur les gains réalisés — Action des demandeurs autorisée en tant que recours collectif — Les demandes présentées par les demandeurs révèlent-elles une cause d'action raisonnable?

La SLA, constituée par les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, a le pouvoir d'approuver l'exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador. Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l'introduction du recours collectif. Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. S'appuyant sur trois causes d'action (renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d'utilisation des ALV.

La SLA a présenté une demande visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et les demandeurs ont demandé l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif. Le juge d'autorisation a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. La Cour d'appel a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer dissidents en partie) : Les pourvois sont accueillis, l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif est annulée et la déclaration des demandeurs est radiée en entier.

Les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe : Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable.

The plaintiffs cannot rely on the doctrine of waiver of tort as an independent cause of action for disgorgement. This novel cause of action does not exist in Canadian law and has no reasonable chance of succeeding at trial. In addition, the term “waiver of tort” is apt to generate confusion and should be abandoned. Despite its early acceptance, this term is a misnomer. Rather than forgiving or waiving the wrongfulness of the defendant’s conduct, plaintiffs relying on the doctrine are simply electing to pursue an alternative, gain-based, remedy.

Restitution for unjust enrichment and disgorgement for wrongdoing are two types of gain-based remedies. What the plaintiffs seek in this case is disgorgement, which does not require proof of deprivation to the plaintiff, and requires only that the defendant gained a benefit. Restitution is awarded in response to the causative event of unjust enrichment, where there is correspondence between the defendant’s gain and the plaintiff’s deprivation. Disgorgement should be viewed as an alternative remedy for certain forms of wrongful conduct, not as an independent cause of action. In order to make out a claim for disgorgement, a plaintiff must first establish actionable misconduct. By pleading disgorgement as an independent cause of action, however, the plaintiffs in this case seek to establish an entirely new category of wrongful conduct — one that is akin to negligence but does not require proof of damage. Although disgorgement is available for some forms of wrongdoing without proof of damage (for example, breach of fiduciary duty), it is a far leap to find that disgorgement without proof of damage is available as a general proposition in response to a defendant’s negligent conduct. Granting disgorgement for negligence without proof of damage would result in a remedy arising out of legal nothingness, and would be a radical and uncharted development. This is not the type of incremental change that falls within the remit of courts applying the common law.

The plaintiffs’ claim that VLTs are “similar to” three-card monte within the meaning of s. 206 of the *Criminal Code* and that their operation is therefore prohibited also has no reasonable chance of success. Statutory interpretation requires discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical

Les demandeurs ne peuvent invoquer la renonciation au recours délictuel en tant que cause d’action indépendante en restitution des gains illicites. Cette nouvelle cause d’action n’existe pas en droit canadien et n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie au procès. De plus, le terme « renonciation au recours délictuel » prête à confusion et devrait donc être abandonné. Bien qu’il soit accepté depuis longtemps, ce terme est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoque la doctrine choisit simplement de demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés.

La restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d’acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés. En l’espèce, les demandeurs sollicitent la restitution des gains illicites, qui ne nécessite pas de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement, mais seulement que le défendeur a obtenu un avantage. La restitution est accordée en réponse à l’élément causal d’un enrichissement sans cause, lorsque le gain réalisé par le défendeur correspond à l’appauvrissement subi par le demandeur. La restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d’action indépendante. Pour établir le bien-fondé d’une demande en restitution des gains illicites, le demandeur doit d’abord établir l’inconduite donnant ouverture à l’action. En plaidant la restitution des gains illicites en tant que cause d’action indépendante, cependant, les demandeurs en l’espèce cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s’apparente à la négligence mais qui n’exige pas de preuve de l’existence d’un préjudice. Bien que la restitution des gains illicites soit possible pour certaines formes d’actes fautifs sans qu’il soit nécessaire de prouver le préjudice (par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire), il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation issue d’un néant juridique, et serait un changement radical tout à fait nouveau. Ce n’est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law.

L’allégation des demandeurs selon laquelle les ALV sont « analogues » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l’art. 206 du *Code criminel* et que leur exploitation est donc interdite n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie. L’interprétation des lois exige de dégager l’intention du législateur en lisant le texte législatif dans son

and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and objects. In determining what games can be considered "similar to" three-card monte, it must be kept in mind that courts cannot create common law crimes through an act of judicial interpretation. Furthermore, while expert evidence may assist in deciding whether the defined elements of an offence are made out on the facts of a particular charge, expert evidence cannot purport to define the elements of an offence. The text of the provision and its surrounding context suggest that the prohibition of games similar to three-card monte was directed towards the game's concrete attributes and not towards the abstract feature of deception. Had Parliament sought to prohibit broadly deceptive games, it would have straightforwardly done so. Games "similar to" three-card monte must therefore involve, at a minimum, a player betting on the location of an object after a series of manipulations. Nothing in the pleadings describes VLTs as operating in this manner.

The plaintiffs' breach of contract claim is also doomed to fail. Whether this claim discloses a reasonable cause of action should be considered in light of the remedies the plaintiffs actually seek — that is, disgorgement and punitive damages — and the question of whether these remedies are available to the plaintiffs, assuming the truth of their pleadings. The ordinary form of monetary relief for breach of contract is an award of damages, measured according to the position which the plaintiff would have occupied had the contract been performed. Disgorgement for breach of contract may be appropriate in exceptional circumstances, but only where, at a minimum, other remedies are inadequate and only where the circumstances warrant such an award. As to those circumstances, courts should in particular consider whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity. The key to developing principles for gain-based recovery in breach of contract is to consider what legitimate interest a gain-based award serves to vindicate. A coherent approach that reconciles the relief awarded with the structure of breach of contract as a cause of action should be preferred. While the circumstances in which a gain-based award will be appropriate cannot be clearly delineated in advance, one would expect future legitimate interests protected by a gain-based award to resemble those interests that have been protected in the past. Courts have, in some exceptional circumstances, long awarded monetary amounts departing from the ordinary measure of expectation damages. An award that appears to be measured by a defendant's gain might serve a compensatory purpose that distinguishes it from disgorgement and which therefore tends to support recovery. Where, as

contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, il faut garder à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation. De plus, bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction. Le libellé de la disposition et son contexte tendent à indiquer que l'interdiction visant les jeux analogues au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l'aurait fait sans détour. Les jeux « analogues » au bonneteau supposent donc nécessairement, à tout le moins, qu'un joueur parie sur l'endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière.

La demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs est aussi vouée à l'échec. La question de savoir si cette demande révèle une cause d'action raisonnable devrait être examinée à la lumière des réparations que les demandeurs cherchent à obtenir — c'est-à-dire la restitution des gains illicites et les dommages punitifs — et la question de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés. La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté. La restitution des gains illicites pour violation de contrat peut convenir dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas et les circonstances justifient d'accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives. L'élément essentiel pour élaborer les principes d'une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d'action devrait être privilégiée. Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance, mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé. Les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines

here, the argument is that the quantum of loss is equal to the defendant's gain, but the plaintiff would simply rather pursue disgorgement, a gain-based remedy is not appropriate. Further, there is nothing exceptional about the breach of contract the plaintiffs allege: once the allegations of criminal conduct are put aside, the plaintiffs' claim is simply that they paid to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs cannot be said to have a legitimate interest in ALC's profit-making activity, and their claim has no reasonable chance of achieving disgorgement damages for breach of contract.

Punitive damage awards for breach of contract are also exceptional, but will be awarded where the alleged breach of contract is an independent actionable wrong. The actionable wrong need not be tortious: punitive damages may also be awarded where the defendant breaches a contractual obligation. Not every contract, however, imposes actionable good faith obligations on contracting parties: while good faith is an organizing principle of Canadian contract law, it manifests itself in specific circumstances and its application is generally confined to existing categories of contracts and obligations. The alleged contract between ALC and the plaintiffs does not fit within any of the established good faith categories; accordingly, their claim for punitive damages has no reasonable chance of success.

Finally, the plaintiffs' unjust enrichment claim has no reasonable chance of success. The principled unjust enrichment framework requires establishing that ALC was enriched, that the plaintiffs suffered a corresponding deprivation, and that the enrichment and corresponding deprivation occurred in the absence of any juristic reason therefor. The juristic reason element proceeds in two stages: first, the plaintiff must demonstrate that the defendant's enrichment cannot be justified by any of the established categories of juristic reason; and second, the defendant can rebut the plaintiff's case by showing that there is a residual reason to deny recovery. In the present

circstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s'écartant de l'évaluation ordinaire de l'indemnisation pour la perte du profit escompté. Un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement. Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel : une fois les allégations de conduite criminelle écartées, les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA, et les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action. Il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle. Toutefois, ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action : bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises et son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations. Le contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies; par conséquent, leur demande de dommages-intérêts punitifs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

Enfin, la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie. Le cadre d'analyse de l'enrichissement sans cause requiert qu'ils établissent que la SLA s'est enrichie, qu'ils ont subi un appauvrissement correspondant et que l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique. L'élément de motif juridique comporte deux étapes : premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur; et deuxièmement, le défendeur peut réfuter la preuve du demandeur en démontrant qu'il existe

case, there is no need to go beyond the first stage. The plaintiffs' own pleadings allege that there was a contract between ALC and the plaintiffs under which the plaintiffs paid to play VLTs, and nothing in the pleadings could serve to vitiate the alleged contract. A defendant that acquires a benefit pursuant to a valid contract is justified in retaining that benefit.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. There is agreement with the majority that a mere breach of a duty of care, in the absence of loss, cannot ground a claim for disgorgement. There is also agreement that VLTs cannot constitute "three-card monte" as defined in the *Criminal Code*, and that the plaintiffs' claim in unjust enrichment must be struck. However, there is disagreement with whether the plaintiffs' claim in breach of contract is a reasonable cause of action, as well as the conclusion that there are no available remedies for that breach. The plaintiffs' claim should be certified as a class action on the common issues of breach of contract, punitive damages and the appropriateness of a disgorgement remedy.

The elements of a cause of action for breach of contract are the existence of a contract and the breach of a term of that contract. Loss is not an essential element. The plaintiffs have pleaded the nature of the contract, the terms they say are implied, and the manner in which ALC breached the contract between them. The first implied term pleaded is a warranty that the VLTs were not inherently dangerous. In the alternative, the plaintiffs plead that ALC breached an implied term requiring ALC to warn the plaintiff class of any inherent danger in the consumption of the games and to satisfy itself of their safety. Finally, the plaintiffs allege that ALC breached an implied term of good faith. It is not plain and obvious that implying these terms would improperly touch on or fetter ALC's authority as a public regulator of VLTs.

The claim for breach of contract should not be struck on the basis that it is plain and obvious that there are no available remedies. There are several remedies that are open to the plaintiffs on their pleadings, including nominal

un autre motif de refuser le recouvrement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de la première étape. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV, et rien dans les actes de procédure ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage.

Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer (dissidents en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites. Il y a également accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, il y a désaccord avec l'analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, et avec la conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation. L'action des demandeurs devrait être autorisée en tant que recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

Les éléments d'une cause d'action pour violation de contrat sont l'existence d'un contrat et la violation d'une condition de celui-ci. La perte n'est pas un élément essentiel. Les demandeurs ont invoqué la nature du contrat, les conditions qu'ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. La première condition implicite invoquée est une garantie que les ALV n'étaient pas intrinsèquement dangereux. Subsidiairement, les demandeurs soutiennent que la SLA a violé une condition implicite par laquelle la SLA était tenue de mettre en garde le groupe de demandeurs contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s'assurer de la sécurité de ceux-ci. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d'agir de bonne foi. Il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de ces conditions implicites toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA en tant qu'organisme de réglementation public des ALV.

La demande fondée sur la violation de contrat ne devrait pas être radiée du fait qu'il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible. Plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs

damages, declaratory relief, disgorgement, and punitive damages.

A court finding breach of contract may make binding declarations of right, whether or not any consequential relief is or could be claimed. Nominal damages are always available for causes of action, like breach of contract, that do not require proof of loss. This alone precludes striking the claim.

Whether disgorgement is an appropriate remedy for breach of contract in this case is a matter for trial that cannot be resolved on the pleadings alone. While the customary remedy for a breach of contract is compensation measured in the form of expectation damages, in some cases, disgorgement of a defendant's profits can be an appropriate remedy for breach of contract. Disgorgement is an exceptional remedy, available where a plaintiff has shown that the ordinary remedies of contract law are inadequate to protect and vindicate their contractual right. Although compensatory damages will often help to achieve deterrence of wrongful conduct, they will not always be adequate or appropriate in the circumstances of the breach. The measure of a disgorgement award implicitly effects deterrence and is dictated by the minimum amount necessary to make the wrong unprofitable.

Disgorgement awards are not limited to situations in which they serve a compensatory purpose. A self-interested and deliberate breach; the impracticability of calculating loss; and the plaintiff's legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity, including where the defendant had a quasi-fiduciary duty to the plaintiff, weigh in favour of a disgorgement remedy. No single factor is necessarily crucial or dispositive. The plaintiffs' pleadings in this case correspond with several factors that, if established at trial, may point to a disgorgement remedy, including that the plaintiffs were vulnerable to ALC's abuse of its power and that ALC's breach was self-interested, deliberate, and in bad faith. A trial judge may also find that ascertaining the actual amount lost is impracticable since VLTs are designed not to create records of who uses them and how much money they have lost.

actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

Un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non. Les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d'action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

La question de savoir si la restitution des gains illicites est une réparation appropriée pour la violation de contrat en l'espèce doit être tranchée au procès et ne peut l'être au vu des actes de procédure à eux seuls. Même si la réparation habituelle pour violation de contrat est l'indemnisation évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte de profit escompté, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel. Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive, ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. La portée de la réparation de restitution des gains illicites a implicitement un effet de dissuasion et est dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable.

Les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Une violation intéressée et délibérée; l'impossibilité pratique de calculer la perte; et l'intérêt légitime du demandeur à empêcher les activités lucratives du défendeur, y compris le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur, militent en faveur d'une réparation de restitution des gains illicites. Aucun facteur à lui seul n'est forcément décisif ou déterminant. Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure en l'espèce correspondent à plusieurs facteurs qui, s'ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites, notamment le fait que les demandeurs étaient vulnérables à l'abus de pouvoir de la SLA et que la violation qu'a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi. Le juge du procès pourrait aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV ne sont pas conçus pour créer des relevés identifiant les utilisateurs et les montants d'argent qu'ils ont perdu.

The plaintiffs have also pleaded a sufficient basis to support a claim for punitive damages. The focus of punitive damages is on the defendant's misconduct, not the plaintiff's loss, and injury to the plaintiff is not a condition precedent to an award of punitive damages. The plaintiffs have pleaded a breach of the duty of honest performance, which can constitute an actionable wrong to ground a claim for punitive damages.

With regard to certification, the class representative must show that there is some "basis in fact" that there is an identifiable class of two or more persons, that there is at least one common issue, and that the class action is the preferable procedure. This standard ensures that there is an evidentiary foundation to support the certification order.

The proposed class definition uses objective criteria that will allow for identification of those who can attest to playing the games, and there is a basis to believe that at least two persons will be able to establish that they paid ALC to gamble on VLT games during the proposed class period.

An issue is common where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. The issues relating to breach of contract, disgorgement, and punitive damages are appropriate common issues, but the issue relating to aggregate monetary relief is not. On breach of contract, the pleadings assert a civil wrong that is common to each member of the class: whether the terms alleged by the plaintiffs are in fact implied, and whether the functioning of the VLTs routinely violates those terms, would be the same for every consumer. On disgorgement, determining whether the circumstances of this case are exceptional, such that other contractual remedies are inadequate, is a substantial ingredient of each member's claim and will benefit all members of the class. For punitive damages, ALC's conduct and the alleged breach of the duty of good faith would be common to all class members.

But there is no basis in fact to certify aggregate monetary relief as a common issue. Before making an award of disgorgement, the court must be satisfied that the breach of contract is causally connected to the gain to be

Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur, et il n'est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés. Les demandeurs ont plaidé un manquement à l'obligation d'exécution honnête, qui peut constituer une faute donnant ouverture à action susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs.

À l'égard de l'autorisation, le représentant du groupe doit établir l'existence d'un certain « fondement factuel » selon lequel il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes, il y a au moins une question commune, et le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions. Cette norme assure qu'il existe une preuve sur laquelle peut reposer l'ordonnance d'autorisation.

La définition du groupe proposée s'appuie sur des critères objectifs qui permettront l'identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu'au moins deux personnes seront capables d'établir qu'ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif.

Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Les questions relatives à la violation de contrat, à la restitution des gains illicites et aux dommages-intérêts punitifs sont des questions communes appropriées, mais la question relative aux mesures de redressement pécuniaire global ne l'est pas. Pour ce qui est de la violation de contrat, les actes de procédure invoquent une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe : la question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites, et celle de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions, seront les mêmes pour chaque consommateur. Quant à la restitution des gains illicites, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres réparations contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En ce qui a trait aux dommages-intérêts punitifs, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe.

Toutefois, il n'y a pas de fondement factuel permettant de certifier le redressement pécuniaire global comme question commune. Avant d'accorder une réparation de restitution des gains illicites, le tribunal doit être convaincu

disgorged. To ensure that ALC's total liability is limited to that flowing from the breach, some plausible methodology is needed to estimate ALC's liability from its breach of contract, including what its profits might have been had it not breached its contractual obligations. No methodology has been suggested.

Finally, with regard to preferability, the keystone of the plaintiffs' action is a deception common to each member of the class. Determining the content of a contract entered into by each member, and whether that contract was systematically breached, does not require individualized assessments and is more practical and efficient than individual actions. A class action has the potential to acknowledge, vindicate and protect individual players' contractual interest in a safe and fair game.

Cases Cited

By Brown J.

Applied: *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; **considered:** *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; **referred to:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Moore v. Sweet*, 2018 SCC 52, [2018] 3 S.C.R. 303; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *Serhan (Estate Trustee) v. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268; *Authentic T-Shirt Co. ULC v. King*, 2016 BCCA 59; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *The Queen v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204;

que la violation du contrat a un lien de causalité avec le gain à restituer. Pour faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation, il faut une méthode plausible pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été ses profits si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles. Or, aucune méthode n'a été proposée.

Enfin, eu égard à la question du meilleur moyen, la clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'intenter des actions à titre individuel, et cette façon de faire n'exige pas d'évaluations individuelles. Un recours collectif a la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l'intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt appliqué : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; **arrêt examiné :** *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *La Reine c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S.

The King v. Rosen and Lavoie (1920), 61 D.L.R. 500; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Rogers & Rogers Inc. v. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Sunshine Exploration Ltd. v. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] S.C.R. 2; *Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321; *Smith v. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158.

By Karakatsanis J. (dissenting in part)

R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd., 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Montreal Trust Co. of Canada v. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy v. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Owners of the Steamship "Mediana" v. Owners, Master and Crew of the Lightship "Comet"*, [1900] A.C. 113; *Place Concorde East Ltd. Partnership v. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141; *Saskatchewan Government Insurance v. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Robinson v. Harman* (1848), 1 Ex. 850; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Attorney-General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109; *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408; *One Step (Support) Ltd.*

402; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2; *Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321; *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente en partie)

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Montreal Trust Co. of Canada c. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Owners of the Steamship "Mediana" c. Owners, Master and Crew of the Lightship "Comet"*, [1900] A.C. 113; *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109; *Banque Royale du Canada c.*

v. *Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323; *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79; *Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Jiang v. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1; *Williams v. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54, aff'd (2003), 226 D.L.R. (4th) 112; *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295; *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Ramdath v. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Chace v. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264; *Pederson v. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661; *Chalmers v. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186; *Fakhri v. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 15(1).
Class Actions Act, S.N.L. 2001, c. C-18.1, ss. 5, 8(d), 29(1), 37.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 206, 207(1)(a), (4)(a), 209.
Lotteries Act, S.N.L. 1991, c. 53, s. 5.
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, rr. 7.16, 14.24.

W. Got & Associates Electric Ltd., [1999] 3 R.C.S. 408; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659; *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79; *Vercoe c. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1; *Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112; *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264; *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227.

Lois et règlements cités

Class Actions Act, S.N.L. 2001, c. C-18.1, art. 5, 8(d), 29(1), 37.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206, 207(1)a), (4)a), 209.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 15(1).
Lotteries Act, S.N.L. 1991, c. 53, art. 5.
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, ann. D, r. 7.16, 14.24.

Video Lottery Regulations, C.N.L.R. 760/96, ss. 2(e), 3, 4, 5, 6, 8, 10.

Authors Cited

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2011.
- Barnett, Katy. *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Barton, Sandra, Mark Hines, and Shawn Therien. “Neither Cause of Action nor Remedy: Doing Away with Waiver of Tort”, in Todd L. Archibald and Randell Scott Echlin, eds. *Annual Review of Civil Litigation, 2015*. Toronto: Carswell, 2015.
- Beatson, J. “The Nature of Waiver of Tort” (1978-79), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1.
- Benson, Peter. “Contract as a Transfer of Ownership” (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673.
- Birks, Peter. “Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity” (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421.
- Botterell, Andrew. “Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract” (2010), 16 *Legal Theory* 135.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 2, 5th Sess., 13th Parl., April 11, 1921, pp. 1857-58.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 4, 5th Sess., 13th Parl., May 6, 1921, pp. 3005-6.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “three-card monte”.
- Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale, et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Edelman, James. *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2002.
- Edelman, James. *McGregor on Damages*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Eisenberg, Melvin A. *Foundational Principles of Contract Law*. New York: Oxford University Press, 2018.
- Friedmann, Daniel. “Restitution for Wrongs: The Basis of Liability”, in W. R. Cornish, et al., eds. *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Friedmann, Daniel. “Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the

Video Lottery Regulations, C.N.L.R. 760/96, art. 2(e), 3, 4, 5, 6, 8, 10.

Doctrine et autres documents cités

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment*, vol. 2. St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 2011.
- Barnett, Katy. *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*. Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Barton, Sandra, Mark Hines, and Shawn Therien. « Neither Cause of Action nor Remedy : Doing Away with Waiver of Tort », in Todd L. Archibald and Randell Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2015*, Toronto, Carswell, 2015.
- Beatson, J. « The Nature of Waiver of Tort » (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1.
- Benson, Peter. « Contract as a Transfer of Ownership » (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673.
- Birks, Peter. « Restitutionary damages for breach of contract : *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421.
- Botterell, Andrew. « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135.
- Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1898-1899.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3058-3059.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *three-card monte* ».
- Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies : The Law of Damages*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale, et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2018.
- Edelman, James. *Gain-Based Damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2002.
- Edelman, James. *McGregor on Damages*, 20th ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Eisenberg, Melvin A. *Foundational Principles of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 2018.
- Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 133.

- Commission of a Wrong” (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504.
- Gannage, Mark. “Nominal Damages for Breach of Contract in Canada” (2011), 69 *Advocate* 833.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Iacobucci, Edward M., and Michael J. Trebilcock. “An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions” (2016), 66 *U.T.L.J.* 173.
- Jones, Craig. “Panacea or Pandemic: Comparing ‘Equitable Waiver of Tort’ to ‘Aggregate Liability’ in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation” (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301.
- Jones, Craig. “The Class Action as Public Law”, in Janet Walker and Garry D. Watson, eds. *Class Actions in Canada: Cases, Notes, and Materials*. Toronto: Emond Montgomery Publications: Toronto, 2014, 28.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 24).
- Martin, J. M. “Waiver of Tort: An Historical and Practical Survey” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 473.
- McCamus, John D. “Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective” (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943.
- McCamus, John D. “Waiver of Tort: Is There a Limiting Principle?” (2014), 55 *Can. Bus. L.J.* 333.
- McInnes, Mitchell. “Gain-Based Relief for Breach of Contract: *Attorney General v. Blake*” (2001), 35 *Can. Bus. L.J.* 72.
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- O’Hagan, Cara-Marie. “Remedies”, in Lewis N. Klar, et al., eds., *Remedies in Tort*, vol. 4. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2020, release 5).
- Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 1989 (loose-leaf updated 2019, release 4).
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344.
- Rosenberg, H. Michael. “Waiving Goodbye: The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings” (2010), 6 *Can. Class Action Rev.* 37.
- Sage, Nicholas W. “Disgorgement: From Property to Contract” (2016), 66 *U.T.L.J.* 244.
- Sangiuliano, Anthony Robert. “A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies” (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149.
- Friedmann, Daniel. « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504.
- Gannage, Mark. « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *Advocate* 833.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Iacobucci, Edward M., and Michael J. Trebilcock. « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173.
- Jones, Craig. « Panacea or Pandemic : Comparing “Equitable Waiver of Tort” to “Aggregate Liability” in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301.
- Jones, Craig. « The Class Action as Public Law », in Janet Walker and Garry D. Watson, eds., *Class Actions in Canada : Cases, Notes, and Materials*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2014, 28.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 24).
- Martin, J. M. « Waiver of Tort : An Historical and Practical Survey » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 473.
- McCamus, John D. « Disgorgement for Breach of Contract : A Comparative Perspective » (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943.
- McCamus, John D. « Waiver of Tort : Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Rev. can. dr. comm.* 333.
- McInnes, Mitchell. « Gain-Based Relief for Breach of Contract : *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Rev. can. dr. comm.* 72.
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- O’Hagan, Cara-Marie. « Remedies », in Lewis N. Klar, et al., eds., *Remedies in Tort*, vol. 4, Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2020, release 5).
- Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 1989 (loose-leaf updated 2019, release 4).
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344.
- Rosenberg, H. Michael. « Waiving Goodbye : The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Rev. Can. R. C.* 37.
- Sage, Nicholas W. « Disgorgement : From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244.
- Sangiuliano, Anthony Robert. « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149.

- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. “Commercial Law Damages: Market Efficiency or Regulation of Behaviour?”, in The Law Society of Upper Canada, ed. *Special Lectures 2005: The Modern Law of Damages*. Toronto: Irwin Law, 2006, 327.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Thomson Reuters, 2012 (loose-leaf updated November 2019, release 28).
- Smith, Lionel D. “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract, and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L.J.* 121.
- Smith, Lionel D. “The Province of the Law of Restitution” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* New York: Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen M. “Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Watterson, Stephen. “Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales”, in Ewoud Hondius and André Janssen, eds. *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham, Switzerland: Springer, 2015, 29.
- Weber, Greg. “Waiver of Tort: Disgorgement *Ex Nihilo*” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389.
- Weinrib, Ernest J. “Causal Uncertainty” (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135.
- Weinrib, Ernest J. “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55.
- Weinrib, Ernest J. “Restitutionary Damages as Corrective Justice” (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1.
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*, rev. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Winterton, David. “Contract Theory and Gain-Based Recovery” (2013), 76 *M.L.R.* 1129.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. « Commercial Law Damages : Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », in The Law Society of Upper Canada, ed., *Special Lectures 2005 : The Modern Law of Damages*, Toronto, Irwin Law, 2006, 327.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Thomson Reuters, 2012 (loose-leaf updated November 2019, release 28).
- Smith, Lionel D. « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract, and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121.
- Smith, Lionel D. « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen M. « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Watterson, Stephen. « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », in Ewoud Hondius and André Janssen, eds., *Disgorgement of Profits : Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham (Suisse), Springer, 2015, 29.
- Weber, Greg. « Waiver of Tort : Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389.
- Weinrib, Ernest J. « Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135.
- Weinrib, Ernest J. « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55.
- Weinrib, Ernest J. « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1.
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*, rev. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Winterton, David. « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129.

APPEALS from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green, Welsh and Harrington JJ.A.), 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1,

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Green, Welsh et Harrington), 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1, 53

53 C.C.L.T. (4th) 12, [2018] N.J. No. 383 (QL), 2018 CarswellNfld 470 (WL Can.), affirming in part decisions of Faour J., 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307, [2016] N.J. No. 443 (QL), 2016 CarswellNfld 532 (WL Can.), and 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, 1108 A.P.R. 293, [2014] N.J. No. 288 (QL), 2014 CarswellNfld 281 (WL Can.). Appeals allowed, Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting in part.

Julie Rosenthal, Mike Eizenga, Sarah Stothart and Jonathan G. Bell, for the appellant the Atlantic Lottery Corporation Inc.

Ian F. Kelly, Q.C., and *Daniel M. Glover*, for the appellants VLC, Inc., IGT-Canada Inc. and International Game Technology.

Colm St. R. Seviour, Q.C., and *Koren A. Thomson*, for the appellant Spielo International Canada ULC.

Jorge P. Segovia, for the appellant Tech Link International Entertainment Limited.

Kirk M. Baert and Celeste Poltak, for the respondents.

Brent Kettles and Tom McKinlay, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Denis Guénette and Tom Dobson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Jared G. Biden, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Paul D. Dicks, Q.C., *Michael D. Lipton, Q.C.*, and *Kevin J. Weber*, for the interveners Bally Gaming Canada Ltd. and Bally Gaming Inc.

Keith Kilback, Q.C., and *Alexander Shalashniy*, for the intervener the Western Canada Lottery Corporation.

C.C.L.T. (4th) 12, [2018] N.J. No. 383 (QL), 2018 CarswellNfld 470 (WL Can.), qui a confirmé en partie des décisions du juge Faour, 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307, [2016] N.J. No. 443 (QL), 2016 CarswellNfld 532 (WL Can.), et 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, 1108 A.P.R. 293, [2014] N.J. No. 288 (QL), 2014 CarswellNfld 281 (WL Can.). Pourvois accueillis, le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents en partie.

Julie Rosenthal, Mike Eizenga, Sarah Stothart et Jonathan G. Bell, pour l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique.

Ian F. Kelly, c.r., et *Daniel M. Glover*, pour les appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology.

Colm St. R. Seviour, c.r., et *Koren A. Thomson*, pour l'appelante Spielo International Canada ULC.

Jorge P. Segovia, pour l'appelante Tech Link International Entertainment Limited.

Kirk M. Baert et Celeste Poltak, pour les intimés.

Brent Kettles et Tom McKinlay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Denis Guénette et Tom Dobson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jared G. Biden, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul D. Dicks, c.r., *Michael D. Lipton, c.r.*, et *Kevin J. Weber*, pour les intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc.

Keith Kilback, c.r., et *Alexander Shalashniy*, pour l'intervenante Western Canada Lottery Corporation.

Mandy L. England and Michael Sobkin, for the intervener the Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission.

Brandon Kain, Gillian P. Kerr and Adam Goldenberg, for the intervener the Canadian Gaming Association.

Matthew Milne-Smith, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

K. Michael Stephens, Shannon Ramsay and Aubin Calvert, for the intervener the British Columbia Lottery Corporation.

The judgment of Abella, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] The appellant Atlantic Lottery Corporation Inc. (“ALC”), constituted by the governments of the four Atlantic provinces, is empowered to approve the operation of video lottery terminal games (“VLTs”) in Newfoundland and Labrador by the *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96. The respondents Douglas Babstock and Fred Small (“the plaintiffs”) applied for certification of a class action against ALC, on behalf of any natural person resident in Newfoundland and Labrador who paid to play VLTs in that province in the six years preceding the class action, or on behalf of the estate of any such person. The other appellants are suppliers of VLTs that ALC has added to the action as third-party defendants.

[2] The plaintiffs’ essential claim is that VLTs are inherently dangerous and deceptive. Indeed, they say that VLTs are so deceptive that they contravene the *Criminal Code*’s prohibition of games similar to “three-card monte” (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 206). Relying on three causes of action (“waiver of tort”, breach of contract and unjust

Mandy L. England et Michael Sobkin, pour l’intervenante Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission.

Brandon Kain, Gillian P. Kerr et Adam Goldenberg, pour l’intervenante Canadian Gaming Association.

Matthew Milne-Smith, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

K. Michael Stephens, Shannon Ramsay et Aubin Calvert, pour l’intervenante British Columbia Lottery Corporation.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] L’appelante la Société des loteries de l’Atlantique Inc. (« SLA »), constituée par les gouvernements des quatre provinces de l’Atlantique, a le pouvoir d’approuver l’exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador en vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96. Les intimés, Douglas Babstock et Fred Small (« les demandeurs »), ont présenté une demande d’autorisation d’un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l’introduction du recours collectif, ou pour le compte de la succession de telles personnes. Les autres appelantes sont des sociétés qui fournissent des ALV, que la SLA a désignées comme tierces parties défenderesses.

[2] Les demandeurs font valoir essentiellement que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. De fait, ils affirment que les ALV sont à ce point trompeurs qu’ils contreviennent aux dispositions du *Code criminel* interdisant les jeux analogues au jeu de « bonneteau » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206). S’appuyant sur trois causes

enrichment), the plaintiffs seek a gain-based award, quantified by the profit ALC earned by licensing VLTs.¹

[3] More particularly, and as to waiver of tort, the plaintiffs allege that ALC breached a duty to warn of the inherent dangers associated with VLTs, including the risk of addiction and suicidal ideation. This, they say, supports their claim in waiver of tort, which they also say is an independent cause of action that allows for a gain-based remedy to “be determined at trial of common issues without the involvement of any individual class member” (A.R., vol. II, at p. 104).

[4] As to the claim for breach of contract, the plaintiffs allege a contract arising from ALC’s offer of VLTs to the public, and the plaintiffs’ corresponding acceptance by paying to play. As an implied term of this contract, they say that ALC was required to provide safe games that were fit for use and of merchantable quality, to use reasonable skill and care in its provision of VLT gaming, and to act in good faith. ALC breached these terms, they say, by supplying deceptive VLTs.

[5] Finally, the plaintiffs say that ALC has been unjustly enriched at their expense.

[6] The plaintiffs succeeded in obtaining certification at the Supreme Court of Newfoundland and Labrador, and that result was substantially affirmed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. In my respectful view, however, none of these claims

d’action (« renonciation au recours délictuel », violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d’utilisation des ALV¹.

[3] Plus particulièrement, et pour ce qui est de la renonciation au recours délictuel, les demandeurs soutiennent que la SLA a manqué à son obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et d’idées suicidaires. C’est sur ce manquement, affirment-ils, que repose leur demande fondée sur la renonciation au recours délictuel qui, ajoutent-ils, est une cause d’action indépendante ouvrant droit à une réparation fondée sur les gains réalisés [TRADUCTION] « qui sera établie lors de l’instruction des questions communes sans la participation des membres du groupe » (d.a., vol. II, p. 104).

[4] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment que le contrat en question existe du fait que la SLA offre des ALV au public et que les demandeurs acceptent en payant pour jouer. Selon eux, il découle implicitement de ce contrat que la SLA doit offrir des jeux sécuritaires qui sont propres à être utilisés et de qualité marchande, faire preuve d’une compétence et d’une diligence raisonnables lorsqu’elle fournit des jeux sur ALV, et agir de bonne foi. Ils soutiennent que la SLA a manqué à ces obligations en fournissant des ALV trompeurs.

[5] Enfin, les demandeurs affirment que la SLA s’est enrichie sans cause à leurs dépens.

[6] Les demandeurs ont réussi à obtenir l’autorisation devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, et cette décision a été confirmée pour l’essentiel par la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador. À mon humble avis, cependant, aucune

¹ While the pleadings advance other causes of action, those claims were struck by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal, and the plaintiffs have not cross-appealed that decision.

¹ Bien que les actes de procédure fassent état d’autres causes d’action, celles-ci ont été radiées par la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, et les demandeurs n’ont pas formé d’appel incident de cette décision.

have any reasonable chance of success. I would therefore allow the appeals, set aside the certification order, and strike the plaintiffs' claims against ALC.

II. Overview of Proceedings

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293; 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307*

[7] The matter came before the certification judge in the form of two applications: (1) ALC's application, made under r. 14.24(1)(a) of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293), to strike the plaintiffs' claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action, and (2) the plaintiffs' application for certification of their claim as a class action under the *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1. The parties agreed that the certification judge's decision on ALC's application would also determine whether the plaintiffs had satisfied the first criterion for certification in s. 5 of the *Class Actions Act* — that "the pleadings disclose a cause of action".

[8] The certification judge dismissed ALC's application, and further held that the plaintiffs had satisfied the requirements necessary for certification. In particular and because the plaintiffs intended to pursue a collective remedy (calculated on the basis of ALC's profits) without proving individual damage, he concluded that there were common issues among the class that would be better addressed through a class action.

B. *Newfoundland and Labrador Court of Appeal — 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1*

[9] ALC appealed the certification judge's decisions on both applications. Writing for the majority,

de ces demandes n'a de chance raisonnable d'être accueillie. Je serais donc d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et de radier les demandes introduites à l'encontre de la SLA.

II. Aperçu des décisions des instances inférieures

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293; 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307*

[7] L'affaire a été soumise au juge d'autorisation sous la forme de deux demandes : (1) la demande de la SLA, fondée sur l'al. 14.24(1)(a) des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, ann. D (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293), visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et (2) la demande présentée par les demandeurs visant l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif en vertu de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1. Les parties ont convenu que la décision rendue par le juge d'autorisation saisi de la demande de la SLA permettrait aussi d'établir si les demandeurs avaient satisfait au premier critère d'autorisation prévu à l'art. 5 de la *Class Actions Act* — soit que [TRADUCTION] « les actes de procédure révèlent une cause d'action ».

[8] Le juge a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. Plus particulièrement, et parce que les demandeurs entendaient solliciter une réparation collective (calculée en fonction des profits réalisés par la SLA) sans prouver l'existence d'un préjudice individuel, il a conclu qu'il était préférable que certaines des questions communes aux membres du groupe soient tranchées dans le cadre d'un recours collectif.

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador — 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1*

[9] La SLA a interjeté appel des décisions rendues sur les deux demandes par le juge saisi de la demande

Green J.A. substantially upheld the certification judge's conclusions, and allowed the plaintiffs' claims in waiver of tort, breach of contract and unjust enrichment to proceed to trial.

[10] Regarding waiver of tort, the majority concluded that the doctrine could operate as an independent cause of action for disgorgement, where it would serve the purpose of deterring wrongful conduct. Further, according to the majority, plaintiffs alleging negligence need not prove damage to establish an entitlement to disgorgement. All this led the majority to conclude that the plaintiffs' claim for waiver of tort — that is, for disgorgement as a remedy for negligence in the absence of demonstrated damage — disclosed a reasonable cause of action (paras. 185 and 189).

[11] Addressing the plaintiffs' allegations of criminal conduct, the majority concluded that expert evidence would be required to conclude whether VLTs are similar to three-card monte and therefore prohibited by s. 206 of the *Criminal Code*. Such claims, said the majority, would have to be determined at trial.

[12] Finally, the majority held that the pleaded facts, particularly considering the allegations of criminal conduct, could reasonably support a claim for disgorgement as a remedy for breach of contract. In view of its conclusion on waiver of tort as an independent cause of action, the majority found it unnecessary to address “issues raised in argument under the heading of unjust enrichment *simpliciter*, i.e. whether the pleading discloses a cause of action in unjust enrichment, calling for the application of the traditional three-part test set out in such cases

d'autorisation. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Green a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et il a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

[10] En ce qui concerne la renonciation au recours délictuel, les juges majoritaires ont conclu que la doctrine pouvait constituer une cause d'action indépendante en restitution des gains illicites, dans la mesure où elle contribuerait à l'atteinte de l'objectif de dissuasion des comportements fautifs. En outre, selon les juges majoritaires, il n'est pas nécessaire que les demandeurs alléguant la négligence prouvent l'existence d'un préjudice pour avoir droit à la restitution des gains illicites. Tout cela a amené les juges majoritaires à conclure que l'action pour renonciation au recours délictuel — c'est-à-dire, pour restitution des gains illicites à titre de réparation pour négligence en l'absence de preuve démontrant un préjudice — révélait une cause d'action raisonnable (par. 185 et 189).

[11] Répondant aux allégations de conduite criminelle formulées par les demandeurs, les juges majoritaires ont conclu qu'une preuve d'expert serait nécessaire pour établir si les ALV sont analogues au jeu de bonneteau et s'ils sont donc interdits par l'art. 206 du *Code criminel*. Ces allégations, selon les juges majoritaires, devraient être tranchées lors du procès.

[12] Enfin, les juges majoritaires ont conclu que les faits allégués, particulièrement compte tenu des allégations de conduite criminelle, pouvaient raisonnablement étayer une demande de restitution des gains illicites à titre de réparation pour violation de contrat. Étant donné leur conclusion selon laquelle la renonciation à un recours délictuel constituait une cause d'action indépendante, les juges majoritaires ont jugé inutile de se prononcer sur [TRADUCTION] « les questions soulevées lors de l'argumentation portant sur l'enrichissement sans cause *simpliciter*,

as [*Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629]" (para. 230).

[13] In dissent, Welsh J.A. would have allowed ALC's appeal and struck all the claims. In her view, the claims in contract and tort did not have a reasonable chance of success given that the plaintiffs did not plead damage to individual plaintiffs; it was plain and obvious that VLTs were not similar to three-card monte; and, there was a juristic reason for ALC's enrichment at the expense of the plaintiffs.

III. Analysis

[14] ALC's application to strike relies on r. 14.24(1) of the *Rules of the Supreme Court*, which allows the court to strike any portion of a statement of claim that discloses no reasonable cause of action. The parties agree that determining whether any reasonable cause of action is disclosed in the plaintiffs' statement of claim will also satisfy the first requirement of the plaintiffs' application for certification. The test to be applied under both applications, therefore, is whether it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that each of the plaintiffs' pleaded claims disclose no reasonable cause of action. Simply stated, if a claim has no reasonable prospect of success it should not be allowed to proceed to trial (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17).

[15] A central issue in this case arises from the plaintiffs' reliance on the doctrine of waiver of tort. The plaintiffs say that a claim relying on waiver of tort as an independent cause of action for disgorgement has at least a reasonable chance of succeeding at trial. Before the Court of Appeal's decision in this case, however, no Canadian authority had recognized such a cause of action, although the plaintiffs rely on a line of class action certification decisions in

c.-à-d. à savoir si l'acte de procédure révèle une cause d'action fondée sur l'enrichissement sans cause, commandant l'application du critère traditionnel à trois volets énoncé dans des décisions comme [*Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629] » (par. 230).

[13] Dissidente, la juge Welsh aurait accueilli l'appel de la SLA et radié toutes les demandes. À son avis, les demandes en responsabilité contractuelle et délictuelle n'avaient aucune chance raisonnable d'être accueillies étant donné que les demandeurs n'avaient pas fait valoir que, individuellement, ils avaient subi un préjudice; qu'il était évident et manifeste que les ALV n'étaient pas analogues au jeu de bonneteau; et qu'il y avait une cause juridique à l'enrichissement de la SLA aux dépens des demandeurs.

III. Analyse

[14] La requête en radiation présentée par la SLA est fondée sur le par. 14.24(1) des *Rules of the Supreme Court*, qui permet à la cour de radier toute partie d'une déclaration qui ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Les parties conviennent que le fait d'établir si la déclaration des demandeurs révèle une cause d'action raisonnable satisfera aussi à la première condition de la demande d'autorisation des demandeurs. Le critère devant être appliqué dans le cas des deux demandes est donc celui de savoir s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que chacune des demandes formulées par les demandeurs ne révèle aucune cause d'action raisonnable. En termes simples, si une demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie, elle ne devrait pas pouvoir suivre son cours (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17).

[15] L'une des principales questions dans la présente affaire découle du recours par les demandeurs à la doctrine de la renonciation au recours délictuel. Ceux-ci affirment qu'une demande fondée sur la renonciation au recours délictuel en tant que cause d'action indépendante en restitution des gains illicites a au moins une chance raisonnable d'être accueillie au procès. Avant que la Cour d'appel ne rende sa décision en l'espèce, cependant, aucune

which courts have *refrained* from finding that it is plain and obvious that such an action *does not* exist. The plaintiffs place significant emphasis on *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (“*Microsoft*”), where this Court, citing conflicting authorities on this point, declined to resolve it (para. 97).

[16] In my view, developments since *Microsoft*, and distinguishing features of this case, allow us to definitively resolve whether the novel cause of action proposed by the plaintiffs exists in Canadian law. I say so for four reasons.

[17] First, the argument in favour of recognizing the plaintiffs’ novel cause of action relies on the relationship between the concept of waiver of tort and the broader law of restitution (or, as it is now more commonly referred to in Canada, the law of unjust enrichment). This area of our law has developed rapidly in recent years in ways that have deepened our understanding of unjust enrichment (see e.g. *Moore v. Sweet*, 2018 SCC 52, [2018] 3 S.C.R. 303; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at pp. vii-ix; J. D. McCamus, “Waiver of Tort: Is There a Limiting Principle?” (2014), 55 *Can. Bus. L.J.* 333, at p. 334; A. Burrows, *The Law of Restitution* (3rd ed. 2011), at pp. 3-9). More particularly, several commentators have, since *Microsoft*, made helpful contributions by specifically commenting on waiver of tort as an independent cause of action (see e.g. G. Weber, “Waiver of Tort: Disgorgement *Ex Nihilo*” (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389; S. Barton, M. Hines and S. Therien, “Neither Cause of Action nor Remedy: Doing Away with Waiver of Tort”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2015* (2015); E. M. Iacobucci and M. J. Trebilcock, “An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions” (2016), 66 *U.T.L.J.* 173). What was once seen as a state of legal

autorité canadienne n’avait reconnu une telle cause d’action, bien que les demandeurs aient invoqué une série de décisions en matière d’autorisation de recours collectifs dans lesquelles les tribunaux se sont *abstenus* de conclure qu’il est évident et manifeste qu’une telle cause d’action n’existe *pas*. Les demandeurs accordent une importance considérable à l’arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (« *Microsoft* »), dans lequel la Cour, citant des décisions contradictoires sur le sujet, a refusé de trancher la question (par. 97).

[16] À mon avis, les changements survenus depuis l’arrêt *Microsoft* et les particularités de la présente affaire nous permettent de trancher définitivement la question de savoir si la nouvelle cause d’action proposée par les demandeurs existe en droit canadien. Quatre raisons justifient cette affirmation.

[17] Premièrement, l’argument en faveur de la reconnaissance de la nouvelle cause d’action invoquée par les demandeurs repose sur le lien entre le concept de renonciation au recours délictuel et le droit plus général en matière de restitution (ou, comme on l’appelle maintenant communément au Canada, le droit relatif à l’enrichissement sans cause). Ce domaine de notre droit a rapidement évolué au cours des dernières années de manière à ce que nous ayons maintenant une compréhension plus approfondie de l’enrichissement sans cause (voir, p. ex., *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. vii-ix; J. D. McCamus, « Waiver of Tort : Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Rev. can. dr. comm.* 333, p. 334; A. Burrows, *The Law of Restitution* (3^e éd. 2011), p. 3-9). Plus particulièrement, plusieurs auteurs ont, depuis l’arrêt *Microsoft*, apporté des contributions utiles en s’exprimant expressément sur le sujet de la renonciation au recours délictuel en tant que cause d’action indépendante (voir, p. ex., G. Weber, « Waiver of Tort : Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen’s L.J.* 389; S. Barton, M. Hines et S. Therien, « Neither Cause of Action nor Remedy : Doing Away with Waiver of Tort », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review*

uncertainty at the time *Microsoft* was decided has been made clearer.

[18] Secondly, and since *Microsoft* was decided, this Court has recognized in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, the need for a culture shift to promote “timely and affordable access to the civil justice system” (para. 2). Where possible, therefore, courts should resolve legal disputes promptly, rather than referring them to a full trial (paras. 24-25 and 32). This includes resolving questions of law by striking claims that have no reasonable chance of success (S. G. A. Pitel and M. B. Lerner, “Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21” (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344, at pp. 351-52). Indeed, the power to strike hopeless claims is “a valuable housekeeping measure essential to effective and fair litigation” (*Imperial Tobacco*, at para. 19).

[19] Of course, it is not determinative on a motion to strike that the law has not yet recognized the particular claim. The law is not static, and novel claims that might represent an incremental development in the law should be allowed to proceed to trial (*Imperial Tobacco*, at para. 21; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, at para. 73; see also *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670). That said, a claim will not survive an application to strike simply because it is novel. It is beneficial, and indeed critical to the viability of civil justice and public access thereto that claims, including novel claims, which are doomed to fail be disposed of at an early stage in the proceedings. This is because such claims present “no legal justification for a protracted and expensive trial” (*Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83, at para. 19). If a court would not recognize a novel claim when the facts as pleaded are taken to be true, the claim is plainly doomed to fail and should be struck. In making this determination, it is not uncommon for courts to resolve complex questions of

of Civil Litigation, 2015 (2015); E. M. Iacobucci et M. J. Trebilcock, « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173). Ce qui était considéré comme un état d’incertitude juridique à l’époque où l’arrêt *Microsoft* a été rendu est maintenant beaucoup plus clair.

[18] Deuxièmement, et depuis qu’elle a rendu l’arrêt *Microsoft*, la Cour a reconnu, dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, qu’un virage culturel s’imposait afin de favoriser « l’accès expéditif et abordable au système de justice civile » (par. 2). Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent donc veiller au règlement rapide des litiges plutôt que les renvoyer pour instruction d’un procès complet (par. 24-25 et 32); cela comprend le fait de résoudre des questions de droit en radiant les demandes qui ne présentent aucune chance raisonnable d’être accueillies (S. G. A. Pitel et M. B. Lerner, « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Advocates’ Q.* 344, p. 351-352). De fait, le pouvoir de radier les demandes vaines constitue « une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l’efficacité et à l’équité des procès » (*Imperial Tobacco*, par. 19).

[19] Bien sûr, le fait qu’une action en particulier n’a pas encore été reconnue en droit n’est pas déterminant pour une requête en radiation. Le droit n’est pas immuable, et les demandes inédites qui pourraient représenter une évolution graduelle du droit devraient pouvoir être instruites (*Imperial Tobacco*, par. 21; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, par. 73; voir aussi *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670). Cela dit, une demande ne pourra survivre à une requête en radiation simplement parce qu’elle est inédite. Il est bénéfique, et même essentiel à la viabilité de la justice civile et à l’accès du public à celle-ci que les demandes, y compris les demandes inédites, qui sont vouées à l’échec soient tranchées tôt dans l’instance. Il en est ainsi parce que de telles demandes ne présentent pas « matière à un procès long et coûteux » (*Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 19). Si un tribunal ne reconnaît pas une demande inédite dans le cas où les faits allégués sont tenus pour avérés, la demande est manifestement vouée à l’échec et doit être radiée.

law and policy (see e.g. *Imperial Tobacco; Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Syl Apps; Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261).

[20] Lax J.'s observations in *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660, are particularly apposite, as she heard arguments on the scope of waiver of tort after a 138-day trial. The circumstances did not require her to resolve the issue, but Lax J. observed that the parties “did not rely on any evidence . . . to support or oppose extending the waiver of tort doctrine to a negligence case”, nor did the plaintiffs “lead any policy evidence to explain why waiver of tort should be available” (para. 585 (CanLII)). She concluded that “deciding the waiver of tort issue does not necessarily require a trial and that it may be possible to resolve the debate in some other way” (para. 587).

[21] Thirdly, failing to address whether an independent cause of action for waiver of tort exists will perpetuate an undesirable state of uncertainty. As Greg Weber writes, “[w]aiver of tort has become a hollow and internally inconsistent doctrine, leaving judges and litigants confused about how and when a cause of action might support disgorgement” (p. 392). Uncertainty about whether an action lies for disgorgement without proof of damage has significant ramifications, which are most apparent in the context of class actions. For 16 years since *Serhan (Estate Trustee) v. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296 (S.C.), such claims have been commonly advanced but never fully tried. In the meantime, certification judges have had “little alternative but to affirm that the question of the doctrine’s availability is indeed a live issue for trial, which can and does result in certification to the detriment of the defendant, who is then practically compelled to pay a settlement to the plaintiff” (J. M. Martin, “Waiver of Tort: An Historical and Practical Survey” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 473, at p. 476 (footnote omitted);

Il n’est pas rare qu’en rendant de telles décisions, les tribunaux règlent des questions complexes de droit et de principe (voir, p. ex., *Imperial Tobacco; Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Syl Apps; Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261).

[20] Les observations de la juge Lax dans la décision *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660, sont particulièrement pertinentes, puisqu’elle a entendu les arguments sur la portée de la renonciation au recours délictuel après un procès de 138 jours. Dans les circonstances, elle n’avait pas à trancher la question, mais la juge Lax a noté que les parties [TRADUCTION] « n’avaient invoqué aucun élément de preuve [. . .] pour étayer ou contester l’élargissement de la doctrine de la renonciation au recours délictuel à un cas de négligence », et les demandeurs n’avaient pas non plus « présenté de preuve de principe pour expliquer pourquoi la renonciation au recours délictuel devrait être possible » (par. 585 (CanLII)). Elle a conclu que « trancher la question de la renonciation au recours délictuel n’exige pas nécessairement un procès et qu’il pourrait être possible de régler le débat d’une autre façon » (par. 587).

[21] Troisièmement, le fait de ne pas se prononcer sur l’existence d’une cause d’action indépendante pour renonciation au recours délictuel perpétuera un état d’incertitude non souhaitable. Comme l’écrit Greg Weber : [TRADUCTION] « [l]a renonciation au recours délictuel est devenue une doctrine vide de sens et intrinsèquement contradictoire, à tel point que les juges et les parties ne savent ni comment ni quand une cause d’action peut ouvrir droit à la restitution des gains illicites » (p. 392). L’incertitude quant à savoir si une action en restitution des gains illicites peut être intentée en l’absence de preuve de préjudice a des conséquences importantes, qui ressortent davantage dans le contexte des recours collectifs. Au cours des 16 années qui ont suivi la décision *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296 (C.S.), de telles demandes ont souvent été introduites, mais n’ont jamais été instruites au fond. Pendant ce temps, les juges saisis d’une demande d’autorisation n’avaient [TRADUCTION] « d’autres choix que de dire que la question du recours à la doctrine est effectivement une question devant être

see also H. M. Rosenberg, “Waiving Goodbye: The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings” (2010), 6 *Can. Class Action Rev.* 37, at p. 38). Indeed, this Court’s decision to refrain from striking the waiver of tort claim in *Microsoft* has been taken as an affirmative statement that such claims are viable (see e.g. C.A. Reasons, at para. 182; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268, at para. 73; *Authentic T-Shirt Co. ULC v. King*, 2016 BCCA 59, at paras. 41-42 (CanLII)). Nothing is gained, and much court time and considerable litigant resources are lost, by leaving this issue unresolved.

[22] Finally, while waiver of tort as a novel cause of action was not a central issue in *Microsoft*, it is in the present appeals. The Court of Appeal accordingly canvassed the law comprehensively, and concluded not only that the plaintiffs’ claim should proceed to trial, but that waiver of tort should be definitively recognized as an independent cause of action. On appeal to this Court, the parties and interveners have similarly devoted substantial attention to the issue. The question is therefore ripe for decision, and these appeals presents an appropriate vehicle for deciding it.

A. *Disgorgement for Tortious Wrongdoing*

(1) Disgorgement As a Novel Cause of Action

[23] As I discuss below, the term “waiver of tort” is confusing, and should be abandoned. The concern is not for consistent terminology for its own sake, but rather for clarity of meaning: cases dealing with

tranchée à l’issue d’un procès, qui peut donner lieu, et qui donne effectivement lieu, à une autorisation au détriment du défendeur, qui est alors à toutes fins pratiques contraint de verser une somme à titre de règlement au demandeur » (J. M. Martin, « Waiver of Tort : An Historical and Practical Survey » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 473, p. 476 (note en bas de page omise); voir aussi H. M. Rosenberg, « Waiving Goodbye : The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Rev. Can. R. C.* 37, p. 38). De fait, la décision de la Cour de s’abstenir de radier la demande relative à la renonciation au recours délictuel dans l’arrêt *Microsoft* a été considérée comme une confirmation de la viabilité de telles demandes (voir, p. ex., les motifs de la C.A., par. 182; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268, par. 73; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59, par. 41-42 (CanLII)). Laisser cette question en suspens fait perdre beaucoup de temps aux tribunaux ainsi que des ressources importantes aux parties en litige, et il n’y a là rien à gagner.

[22] Enfin, même si la renonciation au recours délictuel à titre de nouvelle cause d’action n’était pas une question centrale dans l’arrêt *Microsoft*, elle l’est dans les présents pourvois. En conséquence, la Cour d’appel a examiné de manière exhaustive le droit applicable et a conclu non seulement que l’action des demandeurs devait faire l’objet d’une instruction, mais aussi que la renonciation au recours délictuel devrait être définitivement reconnue à titre de cause d’action indépendante. En appel devant la Cour, les parties et les intervenants ont de la même façon accordé beaucoup d’attention à la question. Celle-ci est donc mûre pour une décision, et les présents pourvois offrent l’occasion de la trancher.

A. *Restitution des gains illicites pour faute délictueuse*

(1) Restitution des gains illicites en tant que nouvelle cause d’action

[23] Comme je l’expliquerai ci-après, le terme « renonciation au recours délictuel » porte à confusion et devrait être abandonné. La préoccupation ne se rapporte pas à l’uniformité de la terminologie en

gain-based remedies tend to employ inconsistent nomenclature that leads to confused and confusing results. Even the term “restitution” has been applied inconsistently, sometimes referring to the causative event of unjust enrichment and sometimes referring to a measure of relief (McInnes (2014), at pp. 10-11). In my view, *restitution* properly describes the latter — meaning, restitution is the law’s remedial answer to circumstances in which a benefit moves from the plaintiff to the defendant, and the defendant is compelled to restore that benefit. Further, restitution stands in contrast to another measure of relief, *disgorgement*, which refers to awards that are calculated exclusively by reference to the defendant’s wrongful gain, irrespective of whether it corresponds to damage suffered by the plaintiff and, indeed, irrespective of whether the plaintiff suffered damage at all (McInnes (2014), at p. 11-12; see also L. D. Smith, “The Province of the Law of Restitution” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672; J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), at pp. 65-93). While this Court’s decisions have occasionally referred to disgorgement variously as “restitution damages” or “restitution for wrongdoing”, the ambiguity inherent in such terminology calls for greater precision (see e.g. *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 25; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at para. 33).

[24] In sum, then, restitution for unjust enrichment and disgorgement for wrongdoing are two types of gain-based remedies (McInnes (2014), at pp. 144-49; L. D. Smith, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract, and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L. J.* 121, at pp. 121-23; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd ed. 2015), at pp. 415-17; Burrows, at pp. 9-12). Each is distinct from the other: *disgorgement* requires only that the defendant gained a benefit (with no proof of deprivation to the plaintiff

tant que fin en soi, mais plutôt à la clarté du sens : les affaires portant sur des réparations fondées sur les gains réalisés tendent à employer une terminologie incohérente, ce qui crée de la confusion. Même le terme « restitution » n’est pas employé de manière uniforme, référant parfois à l’élément causal de l’enrichissement sans cause et parfois à une mesure de réparation (McInnes (2014), p. 10-11). À mon avis, la *restitution* correspond à cette dernière définition — c’est-à-dire que la restitution est la mesure réparatrice applicable en droit lorsque l’avantage qu’avait le demandeur passe au défendeur, et que ce dernier est tenu de remettre cet avantage. Par ailleurs, la restitution se distingue d’une autre mesure de réparation, la *restitution des gains illicites*, qui s’entend d’une somme octroyée calculée exclusivement en fonction du gain illicite du défendeur, qu’elle corresponde ou non au préjudice subi par le demandeur et, de fait, que le demandeur ait même subi un préjudice ou non (McInnes (2014), p. 11-12; voir aussi L. D. Smith, « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 672; J. Edelman, *Gain-Based Damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 65-93). Bien que dans les décisions de la Cour, la restitution des gains illicites soit parfois appelée « restitution de l’avantage obtenu » ou « restitution consécutive à un acte fautif », l’ambiguïté inhérente à cette terminologie commande une plus grande précision (voir, p. ex., *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 33).

[24] En résumé, donc, la restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d’acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés (McInnes (2014), p. 144-149; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract, and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121, p. 121-123; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3^e éd. 2015), p. 415-417; Burrows, p. 9-12). Chaque notion est distincte de l’autre : la *restitution des gains illicites* exige

required), while *restitution* is awarded in response to the causative event of unjust enrichment (most recently discussed by this Court in *Moore*), where there is correspondence between the defendant's gain and the plaintiff's deprivation (Edelman, at pp. 80-86).

[25] Here, the plaintiffs seek *disgorgement*, not restitution: they say that they are entitled to a remedy quantified solely on the basis of ALC's gain, without reference to damage that any of them may have suffered. There are two schools of thought on where disgorgement fits in the overall legal structure of private obligations. The prevailing view is consistent with that which I have just stated. Disgorgement, as a gain-based remedy, is precisely that: a *remedy*, awarded in certain circumstances upon the plaintiff satisfying all the constituent elements of one or more of various causes of action (specifically, breach of a duty in tort, contract, or equity).

[26] Some scholars, however, see disgorgement as an independent cause of action, which addresses unjust enrichment but does not operate on the same basis as the principled unjust enrichment framework adopted by this Court (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 3-4 to 3-7; see also J. Beatson, "The Nature of Waiver of Tort" (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1; D. Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Basis of Liability", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133). And a handful of them have suggested that it should be possible to pursue a remedy of disgorgement in cases that are akin to negligence, but where the plaintiff cannot prove — or chooses not to prove — resulting damage (McCamus; C. Jones, "Panacea or Pandemic: Comparing 'Equitable Waiver of Tort' to 'Aggregate Liability' in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation" (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp.*

seulement que le défendeur ait obtenu un avantage (sans qu'il soit nécessaire de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement), alors que la *restitution* est accordée en réponse à l'élément causal d'un enrichissement sans cause (analysé récemment par la Cour dans l'arrêt *Moore*), lorsque le gain réalisé par le défendeur correspond à l'appauvrissement subi par le demandeur (Edelman, p. 80-86).

[25] En l'espèce, les demandeurs sollicitent la *restitution des gains illicites*, non la restitution : ils affirment avoir droit à une réparation calculée exclusivement en fonction des gains réalisés par la SLA, sans égard au préjudice que l'un ou l'autre d'entre eux a pu subir. Il existe deux écoles de pensée quant à la place qu'occupe la restitution des gains illicites dans la structure juridique globale des obligations privées. L'opinion dominante correspond à ce que je viens tout juste d'énoncer. La restitution des gains illicites, à titre de réparation fondée sur les gains réalisés, est exactement cela : une *réparation*, accordée dans certaines circonstances lorsque le demandeur satisfait à tous les éléments constitutifs d'une ou de plusieurs causes d'action différentes (plus précisément, la violation d'une obligation en responsabilité délictuelle ou contractuelle ou en equity).

[26] Certains auteurs voient cependant la restitution des gains illicites comme une cause d'action indépendante qui permet de remédier à l'enrichissement sans cause mais qui n'a pas le même fondement que le cadre d'analyse adopté en ce domaine par la Cour (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 3-4 à 3-7; voir aussi J. Beatson, « The Nature of Waiver of Tort » (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1; D. Friedmann, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133). De plus, quelques-uns d'entre eux ont suggéré qu'il devrait être possible de demander la restitution des gains illicites dans les affaires qui s'apparentent à de la négligence, mais où le demandeur ne peut prouver — ou choisit de ne pas prouver — qu'il a subi un préjudice (McCamus; C. Jones, « Panacea or Pandemic : Comparing "Equitable Waiver of Tort"

L. 301). The plaintiffs' waiver of tort claim relies on this latter proposition.

[27] As I will explain, disgorgement should be viewed as an alternative remedy for certain forms of wrongful conduct, not as an independent cause of action. This view follows naturally from the historical origins of unjust enrichment and gain-based remedies more generally.

[28] The modern law of unjust enrichment originated in the writ of *assumpsit* (*Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at pp. 786-88). Use of *assumpsit* allowed plaintiffs to avoid the limits imposed by other forms of action, which might have prevented their claim from advancing (McInnes (2014), at p. 34; Martin, at pp. 482-84). While the writ was premised upon the defendant having undertaken to pay a sum of money to the plaintiff and having broken that promise, the specialized form of *indebitatus assumpsit* allowed plaintiffs to acquire the benefits of *assumpsit* where no such undertaking actually existed. It created the legal fiction of an implied contract, allowing plaintiffs to sue in *assumpsit*, “even where the imputation of a promise to pay was nonsensical, as when the defendant acquired a benefit through the commission of a tort.” (McInnes (2014), at pp. 34-35; see also Martin, at pp. 489-96).

[29] Where a tort was made out but the plaintiff chose to pursue a claim in *assumpsit* to recover the defendant's ill-gotten gains, the plaintiff was said to “waive the tort” (Edelman, at pp. 121-22). Despite its early acceptance, however, the term waiver of tort was a misnomer. Rather than forgiving or waiving the wrongfulness of the defendant's conduct, plaintiffs relying on the doctrine were simply electing to pursue an alternative, gain-based, remedy (Edelman, at p. 122; see also *United Australia, Ltd. v. Barclays*

to “Aggregate Liability” in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301). La demande fondée sur la renonciation au recours délictuel présentée par les demandeurs s'appuie sur cette dernière proposition.

[27] Comme je vais l'expliquer, la restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d'action indépendante. Ce point de vue découle naturellement des origines historiques de l'enrichissement sans cause et plus généralement des réparations fondées sur les gains réalisés.

[28] Le droit moderne en matière d'enrichissement sans cause tire son origine du bref d'*assumpsit* (*Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 786-788). Le recours au bref d'*assumpsit* permettait aux demandeurs d'échapper aux restrictions imposées par les autres formes d'action, qui auraient pu empêcher leur action de suivre son cours (McInnes (2014), p. 34; Martin, p. 482-484). Même si le bref reposait sur la prémisse que le défendeur s'était engagé à verser une somme d'argent au demandeur et qu'il n'avait pas respecté sa promesse, le recours spécial *indebitatus assumpsit* permettait aux demandeurs de profiter des avantages de l'*assumpsit* alors qu'un tel engagement n'existait pas vraiment. Il créait la fiction juridique d'un contrat implicite, qui permettait aux demandeurs d'intenter une action en *assumpsit*, [TRADUCTION] « même lorsque l'imputation d'une promesse de payer était absurde, comme lorsque le défendeur a tiré un avantage de la perpétration d'un délit » (McInnes (2014), p. 34-35; voir aussi Martin, p. 489-496).

[29] Lorsque le délit avait été établi mais que le demandeur avait choisi de recourir au bref d'*assumpsit* pour recouvrer les gains illicites réalisés par le défendeur, il était réputé avoir [TRADUCTION] « renoncé au recours délictuel » (Edelman, p. 121-122). Bien qu'il soit accepté depuis longtemps, le terme renonciation au recours délictuel est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoquait la doctrine choisissait simplement de

Bank Ltd., [1941] A.C. 1 (H.L.), at pp. 13 and 18). The doctrine always operated as “nothing more than a choice between possible remedies”, and *not* as an independent cause of action (*United Australia*, at p. 13; Martin, at pp. 504-5). That this is so is apparent from decisions of this Court, including *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845, where Laskin J. (as he then was), for the majority on this point, held that the plaintiff’s claim for a gain-based remedy was dependent on the tort of conversion having been completed (p. 877).

[30] Two points follow from this. First, and as this case demonstrates, the term waiver of tort is apt to generate confusion and should therefore be abandoned (Edelman, at p. 122). Secondly, and relatedly, in order to make out a claim for disgorgement, a plaintiff *must* first establish actionable misconduct.

[31] Recognizing that disgorgement is simply a remedy for certain forms of wrongful conduct places the central issue in this case in context. By pleading disgorgement as an independent cause of action, the plaintiffs seek to establish an entirely new category of wrongful conduct — one that is akin to negligence but does not require proof of damage. Supporters of this type of claim assert that “there is simply no reason in principle why the rules for compensatory damages need to be identical to the rules for disgorgement” (McCamus, at p. 359) and that, given that the purpose of granting disgorgement is to deter wrongful conduct rather than to provide compensation, there is no reason to require proof of damage (p. 354).

[32] I acknowledge that disgorgement is available for some forms of wrongdoing without proof of damage (for example, breach of fiduciary duty).

demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés (Edelman, p. 122; voir aussi *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 13 et 18). La doctrine s’est toujours appliquée comme [TRADUCTION] « un simple choix entre des réparations possibles », et *non* comme une cause d’action indépendante (*United Australia*, p. 13; Martin, p. 504-505). C’est ce qui ressort des décisions de la Cour, dont l’arrêt *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845, où le juge Laskin (plus tard juge en chef), s’exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a conclu que l’action du demandeur visant une réparation fondée sur les gains réalisés reposait sur la perpétration du délit de détournement (p. 877).

[30] Deux éléments se dégagent de ce qui précède. D’abord, comme le démontre la présente affaire, le terme renonciation au recours délictuel prête à confusion et devrait donc être abandonné (Edelman, p. 122). Ensuite, et dans le même ordre d’idées, pour établir le bien-fondé d’une demande en restitution des gains illicites, le demandeur *doit* d’abord établir l’inconduite donnant ouverture à l’action.

[31] Reconnaître que la restitution des gains illicites est simplement une réparation pour certaines formes de comportement fautif met en contexte la question se trouvant au cœur de la présente affaire. En plaçant la restitution des gains illicites en tant que cause d’action indépendante, les demandeurs cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s’apparente à la négligence mais qui n’exige pas de preuve de l’existence d’un préjudice. Les tenants de ce type d’action affirment [TRADUCTION] « [qu’]il n’y a tout simplement aucune raison de principe pour laquelle les règles applicables à l’octroi de dommages-intérêts compensatoires devraient être identiques à celles de la restitution des gains illicites » (McCamus, p. 359) et que, étant donné que la restitution des gains illicites vise à décourager les comportements fautifs plutôt qu’à fournir une indemnisation, il n’y a aucune raison d’exiger une preuve de préjudice (p. 354).

[32] Je reconnais que la restitution des gains illicites est possible pour certaines formes d’actes fautifs sans qu’il soit nécessaire de prouver le préjudice

But it is a far leap to find that disgorgement without proof of damage is available as a general proposition in response to a defendant's negligent conduct. Determining the appropriate remedy for negligence, where liability for negligence has not already been established, is futile and even nonsensical since doing so allows "the remedy tail [to] wag the liability dog" (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 55). This observation applies with no less force to the plaintiff who seeks disgorgement, since the availability of gain-based relief lies in "aligning the remedy with the injustice it corrects" (E. J. Weinrib, "Restitutionary Damages as Corrective Justice" (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1, at p. 23 (emphasis added)).

[33] It is therefore important to consider what it is that makes a defendant's negligent conduct wrongful. As this Court has maintained, "[a] defendant in an action in negligence is not a wrongdoer at large: he is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff" (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 16). There is no right to be free from the prospect of damage; there is only a right not to suffer damage that results from exposure to unreasonable risk (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (rev. ed. 2012), at pp. 153 and 157-58; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at pp. 44-45 and 99). In other words, negligence "in the air" — the mere creation of risk — is not wrongful conduct. Granting disgorgement for negligence without proof of damage would result in a remedy "arising out of legal nothingness" (Weber, at p. 424). It would be a radical and uncharted development, "[giving] birth to a new tort over night" (Barton, Hines and Therien, at p. 147).

[34] The difficulty is not just normative, although it is at least that. The practical difficulty associated with recognizing an action in negligence without

(par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire). Il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Déterminer la réparation qui convient en cas de négligence, lorsque la responsabilité pour négligence n'a pas déjà été établie, est futile et même insensé car cela permet de « mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité) » (*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 55). Cette observation s'applique tout autant au demandeur qui cherche à obtenir la restitution des gains illicites, car la disponibilité de la réparation fondée sur les gains réalisés tient au fait que [TRADUCTION] « la réparation doit être en adéquation avec l'injustice qu'elle corrige » (E. J. Weinrib, « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1, p. 23 (je souligne)).

[33] Par conséquent, il est important de se demander ce qui fait que la conduite négligente d'un défendeur est fautive. Comme l'a dit la Cour : « [l]e défendeur à une action en négligence n'est pas l'auteur d'un tort en général; il est uniquement l'auteur du préjudice qu'il cause réellement au demandeur » (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 16). Le droit d'être à l'abri de l'éventualité d'un préjudice n'existe pas; il existe seulement un droit de ne pas subir de préjudice découlant de l'exposition à un risque déraisonnable (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (éd. rév. 2012), p. 153 et 157-158; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 44-45 et 99). En d'autres mots, de « simples rumeurs » de négligence — la simple création d'un risque — ne constituent pas un comportement fautif. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation [TRADUCTION] « issue d'un néant juridique » (Weber, p. 424). Ce serait là un changement radical tout à fait nouveau, [TRADUCTION] « [donnant] naissance du jour au lendemain à un nouveau délit » (Barton, Hines et Therien, p. 147).

[34] La difficulté est à tout le moins normative, mais elle n'est pas que ça. La difficulté pratique que pose la reconnaissance d'une action en négligence

proof of damage becomes apparent in considering how such a claim would operate. As the Court of Appeal recognized, a claim for disgorgement available to any plaintiff placed within the ambit of risk generated by the defendant would entitle *any one* plaintiff to *the full gain* realized by the defendant. No answer is given as to why any particular plaintiff is entitled to recover the whole of the defendant's gain. Yet, corrective justice, the basis for recovery in tort, demands *just that*: an explanation as to why *the plaintiff is the party* entitled to a remedy (*Clements*, at para. 7; Weinrib (2000), at pp. 1-7). Tort law does not treat plaintiffs “merely as a convenient conduit of social consequences” but rather as “someone to whom damages are owed to correct the wrong suffered” (Weinrib (2000), at p. 6). A cause of action that promotes a race to recover by awarding a windfall to the first plaintiff who arrives at the courthouse steps undermines this foundational principle of tort law.

[35] This is not the type of incremental change that falls within the remit of courts applying the common law (*Salituro*, at p. 670). It follows that the novel cause of action proposed by the plaintiffs has no reasonable chance of succeeding at trial.

(2) Disgorgement for the Completed Tort of Negligence

[36] The Court of Appeal majority concluded that, even if disgorgement for wrongdoing is not an independent cause of action, the plaintiffs have adequately pleaded the elements of the tort of negligence, and may therefore seek disgorgement for tortious wrongdoing on that basis. While disgorgement for tortious wrongdoing was initially applied only in the context of proprietary torts, including conversion, deceit, and trespass, it found broader application in the late 20th century (Martin, at pp. 505-6). It has even been suggested that disgorgement may be available for negligence in certain circumstances, and the

sans preuve de préjudice devient apparente lorsqu'on s'attarde au fonctionnement d'une telle action. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, la possibilité pour tout demandeur exposé au risque généré par le défendeur de demander la restitution des gains illicites permettrait à *tout* demandeur d'avoir droit à *tous les gains* réalisés par le défendeur. Aucune réponse n'est donnée à la question de savoir pourquoi un demandeur précis est autorisé à recouvrer l'ensemble des gains réalisés par le défendeur. Pourtant, la justice réparatrice, le fondement de l'indemnisation en matière délictuelle, exige *précisément cela* : une explication quant aux raisons pour lesquelles *le demandeur est la partie* qui a droit à la réparation (*Clements*, par. 7; Weinrib (2000), p. 1-7). En droit de la responsabilité délictuelle, les demandeurs ne sont pas considérés comme de [TRADUCTION] « simples intermédiaires pratiques de conséquences sociales », mais plutôt comme « des personnes à qui des dommages-intérêts sont dus pour réparer le tort causé » (Weinrib (2000), p. 6). Une cause d'action qui favorise une course au recouvrement, en accordant un gain fortuit au premier demandeur qui se présente en cour, mine ce principe fondamental du droit de la responsabilité délictuelle.

[35] Ce n'est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law (*Salituro*, p. 670). Il s'ensuit que la nouvelle cause d'action proposée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie au procès.

(2) Restitution des gains illicites pour délit complet de négligence

[36] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que, même si la restitution des gains illicites pour acte fautif n'est pas une cause d'action indépendante, les demandeurs ont valablement plaidé les éléments du délit de négligence, et peuvent donc solliciter la restitution des gains illicites pour faute délictueuse pour cette raison. Bien que la restitution des gains illicites pour faute délictueuse ait d'abord été appliquée seulement dans le contexte des délits de nature propriétaire, dont le détournement, le dol et l'intrusion, son application s'est élargie à la fin du 20^e siècle (Martin, p. 505-506). Certains ont même

issue remains unsettled (Edelman, at pp. 129-30; C.-M. O’Hagan, “Remedies”, in L. N. Klar et al., eds., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 4, at §200). While that may have to be decided in an appropriate case, as I will explain the plaintiffs have not adequately pleaded a claim in negligence, and it is unnecessary to resolve the question here.

[37] Causation of damage is a required element of the tort of negligence. As I have explained, the conduct of a defendant in negligence is wrongful only to the extent that it *causes* damage (*Clements*, at para. 16). While the plaintiffs allege that ALC had a duty to warn of the inherent dangers associated with VLTs, including the risk of addiction and suicide, those dangers are not alleged to have materialized. The plaintiffs do not allege that proper warnings would have caused them to spend less money playing VLTs or to avoid them altogether.

[38] It follows that I respectfully disagree with Court of Appeal’s conclusion that the plaintiffs would not be “precluded from leading evidence that the breach of duty (assuming it can be proven) led to some form of injury” (para. 186). Again, causation of damage is a required element of the cause of action of negligence, and it must be pleaded. Here, not only have the plaintiffs *not* pleaded causation, their pleadings expressly disclaim any intention of doing so. The absence of a pleading of causation, they acknowledge, arises from an intentional litigation strategy to increase the likelihood of obtaining certification of their action as a class action by avoiding having to prove individual damage. This particular claim also has no reasonable chance of success.

laissé entendre que la restitution des gains illicites pourrait être disponible en cas de négligence dans certaines circonstances, et la question n’a pas encore été réglée (Edelman, p. 129-130; C.-M. O’Hagan, « Remedies », dans L. N. Klar et autres, dir., *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 4, §200). Bien que cette question puisse devoir être tranchée dans le cadre d’une affaire qui s’y prête, comme je vais l’expliquer, les demandeurs n’ont pas valablement plaidé la négligence, et il est inutile de trancher la question en l’espèce.

[37] Le fait de causer un préjudice est un élément requis du délit de négligence. Comme je l’ai expliqué, la conduite du défendeur à une action en négligence n’est fautive que dans la mesure où elle *cause* un préjudice (*Clements*, par. 16). Bien que les demandeurs soutiennent que la SLA avait une obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et de suicide, il n’est pas allégué que ces dangers se sont concrétisés. Les demandeurs ne font pas valoir que, grâce à une mise en garde adéquate, ils auraient dépensé moins d’argent en jouant sur des ALV ou encore qu’ils les auraient complètement évités.

[38] Par conséquent, je ne peux souscrire à la conclusion de la Cour d’appel portant que [TRANSDUCTION] « rien n’empêcherait [les demandeurs] de présenter des éléments de preuve montrant que le manquement à l’obligation (à supposer qu’il puisse être prouvé) a causé un certain préjudice » (par. 186). Je répète que le fait de causer un préjudice est un élément requis de la cause d’action en négligence, et qu’il doit être invoqué. En l’espèce, non seulement les demandeurs n’ont *pas* allégué avoir subi un préjudice, mais leurs actes de procédure mentionnent expressément qu’ils n’ont pas l’intention de le faire. Ils reconnaissent que l’absence d’allégation de préjudice découle d’une stratégie intentionnelle visant à accroître la probabilité d’obtenir l’autorisation d’exercer leur action en tant que recours collectif en évitant d’avoir à prouver le préjudice individuel. Cette demande n’a pas non plus de chance raisonnable d’être accueillie.

B. *Alleged Criminal Conduct*

[39] The plaintiffs further allege that the *Criminal Code* prohibits the operation of VLTs. While breach of statute is not a recognized cause of action (*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at p. 225), the allegations of criminal conduct are intended to serve two purposes. First, the plaintiffs say that the presence of criminal conduct warrants exceptional relief for breach of contract, specifically disgorgement or punitive damages. Secondly, the plaintiffs argue that, if ALC's conduct is criminal, there is no juristic reason for ALC's enrichment at the plaintiffs' expense, which grounds their claim in unjust enrichment.

[40] The plaintiffs' argument is that VLTs are so inherently deceptive that they should be considered a game "similar to" three-card monte within the meaning of s. 206 of the *Criminal Code*, which states in part:

206 (1) Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than two years . . . who

...

(g) induces any person to stake or hazard any money or other valuable property or thing on the result of any dice game, three-card monte, punch board, coin table or on the operation of a wheel of fortune;

...

(2) In this section, *three-card monte* means the game commonly known as three-card monte and includes any other game that is similar to it, whether or not the game is played with cards and notwithstanding the number of cards or other things that are used for the purpose of playing.

While s. 207(1)(a) of the *Criminal Code* exempts provincial lottery schemes from most gaming and betting prohibitions, that exemption does not extend

B. *Allégation de conduite criminelle*

[39] Les demandeurs affirment par ailleurs que le *Code criminel* interdit l'exploitation des ALV. Bien que la violation d'une loi ne soit pas une cause d'action reconnue (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 225), les allégations de conduite criminelle visent un double objectif. Premièrement, les demandeurs affirment que l'existence d'une conduite criminelle justifie l'octroi de réparations exceptionnelles en cas de violation de contrat, plus précisément la restitution des gains illicites ou les dommages-intérêts punitifs. Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que si le comportement de la SLA est criminel, il n'y a aucun motif juridique pour l'enrichissement de la SLA au détriment des demandeurs, ce qui est le fondement de leur action pour enrichissement sans cause.

[40] Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement trompeurs au point où ils devraient être considérés comme un jeu « analogue » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l'art. 206 du *Code criminel*, qui prévoit en partie ce qui suit :

206 (1) Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans [. . .] quiconque, selon le cas :

...

(g) décide une personne à risquer ou hasarder de l'argent ou quelque autre bien ou chose de valeur sur le résultat d'un jeu de dés, d'un jeu de bonneteau, d'une planchette à poinçonner, d'une table à monnaie, ou sur le fonctionnement d'une roue de fortune;

...

(2) Au présent article, *bonneteau* s'entend du jeu communément appelé « *three-card monte* »; y est assimilé tout autre jeu analogue, qu'il soit joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer.

Bien que l'al. 207(1)a) du *Code criminel* fasse bénéficier d'une exception les systèmes de loterie provinciaux relativement à la plupart des interdictions

to three-card monte (s. 207(4)(a)). Thus, the argument goes, if VLTs are games similar to three-card monte, their operation would be unlawful, even through a provincial lottery scheme.

[41] It is well-settled that statutory interpretation requires discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's scheme and objects. In determining what games can be considered "similar to" three-card monte, I also bear in mind that courts cannot create common law crimes through an act of judicial interpretation (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 3).

[42] The Court of Appeal concluded that expert evidence is required to determine the essence of three-card monte, which would then be used to evaluate whether VLTs share three-card monte's essential features (para. 208). I find myself in respectful disagreement with that conclusion. While expert evidence may assist in deciding whether the defined elements of an offence are made out on the facts of a particular charge, expert evidence cannot purport to define the elements of an offence (*R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204, at para. 73). While permissible expert evidence might therefore describe the *features* of VLTs for the purpose of establishing similarity, it is a court's role, and only a court's role, to discern Parliament's intention in prohibiting games "similar to" three-card monte.

[43] Beginning with the text of the prohibition, I observe that s. 206(2) refers to "the game commonly known as three-card monte". The *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines "three-card monte" as a game played with three cards where "players bet on which of three cards lying face down is the queen." Similarly, and shortly before Parliament enacted this *Criminal Code* prohibition, the Quebec Court of Appeal described three-card monte as "a game played with three cards . . . shuffled or manipulated by the dealer and placed face down and the opponent backs his ability to spot the

en matière de jeux et de paris, cette exception ne s'applique pas au jeu de bonneteau (al. 207(4)a)). Ainsi, selon cet argument, si les ALV sont des jeux analogues au jeu de bonneteau, leur exploitation serait illégale, même si elle relève d'un système de loterie provincial.

[41] Il est bien établi que l'interprétation des lois exige de dégager l'intention du législateur en lisant le texte législatif dans son contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, je garde aussi à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 3).

[42] La Cour d'appel a conclu qu'une preuve d'expert est nécessaire pour savoir ce qui constitue l'essence du jeu de bonneteau, pour pouvoir ensuite évaluer si les ALV partagent les mêmes caractéristiques essentielles que celui-ci (par. 208). En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction (*R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, par. 73). Même si la preuve d'expert admissible peut en conséquence décrire les *caractéristiques* des ALV en vue d'établir les similarités avec le jeu de bonneteau, il appartient à la cour, et seulement à celle-ci, de dégager l'intention qu'avait le législateur en interdisant les jeux « analogues » au bonneteau.

[43] Si je commence par le libellé de l'interdiction, je constate que le par. 206(2) renvoie au « jeu communément appelé "*three-card monte*" ». Le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004) définit le « *three-card monte* » comme un jeu qui se joue avec trois cartes [TRADUCTION] « où les joueurs parient sur une des trois cartes placées face cachée qu'ils croient être la reine ». De même, et peu avant que le Parlement ait adopté cette interdiction du *Code criminel*, la Cour d'appel du Québec a décrit le bonneteau comme [TRADUCTION] « un jeu qui se joue avec trois cartes [. . .] brassées ou manipulées par le

position of a particular card” (*The King v. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500 (Que. C.A.), at pp. 502-3).

[44] Section 206(2)’s text has a wider reach, however, capturing “similar” games, “whether or not the game is played with cards and notwithstanding the number of cards or other things that are used for the purpose of playing”. The plaintiffs contend that this expanded definition is meant to capture all games of a broadly deceptive nature. In my view, however, it is apparent from the historical background, from statements indicating why the provision was introduced, and from the text of the provision itself, viewed in its surrounding context that this prohibition does not reach so far.

[45] The state of the law prior to this provision’s enactment lends important insight into its purpose. In *Rosen and Lavoie*, the Quebec Court of Appeal held that three-card monte did not constitute a contravention of the *Criminal Code*’s cheating at play offence (s. 209). Shortly thereafter, the Member of Parliament for Jacques Cartier introduced a private member’s bill to outlaw three-card monte specifically. He stated during second reading that the proposed changes were a direct response to *Rosen and Lavoie* targeting the specific game of three-card monte (*House of Commons Debates*, vol. 2, 5th Sess., 13th Parl., April 11, 1921, at p. 1858). As to why it was necessary to further prohibit games *similar* to three-card monte, he explained:

If we made it a crime for people to play with three cards, they might play with four cards or they might play with other instruments than cards, and that is why we thought it proper to enlarge the clause so as to endeavour to cover other cases.

The Minister of Justice adopted the member’s statements and opted to include the new provisions in broader Bill of proposed amendments to the *Criminal Code* (*House of Commons Debates*, vol. 2,

donneur et placées face cachée, et où le joueur mise sur son aptitude à repérer une carte en particulier » (*The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500 (C.A. Qc), p. 502-503).

[44] Cependant, le libellé du par. 206(2) a une portée plus large, car il englobe tout jeu « analogue, qu’il soit joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer ». Les demandeurs soutiennent que cette définition élargie vise à englober tous les jeux de nature trompeuse en général. À mon avis, il ressort toutefois du contexte historique, des énoncés expliquant pourquoi la disposition a été adoptée et du libellé de la disposition même, considéré dans son contexte, que cette interdiction n’a pas une portée aussi large.

[45] L’état du droit avant l’adoption de cette disposition nous éclaire de manière importante sur son objet. Dans l’arrêt *Rosen and Lavoie*, la Cour d’appel du Québec a conclu que le bonneteau ne contrevenait pas à l’infraction prévue dans le *Code criminel* qui consiste à tricher au jeu (art. 209). Peu après, le député de Jacques-Cartier a présenté un projet de loi d’initiative parlementaire visant à interdire particulièrement le bonneteau. Lors de la deuxième lecture, il a déclaré que les modifications proposées répondaient directement à l’arrêt *Rosen and Lavoie* et ciblaient précisément le jeu de bonneteau (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1899). Quant à savoir pourquoi il était nécessaire d’aller plus loin en interdisant les jeux *analogues* au bonneteau, il a expliqué ce qui suit :

Si nous défendions de jouer avec trois cartes on jouerait peut-être avec quatre ou avec d’autres instruments que des cartes. Voilà pourquoi nous avons cru devoir étendre la portée de l’article de manière à comprendre les autres cas.

Le ministre de la Justice a fait siennes les déclarations du député et a décidé d’inclure les nouvelles dispositions dans un projet de loi général proposant des modifications au *Code criminel* (*Débat de la*

at p. 1857; see also *House of Commons Debates*, vol. 4, 5th Sess., 13th Parl., May 6, 1921, at p. 3006).

[46] While this Court has recognized that the statements of particular Members of Parliament cannot necessarily be taken as expressing the intention of Parliament as a whole (*R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 788-89), the statements recounted here were made by those directly responsible for introducing the three-card monte prohibition, and as such provide relevant evidence of legislative purpose. They indicate that the phrase “similar to” was included in s. 206(2) to capture games that involve betting on the location of a particular object after a series of movements, regardless of whether the game is played with three playing cards.

[47] The text of the provision and its surrounding context further suggest that the prohibition of games *similar to* three-card monte was directed towards the game’s concrete attributes and not towards the abstract feature of deception. One would expect that, had Parliament sought to prohibit broadly deceptive gambling games, it would have straightforwardly done so (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 207-8). It defies logic that Parliament would choose to create such an offence by prohibiting three-card monte. Moreover, three-card monte is listed alongside other types of gambling games that are defined by their physical characteristics (punch boards, coin tables, and wheels of fortune). It would be anomalous to interpret the inclusion of three-card monte in this list as an intention to prohibit all deceptive games (*Sullivan*, at pp. 230-34).

[48] All this leads me to conclude that games “similar to” three-card monte involve, at a minimum, a player betting on the location of an object after a series of manipulations. Nothing in the pleadings describes VLTs as operating in this manner. Thus, the claim that VLTs are similar to three-card monte has no reasonable chance of success.

Chambre des communes, vol. 2, p. 1898; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3058-3059).

[46] Bien que la Cour ait reconnu que les déclarations de certains députés ne reflètent pas nécessairement l’intention générale du législateur (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788-789), les propos rapportés ici ont été tenus par ceux qui étaient directement responsables de l’adoption de la disposition prohibant le bonneteau, et constituent à ce titre une preuve pertinente de l’intention du législateur. On y voit que le terme « analogue » a été inclus au par. 206(2) afin d’englober les jeux consistant à parier sur l’endroit où se trouve un objet en particulier après une série de mouvements, que le jeu soit joué avec trois cartes ou autrement.

[47] Le libellé de la disposition et son contexte tendent aussi à indiquer que l’interdiction visant les jeux *analogues* au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Il est permis de présumer que, si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l’aurait fait sans détour (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 207-208). Il n’est pas logique que le législateur ait choisi de créer une telle infraction en interdisant le jeu de bonneteau. Qui plus est, le bonneteau fait partie d’une liste de plusieurs autres types de jeux de hasard définis selon leurs caractéristiques physiques (planchette à poinçonner, table à monnaie et roue de fortune). Il serait anormal d’interpréter l’inclusion du jeu de bonneteau dans cette liste comme témoignant d’une intention d’interdire tous les jeux trompeurs (*Sullivan*, p. 230-234).

[48] Tout cela m’amène à conclure que les jeux « analogues » au bonneteau supposent, à tout le moins, qu’un joueur parie sur l’endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière. Ainsi, l’allégation selon laquelle les ALV sont analogues au jeu de bonneteau n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie.

C. Breach of Contract

[49] At first glance, the plaintiffs' breach of contract claim might merit different treatment than their claim in tort, since breach of contract — unlike the tort of negligence — does not require proof of loss as an element of the cause of action (*Rogers & Rogers Inc. v. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142 (Ont. S.C.), at para. 91). But that is of no moment here, since the plaintiffs have made it clear — both in their pleadings and at every level of court — that they seek only *non-compensatory* remedies for breach of contract, namely disgorgement and punitive damages. Whether the plaintiffs' breach of contract claim discloses a *reasonable* cause of action should be considered in light of the remedies the plaintiffs actually seek. The question to be decided here, then, is whether these remedies are available to the plaintiffs, assuming the truth of their pleadings.

(1) Disgorgement for Breach of Contract

[50] The ordinary form of monetary relief for breach of contract is an award of damages, measured according to the position which the plaintiff would have occupied had the contract been performed (*Bank of America*, at para. 25). Correspondingly, the orthodox position maintained that disgorgement of the defendant's profits was not an available remedy for breach of contract (H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-36 to 1-39; S. Watterson, "Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales", in E. Hondius and A. Janssen, eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World* (2015), 29, at p. 55; see also *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 673).

C. Violation de contrat

[49] À première vue, la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs pourrait recevoir un traitement différent que leur demande fondée sur la responsabilité délictuelle, puisque la violation de contrat — à la différence du délit de négligence — n'exige pas la preuve d'une perte comme élément de la cause d'action (*Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142 (C.S. Ont.), par. 91). Or, cela n'est pas pertinent en l'espèce, puisque les demandeurs ont indiqué clairement — dans leurs actes de procédure et devant chaque juridiction — qu'ils sollicitaient seulement des réparations de nature *non compensatoire* pour la violation de contrat, soit la restitution des gains illicites et des dommages-intérêts punitifs. La question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs révèle une cause d'action *raisonnable* devrait être examinée à la lumière des réparations qu'ils cherchent à obtenir. La question que nous sommes ici appelés à trancher, en conséquence, est celle de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés.

(1) Restitution des gains illicites pour violation de contrat

[50] La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté (*Banque d'Amérique*, par. 25). En conséquence, les tenants de l'opinion traditionnelle soutiennent que la restitution des gains illicites réalisés par le défendeur n'est pas une réparation à laquelle donne droit la violation de contrat (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-36 à 1-39; S. Watterson, « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », dans E. Hondius et A. Janssen, dir., *Disgorgement of Profits : Gain-Based Remedies throughout the World* (2015), 29, p. 55; voir aussi *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 673).

[51] More recently, courts have accepted that disgorgement may be available for breach of contract in certain exceptional circumstances (*Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.); *Bank of America*, at paras. 25 and 30-31). In *Blake*, the defendant was a former member of the British secret intelligence service who had defected to become an agent for the Soviet Union. He was discovered and sentenced to 42 years' imprisonment, but escaped prison and fled the country. Blake later entered into a contract to publish his memoirs, in contravention of the confidentiality undertaking in his employment agreement with the intelligence service. The information in his memoirs was, however, "no longer confidential, nor was its disclosure damaging to the public interest" (p. 275). Further, Blake's fiduciary obligations ceased to exist when he was dismissed from his post. The sole question was, therefore, whether the Crown could pursue disgorgement for his breach of contract.

[52] Lord Nicholls, for a majority of the House, held that disgorgement for breach of contract may be appropriate in exceptional circumstances, but only where, at a minimum, the remedies of damages, specific performance, and injunction are inadequate (*Blake*, at p. 285; *One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, at para. 64; see also Watterson, at p. 55). As to the types of circumstances that should be considered exceptional, Lord Nicholls concluded:

No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit. [Emphasis added; p. 285.]

[51] Plus récemment, les tribunaux ont reconnu que la restitution des gains illicites peut être possible en cas de violation de contrat dans certaines circonstances exceptionnelles (*Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.); *Banque d'Amérique*, par. 25 et 30-31). Dans l'arrêt *Blake*, le défendeur, un ancien membre du service du renseignement britannique, était devenu agent pour l'Union soviétique. Après avoir été découvert, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 42 ans, mais il s'est échappé de prison avant de fuir le pays. M. Blake a par la suite conclu un contrat pour la publication de ses mémoires, contrevenant ainsi à la clause de confidentialité du contrat de travail qu'il avait signé avec le service du renseignement. La cour a cependant jugé que l'information contenue dans ses mémoires n'était [TRADUCTION] « plus confidentielle et que sa divulgation ne portait pas non plus atteinte à l'intérêt public » (p. 275). Par ailleurs, les obligations fiduciaires de M. Blake ont pris fin lorsqu'il a été congédié de son poste. La seule question était donc celle de savoir si la Couronne pouvait le poursuivre en restitution des gains illicites pour ne pas avoir respecté son contrat.

[52] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Chambre, lord Nicholls a conclu que la restitution des gains illicites pour violation de contrat pouvait convenir dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction ne convenaient pas (*Blake*, p. 285; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, par. 64; voir aussi Watterson, p. 55). Pour ce qui est des circonstances qui devraient être considérées exceptionnelles, lord Nicholls a conclu :

[TRADUCTION] Aucune règle fixe ne peut être prescrite. La cour tiendra compte de l'ensemble des circonstances, notamment de l'objet du contrat et de la clause qui n'a pas été respectée, des circonstances dans lesquelles la violation s'est produite, des conséquences de cette violation et du contexte dans lequel s'inscrit le recours. Un indice utile et général, quoique non exhaustif, réside dans la réponse à la question de savoir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives et de le priver ainsi de ses profits. [Je souligne; p. 285.]

[53] Nothing in the law of Canada contradicts the “exceptional” standard articulated by Lord Nicholls in *Blake*. Indeed, this Court’s statement in *Bank of America*, at para. 31 — that “[c]ourts generally avoid [the restitution] measure of damages” — affirms this Court’s view, like that expressed by the House of Lords in *Blake*, that disgorgement awards are not generally available. In particular, and again as was held in *Blake*, disgorgement for breach of contract is available only where other remedies are inadequate and only where the circumstances warrant such an award. As to those circumstances, courts should in particular consider whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant’s profit-making activity.

[54] Ultimately, Lord Nicholls concluded in *Blake* that the circumstances before him were indeed “exceptional”. The ordinary measure of expectation damages could not have vindicated the Crown’s interest, as no economic loss resulted from the publication of Blake’s memoirs. Further, in Lord Nicholls view, the Crown had a legitimate interest in Blake’s profits because his confidentiality undertaking was “closely akin to a fiduciary obligation” (p. 287). I pause here because, I respectfully differ on this latter point. The imposition of “quasi-fiduciary” relationships by operation of law is a concept foreign to Canadian law (*RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79, at paras. 51-54, per Abella J. (dissenting)). I therefore prefer the view of Professor McInnes, who states:

To . . . impose relief in a contractual context on the basis of an undefined notion of *quasi*-fiduciary duty dangerously ignores Justice Sopinka’s warning that such obligations “should not be imposed . . . simply to improve the nature or extent of the remedy”. It is not merely that Lord Nicholls’ approach fails to reveal a sound basis for liability; it also

[53] Rien en droit canadien ne va à l’encontre de la norme des circonstances « exceptionnelles » énoncée par lord Nicholls dans l’arrêt *Blake*. D’ailleurs, l’observation suivante faite par la Cour au par. 31 de l’arrêt *Banque d’Amérique* — « [I]es tribunaux évitent généralement de recourir à cette méthode de calcul des dommages-intérêts [de la restitution] » — confirme que, à l’instar de la Chambre des lords dans l’arrêt *Blake*, elle estime que la restitution des gains illicites n’est pas une réparation généralement disponible. En particulier, et encore comme il a été conclu dans l’arrêt *Blake*, la restitution des gains illicites pour cause de violation de contrat n’est possible que si les autres réparations ne conviennent pas et que si les circonstances justifient d’accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d’exercer ses activités lucratives.

[54] En définitive, lord Nicholls a conclu dans l’arrêt *Blake* que les circonstances de l’affaire dont il était saisi étaient effectivement « exceptionnelles ». La mesure ordinaire de l’indemnisation pour la perte du profit escompté ne permettait pas de défendre l’intérêt de la Couronne, car la publication des mémoires de M. Blake n’avait causé aucun préjudice économique. Par ailleurs, de l’avis de lord Nicholls, la Couronne avait un intérêt légitime dans les profits réalisés par M. Blake parce que la clause de confidentialité à laquelle il était soumis [TRADUCTION] « se rapprochait d’une obligation fiduciaire » (p. 287). J’ouvre ici une parenthèse pour dire que, en toute déférence, je ne partage pas cette opinion quant au dernier point. La création d’une relation « quasi-fiduciaire », par application de la loi, est une notion étrangère au droit canadien (*RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 51-54, la juge Abella (dissidente)). Je préfère donc l’opinion suivante du professeur McInnes :

[TRADUCTION] Imposer dans un contexte contractuel une mesure de redressement sur le fondement d’une conception non définie de l’obligation *quasi*-fiduciaire néglige dangereusement la mise en garde formulée par le juge Sopinka, à savoir que de telles obligations « ne devraient pas être superposées [. . .] simplement pour améliorer la

implicitly invites lower courts to similarly manipulate equitable doctrine for instrumental purposes. Such an exercise is inimical to the development of coherent principle.

(“Gain-Based Relief for Breach of Contract: *Attorney General v. Blake*” (2001), 35 *Can. Bus. L.J.* 72, at p. 85, citing *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 312.)

[55] As to what circumstances *will* create a legitimate interest in the defendant’s profit-making activity, I agree with Lord Nicholls that the boundaries of this remedy are “best hammered out on the anvil of concrete cases” (*Blake*, at p. 291). I can, however, offer some observations.

[56] Many scholars have recognized that it is difficult to reconcile disgorgement for breach of contract with private law principles (see e.g. E. J. Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55, at p. 70; D. Winterton, “Contract Theory and Gain-Based Recovery” (2013), 76 *M.L.R.* 1129; McInnes (2001)). This Court has gone even further, cautioning that disgorgement awards may have the undesirable effect of deterring “efficient breach[es] of contract” (*Bank of America*, at paras. 30-31, Weinrib (2003), at p. 73). More importantly, it is difficult to explain disgorgement for breach of contract from the standpoint of corrective justice (Weinrib (2003), at p. 57). Granted, some attempts have been made to articulate a corrective justice rationale, but those accounts have been met with substantial criticism (see P. Benson, “Contract as a Transfer of Ownership” (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673; A. Botterell, “Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract” (2010), 16 *Legal Theory* 135; and A. R. Sangiuliano, “A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies” (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, at pp. 160-74).

nature ou la portée du redressement ». Non seulement l’approche du lord Nicholls ne laisse voir aucun motif valable de responsabilité, mais elle invite implicitement les tribunaux d’instance inférieure à manipuler ainsi la doctrine d’équité à des fins utiles. Une telle pratique est incompatible avec l’élaboration d’un principe cohérent.

(« Gain-Based Relief for Breach of Contract : *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Rev. can. dr. comm.* 72, p. 85, citant *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 312.)

[55] Quant aux circonstances qui *créeront* un intérêt légitime dans les activités lucratives du défendeur, je conviens avec le lord Nicholls que les limites de cette mesure de réparation [TRADUCTION] « doivent être forgées sur l’enclume de cas concrets » (*Blake*, p. 291). Je me permettrai, cependant, de faire quelques observations.

[56] Plusieurs universitaires ont reconnu qu’il est difficile de concilier la restitution des gains illicites pour violation de contrat et les principes de droit privé (voir, p. ex., E. J. Weinrib, « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55, p. 70; D. Winterton, « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129; McInnes (2001)). La Cour est même allée plus loin en précisant que les décisions octroyant la restitution des gains illicites pourraient avoir l’effet indésirable de décourager les « inexécution[s] contractuelle[s] rentable[s] » (*Banque d’Amérique*, par. 30-31; Weinrib (2003), p. 73). Plus important encore, il est difficile d’expliquer la restitution des gains illicites pour violation de contrat sous l’angle de la justice réparatrice (Weinrib (2003), p. 57). Certes, il y a eu certaines tentatives pour formuler un principe de justice réparatrice, mais elles ont fait l’objet de nombreuses critiques (voir P. Benson, « Contract as a Transfer of Ownership » (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673; A. Botterell, « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135; et A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 160-174).

[57] In my view, the key to developing principles for gain-based recovery in breach of contract is to consider what legitimate interest a gain-based award serves to vindicate. A coherent approach that reconciles the relief awarded with the structure of breach of contract as a cause of action should be preferred (McInnes (2001), at pp. 88-93; see also N. W. Sage, “Disgorgement: From Property to Contract” (2016), 66 *U.T.L.J.* 244). To that end, it is useful to recall that courts have, in some exceptional circumstances, long awarded monetary amounts departing from the ordinary measure of expectation damages. That is to say, while disgorgement awards quantified solely by reference to the defendant’s profit are a relatively recent development, other gain-based awards are nothing new. For example, this Court has awarded damages quantified by the amount a defendant saved through deficient performance, though the plaintiff would have been no better off had the contract been performed (*Sunshine Exploration Ltd. v. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] S.C.R. 2). The Court of Appeal of Nunavut suggested a similar measure of relief in circumstances where the damage caused by the defendant’s deficient performance was simply too difficult to quantify (*Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, at para. 88 (“*Inuit of Nunavut*”). And courts have also granted what might be termed “negotiating damages” to prevent a defendant from obtaining for free an advantage for which it did not bargain (*Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321 (Ch. D.); *Smith v. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48, at paras. 39-44; see also *Morris-Garner*, at paras. 91-100). As the Supreme Court of the United Kingdom recently explained in *Morris-Garner*, at para. 95:

Negotiating damages can be awarded for breach of contract where the loss suffered by the claimant is appropriately measured by reference to the economic value of the right which has been breached, considered as an asset. . . .

[57] À mon avis, l’élément essentiel pour élaborer les principes d’une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d’action devrait être privilégiée (McInnes (2001), p. 88-93; voir aussi N. W. Sage, « Disgorgement : From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244). À cette fin, il est utile de rappeler que les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines circonstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s’écartant de l’évaluation ordinaire de l’indemnisation pour la perte du profit escompté. C’est donc dire que, si les montants accordés au titre de la restitution des gains illicites quantifiés uniquement en fonction du profit réalisé par le défendeur sont relativement nouveaux, d’autres réparations fondées sur les gains n’ont rien de nouveau. Par exemple, la Cour a accordé des dommages-intérêts calculés en fonction du montant que le défendeur avait économisé en raison d’une exécution fautive, alors que le demandeur ne se serait pas trouvé en meilleure position si le contrat avait été exécuté (*Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2). La Cour d’appel du Nunavut a suggéré une mesure de réparation semblable dans un cas où le préjudice causé par l’exécution fautive du défendeur était simplement trop difficile à quantifier (*Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 88 (« *Inuit of Nunavut* »)). Des tribunaux ont aussi accordé ce que l’on pourrait appeler des [TRADUCTION] « dommages-intérêts tenant lieu de négociations » en vue d’empêcher un défendeur d’obtenir gratuitement un avantage qu’il n’avait pas négocié (*Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321 (Ch. D.); *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (5th) 48, par. 39-44; voir aussi *Morris-Garner*, par. 91-100). Comme l’a récemment expliqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Morris-Garner*, par. 95 :

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts tenant lieu de négociations peuvent être accordés pour violation de contrat si la perte subie par le demandeur est dûment calculée en fonction de la valeur économique du droit qui a

The rationale is that the claimant has in substance been deprived of a valuable asset, and his loss can therefore be measured by determining the economic value of the right in question, considered as an asset. The defendant has taken something for nothing, for which the claimant was entitled to require payment. [Emphasis added.]

[58] As these various examples demonstrate, an award that appears to be measured by a defendant's gain might arguably, in certain circumstances, serve a compensatory purpose that distinguishes it from disgorgement and which therefore tends to support recovery (McInnes (2001), at pp. 76-80; Weinrib (2003), at pp. 71-72; see also *Morris-Garner*, at paras. 39-40). Whether viewed as compensatory or not, these cases are indicative of the types of circumstances where a plaintiff is entitled to receive a monetary award that goes beyond the economic position that it would have occupied had its contract been performed (see Burrows, at pp. 672-77; McInnes (2014), at p. 285). While the circumstances in which a gain-based award will be appropriate cannot be clearly delineated in advance (*Blake*, at p. 285; *Morris-Garner*, at para. 94), one would expect future legitimate interests protected by a gain-based award to resemble those interests that have been protected in the past.

[59] Returning to the present case, and applying the standard articulated in *Blake*, the plaintiffs' claim for disgorgement is plainly doomed to fail. I say this, first, because disgorgement is available for breach of contract only where, at a minimum, other remedies are inadequate. Circumstances of inadequacy arise when the nature of the claimant's interest is such that it cannot be vindicated by other forms of relief. This may arise where, for example, the plaintiff's loss is "impossible to calculate" or where the plaintiff's interest in performance is not reflected by a purely economic measure (*Inuit of Nunavut*, at para. 80; see also *Morris-Garner*, at paras. 39-40; Burrows, at p. 676). Where, as here, the argument is that the quantum of loss is equal to the defendant's gain, but the plaintiff would simply

été violé, considéré comme un élément d'actif. [. . .] La raison en est que le demandeur a en substance été privé d'un élément d'actif important, et que sa perte peut donc être évaluée en calculant la valeur économique du droit en question, considéré comme un élément d'actif. Le défendeur a pris quelque chose sans rien fournir en retour, chose pour laquelle le demandeur a le droit d'exiger le paiement. [Je souligne.]

[58] Comme le démontrent ces divers exemples, un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait, dans certaines circonstances, servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement (McInnes (2001), p. 76-80; Weinrib (2003), p. 71-72; voir aussi *Morris-Garner*, par. 39-40). Qu'elles soient ou non considérées comme étant de nature compensatoire, ces affaires montrent le genre de circonstances dans lesquelles un demandeur a droit à une réparation pécuniaire qui lui aurait permis d'être dans une situation économique allant au-delà de celle dans laquelle il aurait été si le contrat avait été exécuté (voir Burrows, p. 672-677; McInnes (2014), p. 285). Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance (*Blake*, p. 285; *Morris-Garner*, par. 94), mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé.

[59] Revenant à la présente affaire et appliquant la norme énoncée dans l'arrêt *Blake*, je ne peux que constater que la demande en restitution des gains illicites présentée par les demandeurs est manifestement vouée à l'échec. Je dis cela avant tout parce que la restitution des gains illicites n'est possible pour la violation de contrat que lorsque, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas, ce qui se produit lorsque la nature de l'intérêt du demandeur est telle qu'il ne peut la faire valoir par d'autres formes de réparation. C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, la perte subie par le demandeur est [TRANSDUCTION] « impossible à calculer » ou lorsque l'intérêt du demandeur à ce que le contrat soit exécuté ne peut se traduire en termes purement économiques (*Inuit of Nunavut*, par. 80; voir aussi *Morris-Garner*,

rather pursue disgorgement, a gain-based remedy is not appropriate.

[60] My colleague Karakatsanis J. suggests that compensatory damages may be inadequate here because VLTs do not create records for particular customers, and that ALC's conduct may have contributed to the plaintiffs' lack of evidence. But the plaintiffs do not make these allegations. More importantly, compensatory damages are not inadequate merely because a plaintiff is unwilling, or does not have sufficient evidence, to prove loss (*Inuit of Nunavut*, at para. 85; see also *Morris-Garner*, at para. 90). Again, and as *Inuit of Nunavut* demonstrates, inadequacy flows *not* from the availability of evidence, but from the nature of the claimant's interest. There, the claimant's interest was in the Government of Canada's agreement to develop a general monitoring plan to support collection and analysis of "information on the long term state and health of . . . the Nunavut Settlement Area" (para. 9). While the Government of Canada's failure to do so resulted in an identifiable loss to the Inuit of Nunavut, it could not possibly be quantified in monetary terms. The Nunavut Court of Appeal therefore recognized that it would be appropriate to award gain-based damages measured by the amount the Government of Canada saved by breaching the agreement. This is a far cry from the plaintiffs' circumstances here. Their gambling losses are readily quantifiable and can be remedied through an award of compensatory damages.

[61] Disgorgement for breach of contract is exceptional relief; it is not available at the plaintiff's election to obviate matters of proof. And there is nothing exceptional about the breach of contract the plaintiffs allege. Once the allegations of criminal conduct are put aside (given that I determined that they should be struck), the plaintiffs' claim is simply that they paid

par. 39-40; Burrows, p. 676). Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas.

[60] Ma collègue la juge Karakatsanis laisse entendre que les dommages-intérêts compensatoires peuvent ne pas convenir en l'espèce parce que les ALV ne créent pas de relevés pour des clients précis et que la conduite de la SLA pourrait avoir contribué au manque de preuve des demandeurs. Cependant, les demandeurs ne font pas de telles allégations. Surtout, on ne peut dire que les dommages-intérêts compensatoires ne conviennent pas simplement parce que le demandeur refuse de prouver la perte, ou qu'il ne dispose pas d'une preuve suffisante pour l'établir (*Inuit of Nunavut*, par. 85; voir aussi *Morris-Garner*, par. 90). De plus, comme le démontre l'arrêt *Inuit of Nunavut*, le caractère inadéquat découle *non pas* de la disponibilité de la preuve, mais de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans cette affaire, l'intérêt du demandeur visait le fait que le gouvernement du Canada avait accepté d'élaborer un plan général de surveillance afin de soutenir la collecte et l'analyse de [TRADUCTION] « renseignements sur l'état et la santé à long terme [. . .] de la région du Nunavut » (par. 9). Alors que le défaut du gouvernement canadien d'exécuter cette obligation a donné lieu à une perte déterminable pour les Inuits du Nunavut, cette perte ne pouvait être quantifiée du point de vue monétaire. La Cour d'appel du Nunavut a donc reconnu qu'il conviendrait d'accorder des dommages-intérêts fondés sur les gains réalisés, évalués en fonction du montant que le gouvernement du Canada a épargné en contrevenant à l'entente. On est loin de la situation des demandeurs en l'espèce. Leurs pertes découlant du jeu sont facilement quantifiables et un octroi de dommages-intérêts compensatoires peut y remédier.

[61] La restitution des gains illicites pour violation de contrat est une mesure de réparation exceptionnelle; le demandeur ne peut choisir de s'en prévaloir pour éviter des questions de preuve. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel. Une fois les allégations de conduite criminelle écartées (puisque j'ai conclu qu'elles devraient être

to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs cannot be said to have a legitimate interest in ALC's profit-making activity.

[62] It follows that the plaintiffs' claim has no reasonable chance of achieving disgorgement damages for breach of contract.

(2) Punitive Damages for Breach of Contract

[63] Punitive damage awards for breach of contract are also exceptional, but will be awarded where the alleged breach of contract is an independent actionable wrong (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at para. 78). As this Court held in *Whiten*, the actionable wrong need not be tortious: punitive damages may also be awarded where the defendant breaches a contractual obligation of good faith (para. 79).

[64] Having concluded that all of the plaintiffs' other claims are bound to fail, the only remaining actionable wrong is the claim that ALC breached an obligation of good faith owed to the plaintiffs under the alleged contract. To that effect, the plaintiffs' claim alleges:

. . . the nature of the contract between the parties and the vulnerability of the Plaintiffs implies a duty of good faith which requires the Defendant to consider the interests of the Plaintiffs as at least equal to its own and not to offer or supply an inherently dangerous service or product. The Defendant breached its implied duty of good faith by designing, testing, researching, formulating, developing, manufacturing or altering, producing, labeling, advertising, promoting, distributing, and/or selling VLTs which were inherently dangerous to users and which the Defendant knew or ought to have known would lead to dependency and addiction.

(A.R., vol. II, at pp. 101-2)

radiées), les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA.

[62] Il s'ensuit que les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

(2) Dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat

[63] L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 78). Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Whiten*, il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle d'agir de bonne foi (par. 79).

[64] Comme j'ai conclu que toutes les autres demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec, la seule autre faute donnant ouverture à action est que la SLA aurait manqué à l'obligation d'agir de bonne foi qu'elle avait envers les demandeurs en vertu du contrat allégué. À cet égard, les demandeurs soutiennent :

[TRADUCTION] . . . la nature du contrat entre les parties et la vulnérabilité des demandeurs suppose une obligation d'agir de bonne foi qui exige que le défendeur tienne compte des intérêts des demandeurs au moins autant que des siens et qu'il n'offre ni ne fournisse un service ou un produit intrinsèquement dangereux. Le défendeur a manqué à son obligation implicite d'agir de bonne foi par ses activités de conception, de mise à l'essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d'étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente ayant pour objet des ALV qui étaient intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs, et que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient mener à une dépendance.

(d.a., vol. II, p. 101-102)

[65] As this Court explained in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, however, not every contract imposes actionable good faith obligations on contracting parties. While good faith is an organizing principle of Canadian contract law, it manifests itself in specific circumstances. In particular, its application is generally confined to existing categories of contracts and obligations (para. 66). The alleged contract between ALC and the plaintiffs does not fit within any of the established good faith categories. Nor did the plaintiffs advance any argument for expanding those recognized categories.

[66] Accordingly, the plaintiffs' claim for punitive damages has no reasonable chance of success.

(3) Whether the Claim Should Survive For Nominal Damages

[67] The remaining question on breach of contract is whether the plaintiffs' claim should survive as a hollow cause of action that does not support any of the remedies they seek. In my view, it should not. While I agree with my colleague Karakatsanis J. that declaratory relief and nominal damages are available in theory as remedies for breach of contract, a reasonable claim is one that has a reasonable chance of achieving the outcome that the plaintiff seeks. That is not this claim. To be sure, the circumstances here are unusual. Not only did the plaintiffs plead only gain-based relief and punitive damages, both of which I have concluded are unavailable in the circumstances, the plaintiffs also expressly disclaimed remedies quantified on the basis of individual loss. At no point did the plaintiffs argue that their claim should survive because nominal damages are available. In my view, the plaintiffs' breach of contract claim should be assessed on the basis of the questions put before the Court — namely, whether a gain-based remedy or punitive damages are available in the circumstances. And on that basis, it is obvious that the plaintiffs' breach of contract claim does not disclose a reasonable cause of action. To allow this claim to proceed to trial would simply be to delay the inevitable, and

[65] La Cour a cependant expliqué, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, que ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action. Bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises. En particulier, son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations (par. 66). Le contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies. Les demandeurs n'ont pas non plus soulevé d'argument visant à élargir ces catégories reconnues.

[66] En conséquence, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

(3) La demande devrait-elle subsister pour ouvrir droit à des dommages-intérêts symboliques?

[67] La dernière question qui se pose quant à la violation de contrat est de savoir si la demande présentée par les demandeurs devrait subsister en tant que cause d'action vide de sens n'ouvrant droit à aucune des réparations sollicitées. Je ne le crois pas. Bien que je sois d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis pour dire qu'un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts symboliques sont possibles en théorie en tant que réparation pour la violation du contrat, une demande raisonnable en est une qui a une chance raisonnable d'atteindre le résultat recherché par le demandeur. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Certes, la situation qui nous occupe est inhabituelle. Non seulement les demandeurs ne revendiquent qu'une réparation fondée sur les gains réalisés et des dommages-intérêts punitifs (et j'ai conclu que ces deux mesures n'étaient pas disponibles dans les circonstances), mais les demandeurs ont expressément renoncé aux réparations quantifiées en fonction de la perte individuelle. En aucun temps les demandeurs n'ont fait valoir que leur demande devrait subsister parce que des dommages-intérêts symboliques étaient possibles. À mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs devrait être évaluée en fonction

would not reflect a “proportionate procedur[e] for adjudication” (*Hryniak*, at para. 27).

(4) Certification

[68] Even were the breach of contract claim to survive, the application judge’s certification decision would have to be revisited. Given my conclusion that each of the plaintiffs’ claims should be struck, it is unnecessary to address certification in detail. I respectfully disagree with my colleague, however, that the plaintiff’s breach of contract claim, standing alone, would satisfy the preferability requirement in s. 5(1)(d) of the *Class Actions Act* (Karakatsanis J. Reasons, at paras. 165-70). As I have explained, punitive damages and disgorgement are unavailable to the plaintiffs. Without those remedies, the plaintiffs would be pursuing a breach of contract action wherein each plaintiff effectively elects to pursue nominal damages in lieu of the actual damages they have suffered. Such an action would not further the principal goals of class actions, namely judicial economy, behavior modification, and access to justice (*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at paras. 27-28).

D. *Unjust Enrichment*

[69] The plaintiffs also rely on the principled unjust enrichment framework (or what the Court of Appeal referred to as “unjust enrichment *simpliciter*”). This claim requires establishing that ALC was enriched, that the plaintiffs suffered a corresponding deprivation, and that the enrichment and corresponding

des questions soumises à la Cour — soit celle de savoir si une réparation fondée sur les gains ou des dommages-intérêts punitifs sont possibles dans les circonstances. Il est donc évident que la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs ne révèle aucune cause d’action raisonnable. Permettre l’instruction de cette demande ne ferait que retarder l’inévitable et ne rendrait pas compte de « procédures de règlement des litiges [. . .] proportionnées » (*Hryniak*, par. 27).

(4) Autorisation d’exercer un recours collectif

[68] Même si la demande fondée sur la violation de contrat devait subsister, la décision d’autorisation du juge saisi de la demande devrait être revue. Étant donné ma conclusion que chacune des demandes présentées par les demandeurs devrait être radiée, il n’est pas nécessaire d’aborder la question de l’autorisation en détail. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord avec ma collègue, cependant, pour dire que la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs, à elle seule, satisferait au critère du meilleur moyen prévu à l’al. 5(1)(d) de la *Class Actions Act* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 165-170). Comme je l’ai expliqué, les demandeurs n’ont pas droit à des dommages-intérêts punitifs ni à la restitution des gains illicites. Sans ces réparations, les demandeurs intenteraient une action pour violation de contrat dans laquelle chacun des demandeurs choisit en fait de réclamer des dommages-intérêts symboliques plutôt que des dommages-intérêts fondés sur la perte réellement subie. Une telle action n’atteindrait pas les principaux objectifs du recours collectif, à savoir l’économie de ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice (*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 27-28).

D. *Enrichissement sans cause*

[69] Les demandeurs se fondent également sur le cadre d’analyse de l’enrichissement sans cause (ou sur ce que la Cour d’appel a appelé [TRADUCTION] « l’enrichissement sans cause *simpliciter* »). Une telle action requiert qu’ils établissent que la SLA s’est enrichie, qu’ils ont subi un appauvrissement

deprivation occurred in the absence of any juristic reason therefor (*Moore*, at para. 37). The appellants argue that this claim is bound to fail because, even if ALC has been enriched at the plaintiff's expense, there is a juristic reason for the exchange.

[70] The juristic reason element of the unjust enrichment analysis proceeds in two stages. First, the plaintiff must demonstrate that the defendant's enrichment cannot be justified by any of the established categories of juristic reason. If none of the established categories of juristic reason are present, the plaintiff has a *prima facie* case for unjust enrichment. At the second stage, the defendant can rebut the plaintiff's *prima facie* case by showing that there is a residual reason to deny recovery (*Moore*, at paras. 57-58).

[71] Here, I do not have to go beyond the first stage of the analysis. The plaintiffs' own pleadings allege that there was a contract between ALC and the plaintiffs under which the plaintiffs paid to play VLTs. A defendant that acquires a benefit pursuant to a valid contract is justified in retaining that benefit (*Moore*, at para. 57). Nothing in the pleadings, apart from perhaps the allegations of criminal conduct that I have determined are bound to fail, could serve to vitiate the alleged contract between the plaintiffs and ALC. It follows that I agree with the appellants that the plaintiffs' unjust enrichment claim has no reasonable chance of success.

IV. Conclusion

[72] Each claim that the plaintiffs have pleaded is bound to fail because it discloses no reasonable cause of action. I would allow the appeals, set aside the certification order, and strike the plaintiffs' statement of claim in its entirety. The appellants have not sought costs, and I would therefore award none.

correspondant et que l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique (*Moore*, par. 37). Les appelantes soutiennent que cette action est vouée à l'échec parce que, même si la SLA s'est enrichie aux dépens des demandeurs, un motif juridique justifie l'échange qui a eu lieu.

[70] L'élément de motif juridique de l'analyse de l'enrichissement sans cause comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur. Si aucune des catégories établies de motifs juridiques ne s'applique, le demandeur aura alors établi une preuve *prima facie* d'enrichissement sans cause. À la deuxième étape, le défendeur peut réfuter la preuve *prima facie* du demandeur en démontrant qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement (*Moore*, par. 57-58).

[71] En l'espèce, je n'ai pas besoin d'aller au-delà de la première étape de l'analyse. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage (*Moore*, par. 57). Rien dans les actes de procédure, à part peut-être les allégations de conduite criminelle qui, comme je l'ai conclu, sont vouées à l'échec, ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. En conséquence, je conviens avec les appelantes que la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

IV. Conclusion

[72] Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable. J'accueillerais donc les pourvois, j'annulerais l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et je radierais la déclaration des demandeurs en entier. Les appelantes n'ont pas demandé que leurs dépens soient adjugés; par conséquent, je n'en adjugerais aucun.

The reasons of Wagner C.J. and Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[73] The plaintiffs in this proposed class action allege that the Video Lottery Terminal (VLT) games offered by Atlantic Lottery Corporation (ALC) in Newfoundland and Labrador are deceptive, harmful, and inherently addictive. They further contend that ALC, both a regulator and a business corporation, deliberately put people at risk of addiction by deceiving the paying public for the sole purpose of making money. The statement of claim seeks a gain-based remedy through seven possible causes of action.

[74] The application judge at the Supreme Court of Newfoundland and Labrador dismissed ALC's application to strike the plaintiffs' statement of claim and certified the class action. The majority of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador struck two claims but allowed the remainder to proceed as a class action. ALC and several third parties now appeal to this Court.

[75] There are two main issues before this Court: whether to strike the plaintiffs' claims and whether to certify the plaintiffs' class action. The Court's concern is not whether the plaintiffs' claim will be successful, but rather whether it should be allowed to proceed to trial, and proceed as a class action.

[76] I agree with Brown J. that a mere breach of a duty of care, in the absence of loss, cannot ground a claim for disgorgement and that the term "waiver of tort" should not be used to refer to a cause of action. I also agree that VLTs cannot constitute "three-card monte" as that phrase is defined in the *Criminal*

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente en partie) —

I. Introduction

[73] Les demandeurs dans le présent recours collectif projeté font valoir que les jeux sur appareils de loterie vidéo (ALV) offerts par la Société des loteries de l'Atlantique (SLA) à Terre-Neuve-et-Labrador sont trompeurs, nocifs et intrinsèquement générateurs de dépendance. Ils soutiennent aussi que la SLA, qui est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale, a délibérément mis les membres du public payant à risque de dépendance en les trompant dans le seul but de faire de l'argent. Dans leur déclaration, ils sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés en invoquant sept causes d'action possibles.

[74] Le juge saisi de la demande à la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de la SLA en radiation de la déclaration des demandeurs et a autorisé le recours collectif. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont radié deux demandes, mais ont permis que les autres prennent la forme d'un recours collectif. La SLA et plusieurs tierces parties interjetent maintenant appel devant la Cour.

[75] La Cour est appelée à trancher deux questions principales : s'il y a lieu de radier les demandes présentées par les demandeurs et s'il y a lieu d'autoriser leur recours collectif. La Cour n'a pas à se prononcer sur la question de savoir si les demandeurs auront gain de cause dans leur action, mais plutôt sur l'opportunité de permettre que celle-ci soit instruite, et ce, par voie de recours collectif.

[76] Je suis d'accord avec le juge Brown pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites et que l'expression « renonciation au recours délictuel » ne devrait pas être employée pour désigner une cause

Code, R.S.C. 1985, c. C-46, and that the plaintiffs' claim in unjust enrichment must be struck. However, I disagree with his analysis of whether the plaintiffs' claim in breach of contract is a reasonable cause of action as well as his conclusion that there are no available remedies for that breach.

[77] I agree with the courts below that common issues relating to breach of contract, punitive damages, and the availability of the remedy of disgorgement of ALC's gains are properly certified. However, I would not, on this record, certify the availability of aggregate monetary relief as a common issue. It follows that I would allow the appeals only in part, allowing the breach of contract claim to proceed and remain certified as a class action.

II. Statement of Claim and Procedural History

[78] ALC is a corporation incorporated under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (*CBCA*), whose shareholders are the governments of the four Atlantic provinces, including Newfoundland and Labrador. Under the *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96, made under the *Lotteries Act*, S.N.L. 1991, c. 53, ALC is authorized to offer gambling to the public. As part of this business, ALC offers games through VLTs at approved sites.

[79] The plaintiffs, Douglas Babstock and Fred Small, are individuals seeking to be the representative plaintiffs in a class action against ALC. In their statement of claim, the plaintiffs bring a class action on behalf of persons and estates harmed by the VLT

d'action. Je suis également d'accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, je ne souscris pas à son analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, ni à sa conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation.

[77] Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que les questions communes liées à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et à la possibilité d'ordonner la restitution des gains illicites de la SLA à titre de réparation ont été certifiées à bon droit. Toutefois, au vu du dossier, je ne certifierais pas la question de la possibilité d'accorder des mesures de redressement pécuniaire global en tant que question commune. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les présents pourvois en partie seulement : je permettrais que la demande fondée sur la violation de contrat suive son cours et demeure certifiée à titre de recours collectif.

II. Déclaration et historique procédural

[78] La SLA est une personne morale constituée sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (*LCSA*), dont les actionnaires sont les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, y compris Terre-Neuve-et-Labrador. En vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96, pris en application de la *Lotteries Act*, S.N.L. 1991, c. 53, la SLA est autorisée à offrir des jeux de hasard au public. Dans le cadre de cette entreprise, la SLA offre des jeux au moyen d'ALV à des emplacements approuvés.

[79] Les demandeurs, Douglas Babstock et Fred Small, sont des particuliers qui veulent représenter les demandeurs dans un recours collectif contre la SLA. Dans leur déclaration, les demandeurs intentent un recours collectif au nom des personnes

gambling that the defendant, ALC, manages in the Province of Newfoundland and Labrador. ALC has not yet filed its defence.

[80] The plaintiffs state that ALC is both a regulator and a business corporation driven by profit motive, remitting profits to the province in the range of \$60-90 million annually. The statement of claim alleges that ALC knows or ought to know that VLTs are, and have been designed to be, inherently deceptive, addictive, and dangerous, programmed to create cognitive distortions of consumers' perceptions of winning. The plaintiffs say that ALC acted in bad faith, and that the reprehensibility of ALC's conduct is relevant to the issue of remedy. They do not advance claims for personal injuries but instead seek, among other remedies, damages equal to the total unlawful gain obtained by ALC from the class members, disgorgement of ALC's profits, and punitive damages.

[81] ALC joined several third parties in the action, including VLC, Inc.; IGT-Canada Inc.; International Game Technology; Spielo International Canada ULC; and Tech Link International Entertainment Limited (collectively, the third parties), who are the manufacturers and suppliers of VLTs and who supplied VLTs to ALC during the proposed class period.

[82] The plaintiffs brought an application for certification under the *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 (CAA), and ALC brought an application to strike the plaintiffs' statement of claim under r. 14.24 of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D.

et des successions qui ont été lésées par les jeux de hasard sur des ALV que la défenderesse, la SLA, administre dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador. La SLA n'a pas encore déposé sa défense.

[80] Les demandeurs affirment que la SLA est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale à but lucratif, qui verse à la province des profits de l'ordre de 60 à 90 millions de dollars annuellement. Dans leur déclaration, ils soutiennent que la SLA sait ou devrait savoir que les ALV sont — et ont été conçus pour être — intrinsèquement trompeurs, générateurs de dépendance et dangereux, programmés pour créer des distorsions cognitives des perceptions chez les consommateurs quant aux possibilités de gagner. Les demandeurs affirment que la SLA a agi de mauvaise foi, et que le caractère répréhensible de la conduite de la SLA est pertinent en ce qui concerne la question de la réparation. Ils ne réclament rien au titre de préjudices personnels, mais sollicitent plutôt, entre autres réparations, des dommages-intérêts d'un montant égal au gain illicite total obtenu par la SLA auprès des membres du groupe, la restitution des gains illicites de la SLA et des dommages-intérêts punitifs.

[81] La SLA a mis en cause plusieurs tiers, y compris VLC, Inc.; IGT-Canada Inc.; International Game Technology; Spielo International Canada ULC; et Tech Link International Entertainment Limited (collectivement, les tierces parties), qui sont des fabricants et fournisseurs d'ALV et qui ont fourni des ALV à la SLA pendant la période visée par le recours collectif projeté.

[82] Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif sous le régime de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 (CAA), et la SLA a présenté une requête en radiation de la déclaration des demandeurs en application de l'art. 14.24 des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D.

III. Decisions on the Breach of Contract Claim and Certification

- A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, and 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307 (Faour J.))*

[83] On ALC's application to strike the claim, the application judge found that breach of contract was a reasonable cause of action and that disgorgement was potentially available as a remedy. He rejected the argument that ALC's status as a regulator prevented the implication of any terms into its contracts with the plaintiffs, finding that it was not plain and obvious that ALC would be able to defend against every allegation on the basis of its regulatory status. He found that the plaintiffs' failure to plead damage or individual loss arising from the breach of contract, and to instead claim the defendants' gain from the breach, was not a bar to their cause of action. In his certification reasons (which touched on other claims beyond breach of contract), Faour J. found that the criteria for certification had been established.

- B. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador (2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1 (Green, Welsh, and Harrington J.J.A.))*

[84] In the Court of Appeal, Green J.A., writing for the majority, upheld the application judge's conclusion that breach of contract was a reasonable cause of action on the basis that it is actionable in the absence of pleaded or proven loss. The majority found disgorgement to be a potential remedy given its uncertain parameters; it could not be said that the claim for disgorgement of profits was doomed to fail. The majority also refused to strike the plaintiffs' claim for punitive damages given their allegations that ALC had engaged in reprehensible and high-handed conduct. Finally, the majority concluded that

III. Décisions sur la demande fondée sur la violation de contrat et sur l'autorisation d'exercer le recours collectif

- A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, et 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307 (le juge Faour))*

[83] Statuant sur la demande de la SLA en radiation de l'action, le juge a conclu que la violation de contrat était une cause d'action raisonnable et que la restitution des gains illicites pouvait éventuellement être accordée à titre de réparation. Il a rejeté l'argument voulant que, en raison de la qualité d'organisme de réglementation de la SLA, il ne pouvait y avoir de conditions implicites dans ses contrats avec les demandeurs, et a conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la SLA serait en mesure d'opposer une défense à chaque allégation sur le fondement de sa qualité d'organisme de réglementation. Selon le juge, le fait que les demandeurs n'aient pas plaidé de préjudice ou de perte individuelle découlant de la violation de contrat, mais qu'ils ont plutôt réclamé le gain que les défendeurs ont tiré de la violation, ne faisait pas obstacle à leur cause d'action. Dans ses motifs relatifs à l'autorisation (qui portaient sur d'autres demandes, outre la violation de contrat), le juge Faour a conclu que les critères en vue de l'autorisation du recours collectif avaient été établis.

- B. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1 (les juges Green, Welsh et Harrington))*

[84] En Cour d'appel, le juge Green, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a confirmé la conclusion du juge saisi de la demande, selon laquelle la violation de contrat était une cause d'action raisonnable parce qu'elle donnait ouverture à action en l'absence de perte plaidée ou prouvée. Les juges majoritaires ont conclu que la restitution des gains illicites était une réparation possible en raison de ses paramètres incertains; on ne pouvait affirmer que la demande de restitution des gains illicites était vouée à l'échec. Les juges majoritaires ont en outre refusé de radier la demande de dommages-intérêts punitifs

the application judge had not erred in certifying the plaintiffs' class action.

[85] Welsh J.A. dissented, finding that the claim for breach of contract should be struck because the plaintiffs did not plead loss or damage.

IV. Analysis

[86] In these reasons, I consider two issues. First, is breach of contract a reasonable cause of action on these pleadings? Second, should the action for breach of contract remain certified as a class action?

A. *Standard on a Motion to Strike*

[87] A pleading may be struck or amended on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence (*Rules of the Supreme Court, 1986*, r. 14.24(1)(a)). When considering whether to strike a pleading on this ground, the question is whether the claim has “no reasonable prospect of success” (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17), or whether it is “plain and obvious” that the action cannot succeed (*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980). This is a high standard that applies to determinations of fact, law, and mixed fact and law. The facts pleaded are assumed to be true “unless they are manifestly incapable of being proven” (*Imperial Tobacco*, at para. 22).

[88] On a motion to strike, the statement of claim should be read “as generously as possible and to accommodate any inadequacies in the form of the allegations which are merely the result of drafting deficiencies” (*Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 451), because “cases should, if possible, be disposed of on their merits” (*Montreal Trust Co. of Canada v. Hickman*, 2001 NFCA 42,

présentée par les demandeurs, en raison de leurs allégations selon lesquelles la SLA s’était livrée à un comportement répréhensible et abusif. Enfin, les juges majoritaires ont conclu que le juge saisi de la demande n’avait pas commis d’erreur en autorisant le recours collectif des demandeurs.

[85] La juge Welsh, dissidente, a conclu que la demande fondée sur la violation de contrat devrait être radiée parce que les demandeurs n’avaient pas plaidé de perte ou de préjudice.

IV. Analyse

[86] Dans les présents motifs, j’examine deux questions. D’abord, la violation de contrat est-elle une cause d’action raisonnable au vu des actes de procédure en l’espèce? Ensuite, l’action en violation de contrat devrait-elle demeurer autorisée en tant que recours collectif?

A. *Norme applicable à la requête en radiation*

[87] Un acte de procédure peut être radié ou modifié au motif qu’il ne révèle aucune cause d’action ou moyen de défense raisonnable (*Rules of the Supreme Court, 1986*, al. 14.24(1)(a)). Pour décider s’il y a lieu de radier un acte de procédure pour ce motif, la question est de savoir si la demande n’a « aucune possibilité raisonnable d’être accueillie » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17), ou s’il est « évident et manifeste » que l’action ne saurait aboutir (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). Il s’agit d’une norme élevée qui s’applique aux conclusions de fait, aux conclusions de droit et aux conclusions mixtes de fait et de droit. Les faits allégués sont présumés vrais « sauf s’ils ne peuvent manifestement pas être prouvés » (*Imperial Tobacco*, par. 22).

[88] Lorsqu’il est saisi d’une requête en radiation, le tribunal doit interpréter la déclaration « de manière aussi libérale que possible et [. . .] remédier à tout vice de forme, imputable à une carence rédactionnelle, qui aurait pu se glisser dans les allégations » (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 451), parce que [TRADUCTION] « les causes doivent, si possible, être jugées au fond » (*Montreal*

204 Nfld. & P.E.I.R. 58, at para. 12). At times, a proposed cause of action is so obviously at odds with precedent, underlying principle, and desirable social consequence that regardless of the evidence adduced at trial, the court can say with confidence that it cannot succeed. But this is not often the case, and our common law system generally evolves on the basis of the concrete evidence presented before judges at trial.

[89] This is why claims that do not contain a “radical defect” (*Hunt*, at p. 980) should nevertheless proceed to trial. Courts should consider whether the pleadings are sufficient to put the defendant on notice of the essence of the plaintiff’s claim (*Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 15) and whether “the facts pleaded would support one or more arguable causes of action” (*Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1, at para. 5). In *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, this Court explained that a cause of action is “only a set of facts that provides the basis for an action in court” (para. 27).

[90] The threshold to strike a claim is therefore high. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial (*Imperial Tobacco*, at paras. 17 and 21). The correct posture for the Court to adopt is to consider whether the pleadings, as they stand or may reasonably be amended, disclose a question that is not doomed to fail (*Hunt*, at p. 978, quoting *Minnes v. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (B.C.C.A.), at pp. 116 and 122).

B. Breach of Contract

(1) Breach of Contract as a Cause of Action

[91] The elements of a cause of action for breach of contract are the existence of a contract and the breach of a term of that contract. In order to strike the claim for breach of contract, ALC and the third parties must demonstrate either that a necessary fact is not pleaded or that there is a legal reason why

Trust Co. of Canada c. Hickman, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58, par. 12). Parfois, une cause d’action alléguée est si nettement contraire à la jurisprudence, au principe sous-jacent et aux conséquences sociales souhaitables que, sans égard à la preuve présentée au procès, le tribunal peut affirmer avec certitude que l’action ne saurait aboutir. Ce n’est toutefois pas souvent le cas, et notre système de common law évolue généralement sur le fondement d’éléments de preuve concrets présentés à des juges dans le cadre de procès.

[89] Voilà pourquoi les demandes qui ne contiennent pas de « vice fondamental » (*Hunt*, p. 980) devraient néanmoins être instruites. Les tribunaux doivent se demander si les actes de procédure suffisent pour informer le défendeur de l’essence de la réclamation du demandeur (*Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 15) et si [TRANSDUCTION] « les faits allégués appuieraient une ou plusieurs causes d’action défendables » (*Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1, par. 5). Dans l’arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, la Cour a expliqué qu’un « fait générateur », c’est-à-dire une cause d’action, « est un état de fait qui fonde une action en justice » (par. 27).

[90] En conséquence, le seuil à atteindre pour la radiation d’une demande est élevé. Lorsque la demande a une possibilité raisonnable d’être accueillie, il faut permettre qu’elle soit instruite (*Imperial Tobacco*, par. 17 et 21). La Cour doit donc se demander si les actes de procédure, tels qu’ils sont rédigés ou peuvent raisonnablement être modifiés, révèlent une question qui n’est pas vouée à l’échec (*Hunt*, p. 978, citant *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (C.A. C.-B), p. 116 et 122).

B. Violation de contrat

(1) La violation de contrat en tant que cause d’action

[91] Les éléments d’une cause d’action pour violation de contrat sont l’existence d’un contrat et la violation d’une condition de celui-ci. Pour faire radier la demande fondée sur la violation de contrat, la SLA et les tierces parties doivent démontrer soit

no contractual term existed or could be breached. In my view, they have done neither. As I discuss below, the plaintiffs have pleaded everything necessary to sustain a claim of breach of contract in this case. I begin by reviewing the plaintiffs' statement of claim more broadly before turning to the breach of contract claim.

[92] The plaintiffs allege that a disproportionate number of VLT gamblers have become addicted to gambling and are the source of a disproportionately large share of ALC's VLT revenues in the province. According to the pleadings, in Newfoundland and Labrador, 9.7 percent of VLT players are at moderate risk of problem gambling and an additional 8.6 percent are problem gamblers, compared to a problematic gambling rate of only about 3 percent for other forms of gambling. The plaintiffs have not pleaded that either of the representative plaintiffs are problem gamblers.

[93] The statement of claim also alleges that VLTs are deceptive in that both the mechanics of the game and the odds of winning are concealed. The VLTs are said to have asymmetrical virtual reels that are programmed to weight the distribution of symbols so that the visual reels give a false impression of the odds of winning. The plaintiffs also allege that the machines include a "stop" button that creates the illusion of control over the outcome, but is deceitful in that it provides no such control: in reality, the outcome is based on a random number generator. The pleadings further state that ALC knows or ought to know of the deceptive nature of VLTs and that these deceptive design features can be eliminated such that VLTs become a reasonably safe form of gambling and generate a reasonable stream of profit.

qu'un fait nécessaire n'est pas allégué, soit qu'il existe un motif d'ordre juridique pour lequel aucune condition contractuelle n'existait ou ne pouvait être violée. À mon avis, elles n'ont fait ni l'un ni l'autre. Comme je l'explique plus loin, les demandeurs ont fait valoir tous les éléments nécessaires pour étayer une demande fondée sur la violation de contrat en l'espèce. J'examine d'abord la déclaration des demandeurs de façon plus générale avant d'aborder la demande fondée sur la violation de contrat.

[92] Les demandeurs soutiennent qu'un nombre disproportionné de joueurs d'ALV ont développé une dépendance au jeu et sont la source d'une part disproportionnellement grande des revenus que la SLA tire des ALV dans la province. Selon les actes de procédure, à Terre-Neuve-et-Labrador, 9,7 p. 100 des joueurs d'ALV courent un risque modéré de devenir des joueurs à problèmes et un autre 8,6 p. 100 sont des joueurs à problèmes, en comparaison à un taux de jeu problématique de seulement 3 p. 100 environ pour les autres formes de jeu de hasard. Les demandeurs n'ont pas fait valoir que l'un ou l'autre des représentants des demandeurs est un joueur à problèmes.

[93] De plus, les demandeurs affirment dans leur déclaration que les ALV sont trompeurs en ce sens que le fonctionnement du jeu de même que les probabilités de gagner sont tenus secrets. Les ALV seraient munis de rouleaux virtuels asymétriques programmés pour pondérer la distribution de symboles de sorte que les rouleaux visuels donnent une fausse impression des probabilités de gagner. Les demandeurs soutiennent aussi que les appareils sont munis d'un bouton d'arrêt qui crée l'illusion de contrôle sur le résultat, mais qui est trompeur en ce qu'il ne procure pas un tel contrôle : en réalité, le résultat est fondé sur un générateur de numéros aléatoires. De plus, les demandeurs font valoir dans les actes de procédure que la SLA connaît ou devrait connaître la nature trompeuse des ALV et que ces caractéristiques de conception trompeuses peuvent être éliminées de sorte que les ALV soient une forme relativement sûre de jeu et représentent une source raisonnable de profits.

[94] Turning to the breach of contract claim, the plaintiffs allege that there was a contract between the parties “to provide a safe, interactive and entertaining way to play games of chance with the opportunity to win small cash prizes in exchange for small frequent cash bets” (Statement of Claim, at para. 46). Given the absence of a written contract between the parties, their claim rests on the existence of an implied contract. The plaintiffs have pleaded that ALC breached some of the contract’s terms.

[95] The first implied term is a warranty that the VLTs were of merchantable quality and fit for use — that they were not inherently dangerous. ALC is alleged to have breached this term by “designing, testing, researching, formulating, developing, manufacturing or altering, producing, labeling, advertising, promoting, distributing and/or selling” VLTs that were “inherently dangerous to users” (Statement of Claim, at para. 47). The plaintiffs allege that ALC knew or ought to have known using VLTs would lead to dependency and addiction. In the alternative, the plaintiffs state that ALC breached a second implied contractual term: to use reasonable care and skill in its provision of VLT gaming. The plaintiffs plead that a necessary incident of this second implied term was that ALC owed the plaintiff class a duty to warn of any inherent danger in the consumption of the games and to satisfy itself of the safety of the games, which they allege ALC did not do. Finally, the plaintiffs allege that ALC breached an implied term of good faith.

[96] In this case, the plaintiffs have pleaded the nature of the contract between the parties, the terms they say are implied, and the manner in which ALC breached the contract between them. The existence and breach of these implied terms are thus matters that would usually be left for trial. Indeed, as *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*,

[94] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment qu’il existait entre les parties un contrat [TRADUCTION] « ayant pour objet d’offrir une façon sûre, interactive et divertissante de jouer à des jeux de hasard donnant la possibilité de gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d’argent fréquentes » (déclaration, par. 46). En raison de l’absence de contrat écrit entre les parties, leur demande repose sur l’existence d’un contrat implicite. Selon les demandeurs, la SLA a violé certaines conditions du contrat.

[95] La première condition implicite est une garantie que les ALV étaient de qualité marchande et propres à être utilisés — c’est-à-dire qu’ils n’étaient pas intrinsèquement dangereux. La SLA aurait violé cette condition par ses activités [TRADUCTION] « de conception, de mise à l’essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d’étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente » ayant pour objet des ALV qui étaient « intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs » (déclaration, par. 47). Les demandeurs soutiennent que la SLA savait ou aurait dû savoir que l’utilisation des ALV mènerait à une dépendance et à une accoutumance. Subsidiairement, les demandeurs affirment que la SLA a violé une deuxième condition contractuelle implicite, à savoir celle de faire preuve de compétence et de diligence raisonnables dans la fourniture de jeux sur ALV. Selon les demandeurs, un élément accessoire nécessaire découle de cette deuxième condition implicite, soit que la SLA avait envers le groupe de demandeurs une obligation de mise en garde contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s’assurer de la sécurité des jeux, obligation dont la SLA ne se serait pas acquittée selon eux. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d’agir de bonne foi.

[96] En l’espèce, les demandeurs ont invoqué la nature du contrat entre les parties, les conditions qu’ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. L’existence et la violation de ces conditions implicites constituent donc des questions qui feraient habituellement l’objet d’un procès. De fait, comme

[1999] 1 S.C.R. 619, confirmed, implied terms in a contract may be inferred

based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary “to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the ‘officious bystander’ test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed”

(para. 27, quoting *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775.)

[97] This is the most commonly invoked manner of inferring the existence of implied terms in a contract and requires a factual determination based on the evidence adduced in a particular case. These terms are thus often referred to as being “implied in fact”, and the existence of such a term in a contract is a question of fact that must be made out at trial (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 176-78).

[98] The third parties, however, submit that the parties would have been precluded from implying these contractual terms because ALC, one of the parties to the alleged contract, is a public regulator. They submit that the contract here is simply the right to play a VLT game that has been approved by ALC as a regulator, whose authority cannot be limited or fettered by implying terms in the contract of play.

[99] I see no reason to find at this early stage that the terms the plaintiffs allege are implied in fact are unavailable at law. Without deciding whether ALC was acting in its capacity as a natural person in relation to its VLT operations, I note that ALC has authority to enter into contracts given that it has the capacity, rights, powers, and privileges of a natural person (*CBCA*, s. 15(1)). On a motion to

l’a confirmé la Cour dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, il peut y avoir introduction dans un contrat de conditions implicites

fondées sur l’existence d’une intention présumée des parties, soit la condition implicite dont l’introduction est nécessaire « pour donner à un contrat de l’efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de “l’observateur objectif”, [condition] dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise »

(par. 27, citant *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 775.)

[97] Il s’agit de la manière la plus couramment invoquée d’inférer l’existence de conditions implicites dans un contrat, et elle exige une détermination factuelle fondée sur la preuve présentée dans une affaire donnée. Par conséquent, on dit souvent de ces conditions qu’elles sont « implicites en fait », et l’existence d’une telle condition dans un contrat est une question de fait qui doit être établie au procès (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 176-178).

[98] Les tierces parties soutiennent toutefois que les parties n’auraient pas pu incorporer implicitement ces conditions contractuelles parce que la SLA, une des parties au contrat allégué, est un organisme de réglementation public. Ils soutiennent que le contrat en l’espèce vise simplement le droit de jouer à un jeu sur ALV qui a été approuvé par la SLA en sa qualité d’organisme de réglementation, dont les pouvoirs ne peuvent être limités ou entravés par l’incorporation de conditions implicites dans le contrat de jeu.

[99] Je ne vois aucune raison de conclure, à ce stade préliminaire, que les conditions que les demandeurs prétendent être implicites en fait ne peuvent pas être invoquées en droit. Sans trancher la question de savoir si la SLA agissait en sa qualité de personne physique en lien avec ses opérations liées aux ALV, je remarque que la SLA est habilitée à conclure des contrats, étant donné qu’elle a la capacité, les

strike, it is not enough for the third parties to point in broad strokes to ALC's role as a "regulator" to ground a legal impediment to having implied these contractual terms.

[100] Indeed, the third parties have not pointed to anything in the regulatory scheme that would clearly preclude the terms the plaintiffs allege are implied when ALC sells games to playing members of the public. Under s. 5 of the *Lotteries Act*, the Lieutenant-Governor in Council is authorized to make regulations in relation to lottery schemes, including with respect to the amounts and values of prizes, the terms and conditions attached to prizes, and the consideration to be paid or given to secure a chance to win prizes (s. 5(d) and (e)). Section 8 of the *Video Lottery Regulations* delineates some of these conditions and prohibits operation of VLTs that do not comply with certain requirements — including the size of wagers, a player's monetary exposure in one play, and the minimum and maximum payout of prizes for money accepted (between 80 percent and 96 percent). While some of the rules of the game are thus delineated in this regulatory scheme, the scheme leaves room to imply terms going to the core of the plaintiffs' grievance — concealment of the mechanics of the game, the odds of winning, and the asymmetrical visual reels that give players a false illusion of control.

[101] In other words, at this preliminary stage, I see nothing in the regulatory scheme that would preclude the regular application of contract law or that would conflict with a contractual term relating to how ALC ensures the safety and transparency of the games it offers to the public. Further, it is not plain and obvious that implying the terms alleged by the plaintiffs would improperly touch on or fetter ALC's authority. Under the *Video Lottery Regulations*, ALC is authorized to approve video lotteries (that is, a scheme or enterprise of one or more VLTs) and their sites and advertisement (ss. 2(e), 3, 5, and 10); the manufacture, supply, and operation of VLTs (ss. 4 and 6); and

droits, pouvoirs et privilèges d'une personne physique (*LCSA*, par. 15(1)). Dans le cadre d'une requête en radiation, il ne suffit pas que les tierces parties invoquent de façon générale le rôle de la SLA en tant qu'« organisme de réglementation » pour établir l'existence d'un obstacle juridique à l'incorporation implicite de ces conditions contractuelles.

[100] De fait, les tierces parties n'ont pas renvoyé à quoi que ce soit dans le régime réglementaire qui écarterait manifestement les conditions que les demandeurs prétendent être implicites lorsque la SLA vend des jeux aux membres du public joueurs. En vertu de l'art. 5 de la *Lotteries Act*, le lieutenant-gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements en lien avec les loteries, notamment en ce qui a trait aux montants et aux valeurs des lots, aux modalités et conditions qui s'y rattachent et à la contrepartie à payer ou à donner pour obtenir une chance de gagner des lots (al. 5(d) et (e)). L'article 8 du *Video Lottery Regulations* énonce quelques-unes de ces conditions et interdit l'exploitation d'ALV qui ne respectent pas certaines exigences — y compris le montant des mises, le risque pécuniaire encouru par un joueur sur un jeu et les montants minimal et maximal des lots par rapport à l'argent accepté (entre 80 p. 100 et 96 p. 100). Bien que certaines règles du jeu soient ainsi énoncées dans ce régime réglementaire, celui-ci laisse place à l'incorporation de conditions implicites qui touchent à l'essentiel de ce dont se plaignent les demandeurs, à savoir la dissimulation du fonctionnement du jeu, des probabilités de gagner et des rouleaux visuels asymétriques qui donnent aux joueurs une illusion de contrôle.

[101] Autrement dit, à ce stade préliminaire, je ne vois rien dans le régime réglementaire qui empêcherait l'application régulière du droit des contrats ou qui soit incompatible avec une condition contractuelle liée à la façon dont la SLA assure la sécurité et la transparence des jeux qu'elle offre au public. Qui plus est, il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de conditions implicites qu'allèguent les demandeurs toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA. En vertu du *Video Lottery Regulations*, la SLA est autorisée à approuver les loteries vidéo (c'est-à-dire un système ou une entreprise constitués d'un ou de plusieurs ALV) et

the operation of video lottery games (s. 4). However, any impact that the alleged implied terms might have on ALC's authority, and the interaction, if any, of such a contract with fettering principles, is best determined with the benefit of a full and developed factual record (see *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy v. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84). This is particularly so given the public policy issues at play, involving the implication of terms aimed at protecting public safety by preventing, or warning of, the danger of addiction.

[102] It is thus not plain and obvious that the contractual terms alleged are unavailable at law. I would therefore conclude that the plaintiffs' statement of claim pleads a contractual term and a breach of that term — the necessary elements for a breach of contract claim.

(2) Available Remedies For Breach of Contract

[103] Brown J. concludes that the cause of action for breach of contract, as framed, must fail because it is plain and obvious that there are no available remedies for this claim. As I elaborate below, I cannot agree that there is no valid cause of action for breach of contract on the basis that there is *no* available remedy. In my view, there are several remedies that are open to the plaintiffs on their pleadings, including nominal damages, declaratory relief, disgorgement, and punitive damages.

(a) *Nominal Damages or Declaratory Relief*

[104] Unlike a claim in negligence, loss is not an essential element of a cause of action for breach of

leurs emplacements et la publicité faite à leur égard (al. 2(e) et art. 3, 5 et 10); la fabrication, la fourniture et l'exploitation d'ALV (art. 4 et 6); et l'exploitation de jeux de loterie vidéo (art. 4). Toutefois, il est préférable que la question de l'incidence éventuelle des conditions implicites alléguées sur le pouvoir de la SLA et celle de l'interaction, s'il en est, entre un tel contrat et les principes constituant une entrave, soient tranchées en fonction d'un dossier factuel complet et étoffé (voir *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84). Cela est d'autant plus vrai compte tenu des questions d'ordre public en jeu, soulevant l'introduction de conditions implicites qui visent à protéger la sécurité du public par l'élimination du risque de dépendance ou la mise en garde contre ce risque.

[102] Il n'est donc pas évident et manifeste que les modalités contractuelles alléguées sont inexistantes en droit. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les demandeurs, dans leur déclaration, invoquent une modalité contractuelle et une violation de celle-ci — les éléments nécessaires d'une demande fondée sur la violation de contrat.

(2) Réparations possibles pour violation de contrat

[103] Le juge Brown conclut que la cause d'action pour violation de contrat, telle que formulée, est vouée à l'échec car il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible pour cette demande. Comme je vais l'expliquer, je ne peux convenir qu'il n'y a pas de cause d'action valable pour violation de contrat du fait qu'il n'y a *aucune* réparation possible. À mon avis, plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

a) *Dommages-intérêts symboliques ou jugement déclaratoire*

[104] Contrairement à une demande fondée sur la négligence, la perte n'est pas un élément essentiel

contract. In my view, there is a basis for an action for breach of contract and a basis to obtain remedies against ALC even in the absence of pleadings of specific personal loss. For example, a court finding breach of contract may make binding declarations of right, whether or not any consequential relief is or could be claimed, and whether or not a declaration was pleaded as relief sought (*Rules of the Supreme Court, 1986*, r. 7.16; see also L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at pp. 5-6; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at pp. 647-48).

[105] In addition, nominal damages may be given in all cases of breach of contract as a manner of “affirming . . . that there is an infraction of a legal right” (*Owners of the Steamship “Mediana” v. Owners, Master and Crew of the Lightship “Comet”*, [1900] A.C. 113 (H.L.), at p. 116, per Lord Halsbury L.C.). Nominal damages are thus always available for causes of action, like breach of contract, that do not require proof of loss, even if they are not pleaded (see, e.g., *Place Concorde East Ltd. Partnership v. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141, at paras. 56 and 75-78; *Saskatchewan Government Insurance v. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8, at para. 13; J. Edelman, *McGregor on Damages* (20th ed. 2018), at pp. 406-7; M. Gannage, “Nominal Damages for Breach of Contract in Canada” (2011), 69 *Advocate* 833, at p. 834; J. Cassels and E. Adjin-Tetty, *Remedies: The Law of Damages* (3rd ed. 2014), at p. 355). Assuming that the plaintiffs can ultimately prove the existence of a contract and its breach by ALC, they may be entitled to an award of nominal damages.

[106] Litigants have the right to pursue reasonable causes of action to vindicate their rights. In my view, the plaintiffs’ breach of contract claim is a reasonable cause of action. As it is actionable without proof of

d’une cause d’action pour violation de contrat. À mon avis, il y a matière à action en justice pour violation de contrat et matière à obtention de réparations contre la SLA même si les actes de procédure ne font pas état d’une perte personnelle en particulier. Par exemple, un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu’un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non, et qu’un jugement déclaratoire soit demandé ou non à titre de réparation (*Rules of the Supreme Court, 1986*, art. 7.16; voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 5-6; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 647-648).

[105] De plus, des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés dans tous les cas de violation de contrat comme manière [TRADUCTION] « d’affirmer [. . .] qu’il y a atteinte à un droit reconnu par la loi » (*Owners of the Steamship “Mediana” c. Owners, Master and Crew of the Lightship “Comet”*, [1900] A.C. 113 (H.L.), p. 116, le lord chancelier Halsbury). Par conséquent, les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d’action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte, même s’ils ne sont pas demandés dans les actes de procédure (voir, p. ex., *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141, par. 56 et 75-78; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8, par. 13; J. Edelman, *McGregor on Damages* (20^e éd. 2018), p. 406-407; M. Gannage, « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *Advocate* 833, p. 834; J. Cassels et E. Adjin-Tetty, *Remedies : The Law of Damages* (3^e éd. 2014), p. 355). À supposer que les demandeurs puissent, au final, prouver l’existence d’un contrat et la violation de celui-ci par la SLA, ils pourraient avoir droit à des dommages-intérêts symboliques.

[106] Les plaideurs ont le droit de faire valoir des causes d’action raisonnables pour défendre leurs droits. À mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une

loss, it always necessarily implies nominal damages. This alone precludes striking the claim.

(b) *Disgorgement of Profits*

[107] While I agree with Brown J. that disgorgement is not an independent *cause of action* and has no reasonable chance of success as such, it does not follow that disgorgement cannot be pleaded as a *remedy* for breach of contract. As I will explain, disgorgement can be an appropriate remedy for breach of contract, though whether it is appropriate in this case is a matter for trial that cannot be resolved on the pleadings alone.

[108] The customary remedy for a breach of contract is compensation, usually measured in the form of expectation damages (*Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 26; L. D. Smith, “Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and ‘Efficient Breach’” (1995), 24 *Can. Bus. L.J.* 121, at p. 123; *Asamera Oil Corp. Ltd. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 645). This means the plaintiff is generally entitled “to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed” (*Robinson v. Harman* (1848), 1 Ex. 850, at p. 855; see also *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 27).

[109] Nevertheless, despite this usual approach, the compensation principle does not always apply; there are well-established exceptions to that principle and other forms of relief can be appropriate, such as specific performance of the contract or an injunction (*IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, at para. 36; *Semelhago*

cause d’action raisonnable. Puisqu’elle donne ouverture à une action sans preuve de perte, elle implique toujours, nécessairement, des dommages-intérêts symboliques. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

b) *Restitution des gains illicites*

[107] Bien que je sois d’accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des gains illicites n’est pas une *cause d’action* indépendante et n’a aucune chance raisonnable de succès à ce titre, il ne s’ensuit pas que la restitution des gains illicites ne peut pas être plaidée en tant que *réparation* pour violation de contrat. Comme je l’expliquerai, la restitution des gains illicites peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat, même si la question de savoir si elle est appropriée en l’espèce doit être tranchée au procès, et ne peut l’être au vu des actes de procédure à eux seuls.

[108] La réparation habituelle pour violation de contrat est l’indemnisation, généralement évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté (*Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 26; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121, p. 123; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 645). Cela signifie que le demandeur a généralement droit à des « dommages-intérêts [qui le] place[nt] dans la situation où [il] se serait trouvé [. . .] si le contrat avait été exécuté » (*Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850, p. 855; voir aussi *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d’assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 27).

[109] Néanmoins, malgré cette approche habituelle, le principe d’indemnisation ne s’applique pas toujours; il existe des exceptions bien établies à ce principe et d’autres formes de réparation peuvent être appropriées, comme l’exécution en nature du contrat ou l’injonction (*IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985,

v. Paramadevan, [1996] 2 S.C.R. 415, at para. 14; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf), at p. 2-1).

[110] And, in some cases, disgorgement of a defendant's profits can be an appropriate remedy for breach of contract. Disgorgement is a measure of relief based solely upon the defendant's profit rather than the plaintiff's loss (Edelman (2018), at pp. 472-73). It is an exceptional remedy, available where a plaintiff has shown that the ordinary remedies of contract law are inadequate to protect and vindicate their contractual right.

[111] In *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), the House of Lords ordered disgorgement of profit as a remedy for breach of contract. In 1989, George Blake, a former member of the United Kingdom's Secret Intelligence Service (and Soviet spy), entered into a contract to publish a book of state secrets that he had undertaken never to reveal, thereby breaching his contractual undertaking. By the time of publication, however, the information was not confidential and its disclosure caused no loss to the Crown. There was, therefore, nothing to compensate. Compensatory damages could neither vindicate the government's contractual right nor deter and denounce the wrong committed by the defendant.

[112] The majority of the House of Lords concluded that disgorgement of the profits gained from that publishing contract — some £90,000 — was the appropriate remedy in all the circumstances for the breach of the undertaking. In determining that disgorgement was the appropriate remedy, Lord Nicholls explained that:

Normally the remedies of damages, specific performance and injunction, coupled with the characterisation of some contractual obligations as fiduciary, will provide an adequate response to a breach of contract. It will be only in exceptional cases, where those remedies are inadequate,

par. 36; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 14; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (feuilles mobiles), p. 2-1).

[110] Par ailleurs, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une mesure de redressement fondée uniquement sur le profit du défendeur, plutôt que sur la perte du demandeur (Edelman (2018), p. 472-473). Il s'agit d'une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel.

[111] Dans l'arrêt *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), la Chambre des lords a ordonné la restitution des gains illicites à titre de réparation pour une violation de contrat. En 1989, George Blake, ancien membre du service secret du renseignement du Royaume-Uni (et espion soviétique), a conclu un contrat de publication d'un livre contenant des secrets d'État qu'il s'était engagé à ne jamais révéler, violant ainsi son engagement contractuel. Cependant, au moment de la publication, les renseignements n'étaient pas confidentiels et leur divulgation ne causait aucun préjudice à Sa Majesté. Il n'y avait donc rien à indemniser. Des dommages-intérêts compensatoires ne pouvaient ni défendre le droit contractuel du gouvernement, ni dissuader et dénoncer la faute commise par le défendeur.

[112] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites tirés de ce contrat de publication — environ 90 000 £ — était la réparation appropriée eu égard à l'ensemble des circonstances pour la violation de l'engagement. En statuant que la restitution des gains illicites était la réparation appropriée, le lord Nicholls a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION] Normalement, les réparations que sont les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction, conjuguées à la qualification de certaines obligations contractuelles en tant qu'obligations fiduciaires, fourniront une réponse adéquate à une violation de contrat. Ce n'est

that any question of accounting for profits will arise. [p. 285]

[113] Lord Nicholls held that “[n]o fixed rules can be prescribed” in this analysis and stressed the importance of having regard to all the circumstances, including:

- (a) the subject matter of the contract;
- (b) the purpose of the contractual provision which has been breached;
- (c) the circumstances in which the breach occurred;
- (d) the consequences of the breach; and
- (e) the circumstances in which relief is being sought.

[114] The majority of the House of Lords concluded that disgorgement was appropriate in the circumstances, including that: the Attorney General had a legitimate interest in preventing Blake from profiting from the disclosure of confidential information; Blake had a quasi-fiduciary obligation to the intelligence service; Blake’s profits indirectly stemmed from his breaches in the 1950s (which brought him notoriety leading to the book deal); and allowing agents a financial incentive to violate their undertaking would endanger the effectiveness of the intelligence service (pp. 286-87).

[115] While *Blake* set a standard for disgorgement in “exceptional circumstances”, some have emphasized the need to further circumscribe and better reconcile the remedy with private law principles (see, e.g., A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at p. 582; S. M. Waddams, “Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, at pp. 7-13). The disgorgement remedy can appear more difficult to justify under traditional contract principles than compensatory or restitutionary damages, as the measure of relief is not based on what was been transferred or subtracted from the claimant

que dans des situations exceptionnelles, lorsque ces réparations sont inadéquates, que se posera la question de la remise des profits. [p. 285]

[113] Le lord Nicholls a statué [TRADUCTION] « [qu’]aucune règle fixe ne peut être prescrite » dans cette analyse et il a souligné l’importance de tenir compte de l’ensemble des circonstances, y compris :

- a) l’objet du contrat;
- b) l’objet de la clause contractuelle qui a fait l’objet de la violation;
- c) les circonstances dans lesquelles la violation s’est produite;
- d) les conséquences de cette violation;
- e) les circonstances dans lesquelles la réparation est demandée.

[114] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites était appropriée dans les circonstances, notamment les suivantes : le procureur général avait un intérêt légitime à empêcher M. Blake de tirer profit de la divulgation de renseignements confidentiels; M. Blake avait une obligation quasi-fiduciaire envers le service du renseignement; les profits de M. Blake provenaient indirectement des violations qu’il avait commises dans les années 1950 (qui lui ont apporté la notoriété ayant mené au contrat de publication); et le fait de donner aux agents un incitatif financier à violer leur engagement aurait mis en péril l’efficacité du service du renseignement (p. 286-287).

[115] Bien que l’arrêt *Blake* ait établi une norme ouvrant droit à la restitution des gains illicites dans des « circonstances exceptionnelles », certains ont souligné la nécessité de circonscrire davantage la réparation et de mieux la concilier avec les principes de droit privé (voir, p. ex., A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), p. 582; S. M. Waddams, « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 7-13). La réparation de restitution des gains illicites peut paraître plus difficile à justifier au regard des principes contractuels traditionnels que les dommages-intérêts compensatoires ou restitutoires,

(J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), at p. 81).

[116] But non-compensatory remedies for breach of contract are not inherently contrary to private law principles. For example, punitive damages may be awarded for breach of contract, even though they bear no relation to what the plaintiff should receive in compensation (see, e.g., *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at para. 92). Thus, the availability of punitive damages for breach of contract confirms that gain-based remedies, such as disgorgement, are compatible with the existing scheme of remedies for private wrongs (R. J. Sharpe, “Commercial Law Damages: Market Efficiency or Regulation of Behaviour?”, in *The Law Society of Upper Canada, ed., Special Lectures 2005: The Modern Law of Damages* (2006), 327, at p. 346).

[117] Indeed, it has been posited that the existence of disgorgement as a remedy is primarily justified by the need to deter wrongful conduct, underpinned by the recurring principle of contract law that a wrongdoer should not be permitted to profit from their wrong (Edelman (2002), at pp. 81-83; K. Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice* (2012), at pp. 12 and 26; *Attorney-General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), at p. 286; J. D. McCamus, “Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective” (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943, at p. 945). Although compensatory damages will often help to achieve deterrence of wrongful conduct (*Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, at para. 28), they will not always be adequate or appropriate in the circumstances of the breach. And since disgorgement awards are limited by the amount of profit, the measure of the award implicitly effects deterrence and is “dictated by the minimum amount necessary to make the wrong unprofitable” (Edelman (2002), at p. 83).

puisque l'évaluation du redressement n'est pas fondée sur ce qui a été transféré ou soustrait du demandeur (J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 81).

[116] Toutefois, les réparations de nature non compensatoire pour violation de contrat ne sont pas intrinsèquement contraires aux principes de droit privé. Par exemple, des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés pour violation de contrat, même s'ils n'ont pas de lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir comme compensation (voir, p. ex., *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 92). Ainsi, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat confirme que les réparations fondées sur les gains réalisés, comme la restitution des gains illicites, sont compatibles avec le système actuel de réparations pour les fautes de droit privé (R. J. Sharpe, « Commercial Law Damages : Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », *The Law Society of Upper Canada, dir., Special Lectures 2005 : The Modern Law of Damages* (2006), 327, p. 346).

[117] De fait, certains considèrent que l'existence de la restitution des gains illicites en tant que réparation se justifie principalement par la nécessité de dissuader la conduite fautive, que sous-tend le principe récurrent du droit des contrats voulant que l'auteur d'une faute ne devrait pas pouvoir profiter de sa propre faute (Edelman (2002), p. 81-83; K. Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice* (2012), p. 12 et 26; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), p. 286; J. D. McCamus, « Disgorgement for Breach of Contract : A Comparative Perspective » (2003), 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943, p. 945). Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive (*Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, par. 28), ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. De plus, puisque les réparations de restitution des gains illicites se limitent au montant du profit, la portée de la réparation a implicitement un effet de dissuasion et est [TRADUCTION] « dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable » (Edelman (2002), p. 83).

[118] Further, it is clear that disgorgement awards are not limited to situations in which they serve a compensatory purpose. While the United Kingdom Supreme Court has recognized that some remedies that appear to be gain-based serve compensatory purposes (*One Step (Support) Ltd. v. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, at para. 91), the remedy in *Blake* cannot be described as compensatory. The facts of *Blake* make clear that an award of disgorgement may be available without the claimant's having suffered a loss to be compensated, and Canadian courts have suggested that disgorgement may be available where "expectation damages are not readily quantifiable, or where the circumstances of the case call for a different measure of damages to provide an effective remedy" (*Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, at para. 85 (emphasis added)). Compensatory principles of contract law do not explain why a disgorgement remedy may be necessary to vindicate or protect a contractual right in a particular case.

[119] For example, although it may not support disgorgement on its own, a self-interested and deliberate breach weighs in favour of disgorgement when awarding compensatory damages alone would fail to deter wrongdoers who are "prepared to hurt somebody" because they "may well gain by doing so" (Edelman (2002), at p. 84, quoting *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), at p. 1094; see also P. Birks, "Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity" (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421; American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment* (2011), vol. 2, at §40).

[120] Further, when calculating loss is impracticable, a narrow focus on compensation may relieve a wrongdoer from the obligation to remedy their

[118] De plus, il est clair que les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Bien que la Cour suprême du Royaume-Uni ait reconnu que certaines réparations qui semblent fondées sur les gains réalisés servent des fins compensatoires (*One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 659, par. 91), la réparation dont il est question dans l'arrêt *Blake* ne saurait être qualifiée de compensatoire. Il ressort clairement des faits dans l'arrêt *Blake* qu'une réparation de restitution des gains illicites peut être ordonnée sans que le demandeur ait subi une perte devant être indemnisée, et les tribunaux canadiens ont laissé entendre que la restitution des gains illicites pouvait être ordonnée lorsque [TRADUCTION] « les dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté ne sont pas facilement quantifiables, ou lorsque les circonstances de l'affaire commandent une évaluation différente des dommages-intérêts pour accorder une réparation efficace » (*Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 85 (je souligne)). Les principes d'indemnisation du droit des contrats n'expliquent pas pourquoi une réparation de restitution des gains illicites peut être nécessaire pour défendre ou protéger un droit contractuel dans une affaire donnée.

[119] Par exemple, bien qu'elle ne puisse pas nécessairement justifier à elle seule la restitution des gains illicites, une violation intéressée et délibérée milite en faveur de la restitution des gains illicites dans les cas où l'octroi de dommages-intérêts compensatoires seulement ne dissuaderait pas les auteurs de fautes qui sont [TRADUCTION] « disposés à faire du tort à quelqu'un » parce qu'ils « pourraient bien gagner quelque chose en agissant de la sorte » (Edelman (2002), p. 84, citant *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), p. 1094; voir aussi P. Birks, « Restitutionary damages for breach of contract : *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421; American Law Institute, *Restatement of the Law, Third : Restitution and Unjust Enrichment* (2011), vol. 2, §40).

[120] Qui plus est, lorsque le calcul de la perte est impossible en pratique, le fait de s'en tenir uniquement à l'indemnisation peut décharger un auteur

wrong, whereas an award of disgorgement ensures that those who breach their contracts do not do so for free (see *Nunavut Tunngavik*, at paras. 85 and 88; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458, at para. 63).

[121] And there are multiple circumstances in which a plaintiff has a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity, even when they themselves may have suffered no loss. These include where the defendant expressly contracted not to do the particular thing that constituted the breach (*Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (33rd ed. 2018), at para. 26-063; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323, at paras. 30 and 36); where the defendant had a quasi-fiduciary duty to the plaintiff (*Blake*, at p. 287); and where the plaintiff's contractual right is quasi-proprietary, such as in *Blake*, where the information released by Blake "in a sense, belonged to the government" but was used for his own gain (S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* (2011), at p. 201; see also D. Friedmann, "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504).

[122] I cannot agree that it is plain and obvious that a quasi-fiduciary duty should be rejected as a factor justifying a disgorgement remedy. This Court has explicitly referred to the existence of quasi-fiduciary duties as an unresolved question and it is not appropriate to resolve that question on this motion to strike in the absence of argument (see *RBC Dominion Securities Inc. v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 SCC 54, [2008] 3 S.C.R. 79, at para. 22). I would thus not rule out the possibility that contractual relationships based on trust, confidence, and the protection of vulnerability arising from the relationship could give rise to a disgorgement remedy even if they are not strictly fiduciary (see A. R. Sangiuliano, "A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies" (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, at p. 178). In such cases, as Lord Steyn wrote

d'une faute de l'obligation de réparer le tort qu'il a causé, alors qu'une réparation de restitution des gains illicites fait en sorte que ceux qui violent leurs contrats ne le font pas impunément (voir *Nunavut Tunngavik*, par. 85 et 88; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458, par. 63).

[121] Par ailleurs, il existe de multiples situations où un demandeur a un intérêt légitime à empêcher les activités lucratives du défendeur, même lorsqu'il n'a pas lui-même subi de perte. Ces situations comprennent le cas où le défendeur s'est engagé expressément à ne pas faire la chose qui constituait la violation (*Chitty on Contracts*, vol. 1, *General Principles* (33^e éd. 2018), par. 26-063; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323, par. 30 et 36); le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur (*Blake*, p. 287); et le cas où le droit contractuel du demandeur est quasi propriétaire, comme dans l'arrêt *Blake*, où les renseignements révélés par M. Blake [TRADUCTION] « appartenaient, en un sens, au gouvernement », mais ont été utilisés pour son propre gain (S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?* (2011), p. 201; voir aussi D. Friedmann, « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504).

[122] Je ne peux me rallier à la thèse voulant qu'il est évident et manifeste qu'une obligation quasi-fiduciaire devrait être rejetée à titre de facteur justifiant une réparation de restitution des gains illicites. La Cour a expressément mentionné l'existence d'obligations quasi-fiduciaires en tant que question non réglée et il ne convient pas de régler cette question dans le cadre de la présente requête en radiation en l'absence d'arguments (voir *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 22). En conséquence, je n'écarterais pas la possibilité que des relations contractuelles fondées sur la confiance et la protection de la vulnérabilité découlant de cette relation puissent donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites même si elles ne sont pas strictement fiduciaires (voir A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement

in *Blake*, it is arguable that “[t]he reason of the rule applying to fiduciaries” may apply to the defendant (at p. 292 (emphasis added)), even if the rule itself does not.

[123] The overarching question in awarding disgorgement for breach of contract is whether, in all the circumstances, other remedies would not adequately protect or vindicate the contractual right (*Blake*, at p. 285; Edelman (2002), at pp. 154-55; Barnett, at p. 11; McCamus, at p. 961). I agree with Lord Nicholls’s speech in *Blake* that when assessing whether disgorgement is appropriate, a non-exhaustive list of factors is to be preferred over a hard and fast rule. No single factor is necessarily crucial or dispositive; these considerations may work in tandem to support a disgorgement remedy (Waddams (2011), at pp. 200-201; see also *Blake*, at p. 285; *Chitty on Contracts*, at para. 26-063).

[124] The plaintiffs’ pleadings in this case correspond with several factors that, if established at trial, may point to a disgorgement remedy. For example, the pleading that ALC’s breach was self-interested, deliberate, and in bad faith may engage the deterrence rationale. Similarly, the plaintiffs’ pleading that they were vulnerable to ALC’s abuse of its power and the public trust may engage some of the values underlying fiduciary relationships, as was the case in *Blake*. The pleading that the plaintiffs’ relationship with ALC engages trust, confidence, and vulnerability tends to distinguish it from a standard commercial relationship, a factor which supports recovery (see *Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424, at paras. 340-43).

[125] Thus, though I agree with Brown J. that disgorgement can only be awarded in exceptional

for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 178). Dans de tels cas, comme l’a écrit le lord Steyn dans l’arrêt *Blake*, on peut soutenir qu’il est possible que [TRADUCTION] « [l]a raison qui sous-tend la règle applicable aux fiduciaires » s’applique au défendeur (p. 292 (je souligne)), même si la règle elle-même ne s’y applique pas.

[123] La principale question à se poser avant d’ordonner la restitution des gains illicites pour violation de contrat est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, d’autres réparations ne permettraient pas de protéger ou de défendre adéquatement le droit contractuel (*Blake*, p. 285; Edelman (2002), p. 154-155; Barnett, p. 11; McCamus, p. 961). J’accepte les propos du lord Nicholls dans l’arrêt *Blake* selon lesquels il faut préférer, lorsqu’on évalue si la restitution des gains illicites est appropriée, une liste non exhaustive de facteurs à une règle absolue. Aucun facteur à lui seul n’est forcément décisif ou déterminant; ces considérations peuvent aller de pair pour étayer une réparation de restitution des gains illicites (Waddams (2001), p. 200-201; voir aussi *Blake*, p. 295; *Chitty on Contracts*, par. 26-063).

[124] Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure correspondent à plusieurs facteurs qui, s’ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites. Par exemple, la prétention selon laquelle la violation qu’a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi pourrait faire intervenir la logique de la dissuasion. De même, la prétention des demandeurs selon laquelle ils étaient vulnérables à l’abus de pouvoir de la SLA et la confiance du public peuvent mettre en jeu certaines valeurs qui sous-tendent les relations fiduciaires, comme c’était le cas dans l’arrêt *Blake*. La prétention selon laquelle la relation des demandeurs avec la SLA implique la confiance et la vulnérabilité tend à la distinguer d’une relation commerciale ordinaire, facteur qui étaye le recouvrement (voir *Vercoe c. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424, par. 340-343).

[125] En conséquence, même si je suis d’accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des

circumstances for breach of contract, in my view, whether the circumstances of this case are exceptional is clearly a determination for the trial judge alone. I am not persuaded that the trial judge will inevitably conclude that there is nothing exceptional about this case, or that the plaintiffs' claim is simply that they paid to play a gambling game and did not get exactly what they paid for. The plaintiffs pleaded that ALC, a corporation charged with managing a profit-making lottery scheme offered to the public, intentionally deceived those playing members of the public by knowingly providing an unfair game and putting them at risk of gambling addiction in order to turn a profit. They specifically pleaded that they had a legitimate interest in ALC's performance of its contractual obligation to provide safe games and that remedies other than disgorgement would be inadequate to deter ALC from misconduct. In assessing whether other remedies would be inadequate to protect their contractual rights, a trial judge may also find that ascertaining the actual amount lost is impracticable since VLTs are designed for players to have the opportunity to "win small cash prizes in exchange for small frequent cash bets" and not to create records of who uses them or how much money they have lost. The trial judge may even conclude that ALC's conduct in approving such designs may have, purposefully or not, contributed to that impracticability, such that the plaintiffs were not simply *unwilling* to prove their loss. These are matters for the trial judge.

[126] The plaintiffs' decision not to prove individualized loss, personal injury, or specific claims based on addiction is not fatal. As is evident from *Blake*, loss is not a legal prerequisite for disgorgement. The plaintiffs instead seek remedies based on a breach of contract allegedly suffered by all class members, and what ultimately matters is whether other remedies for

gains illicites ne peut être ordonnée que dans des circonstances exceptionnelles pour violation de contrat, à mon avis, il est clair que seul le juge de première instance peut trancher la question de savoir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles. Je ne suis pas convaincue que le juge de première instance conclura inévitablement que la présente affaire n'a rien d'exceptionnel, ou que les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. Les demandeurs ont soutenu que la SLA, une société chargée d'administrer un système de loteries à but lucratif offert au public, avait intentionnellement trompé les membres du public joueurs en fournissant sciemment un jeu injuste et en les exposant à un risque de dépendance au jeu afin de réaliser un profit. Ils ont expressément plaidé qu'ils avaient un intérêt légitime à ce que la SLA exécute son obligation contractuelle d'offrir des jeux sûrs et que les réparations autres que la restitution des gains illicites ne conviendraient pas pour dissuader la SLA d'adopter une conduite fautive. Lorsqu'il évalue si d'autres réparations seraient inadéquates pour protéger leurs droits contractuels, le juge de première instance peut aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV sont conçus pour que les joueurs aient la possibilité de [TRADUCTION] « gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d'argent fréquentes » et non pour créer des relevés identifiant les utilisateurs ou les montants d'argent qu'ils ont perdu. Le juge de première instance peut même conclure que la conduite de la SLA en ce qu'elle a approuvé un tel fonctionnement peut, à dessein ou non, avoir contribué à cette impossibilité pratique, de sorte que les demandeurs n'ont pas simplement *refusé* de prouver leur perte. Ce sont là des questions que le juge de première instance doit trancher.

[126] La décision des demandeurs de ne pas prouver une perte individualisée, un préjudice personnel ou des demandes particulières fondées sur la dépendance n'est pas fatale. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Blake*, la perte n'est pas une condition légale préalable pour la restitution des gains illicites. Les demandeurs sollicitent plutôt des réparations

breach of contract would be inadequate to vindicate and protect the plaintiffs' contractual rights.

[127] Finally, Brown J. finds that because the plaintiffs have failed to demonstrate a causal link between the remedy sought and the alleged breach of contract, there can be no remedy of disgorgement on these pleadings. Pleadings, however, are not required to set out the evidence on which the parties will rely. Whether the plaintiffs will be able to prove causation between the breach and the gain to be disgorged is a matter of evidence, as I discuss below, but does not preclude disgorgement as an available remedy as a matter of law.

[128] As Lord Steyn noted in *Blake*, when to award disgorgement is an issue "best hammered out on the anvil of concrete cases" (p. 291). This is best done based upon evidence at trial.

(c) *Punitive Damages*

[129] The plaintiffs have also pleaded a sufficient basis to support a claim for punitive damages: their allegations of reprehensible conduct and deception in the performance of a contract have put the duty of honest performance in issue.

[130] The objective of punitive damages is to punish the defendant rather than compensate a plaintiff (*Whiten*, at para. 36). They are to be awarded where the defendant's conduct is "so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency" (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196). Critically, the focus of punitive damages is on the defendant's misconduct, not the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73), and injury to the plaintiff is not a condition precedent

fondées sur une violation de contrat dont tous les membres du groupe auraient été victimes, et ce qui compte en définitive est de savoir si les autres réparations pour violation de contrat seraient inadéquates pour défendre et protéger les droits contractuels des demandeurs.

[127] Enfin, le juge Brown conclut que parce que les demandeurs n'ont pas démontré l'existence d'un lien de causalité entre la réparation sollicitée et la violation de contrat alléguée, les actes de procédure en l'espèce ne donnent pas ouverture à une réparation de restitution des gains illicites. Cependant, il n'est pas nécessaire que les actes de procédure énoncent la preuve sur laquelle les parties s'appuieront. La question de savoir si les demandeurs seront capables de prouver la causalité entre la violation et le gain à restituer est une question de preuve, comme je l'expliquerai, mais n'exclut pas la restitution des gains illicites en tant que réparation possible en droit.

[128] Comme l'a fait observer le lord Steyn dans l'arrêt *Blake*, les situations où il convient d'accorder la restitution des gains illicites est une question à laquelle il vaut mieux répondre en [TRADUCTION] « forgeant sur l'enclume de cas concrets » (p. 291). La meilleure façon de le faire est de s'appuyer sur la preuve au procès.

c) *Dommages-intérêts punitifs*

[129] Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs : leurs allégations de conduite répréhensible et de tromperie dans l'exécution d'un contrat ont mis en cause l'obligation d'exécution honnête.

[130] Les dommages-intérêts punitifs ont pour objet de punir le défendeur, plutôt que d'indemniser le demandeur (*Whiten*, par. 36). Il y a lieu de les accorder lorsque la conduite du défendeur est « si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour » (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196). Fait crucial, les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73),

to an award of punitive damages (H. D. Pitch and R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (loose-leaf), at pp. 4-1 to 4-2).

[131] The misconduct at issue must “take it beyond the usual opprobrium that surrounds breaking a contract”, and punitive damages should only be resorted to in “exceptional cases” (*Fidler*, at para. 62). In addition to this exceptional conduct requirement, the defendant’s conduct giving rise to the claim must itself be an independent actionable wrong (*Whiten*, at para. 78; *Fidler*, at para. 63).

[132] This Court confirmed in *Whiten* that an independent actionable wrong does not require an independent tort, and held that a breach of the contractual duty of good faith can constitute an “actionable wrong” to ground a claim for punitive damages (para. 79). I note that since the pleadings in this case were filed in 2012, this Court in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, has recognized a duty of honest performance applicable to *all* contracts as a “general doctrine of contract law” (at paras. 74-75 and 93): parties “must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract” (para. 73). *Bhasin* was resolved on the basis of a breach of that duty alone.

[133] The plaintiffs have pleaded a breach of the duty of honest performance recognized in *Bhasin*. They allege that the contractual relations between ALC and consumers of VLT gaming are subject to an implied term of good faith. In addition to this allegation, the pleadings are replete with allegations of dishonesty — that VLTs are “inherently deceptive”, “give a false impression of the odds of winning”, “manipulate” consumers, and contain a “stop” button that is “deceitful” (Statement of Claim, at paras. 12, 14, 19 and 21) — and allege ALC’s full knowledge

et il n’est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (feuilles mobiles), p. 4-1 à 4-2).

[131] L’inconduite en cause doit « être d’une nature propre à provoquer davantage que la réprobation entourant l’inexécution d’un contrat », et on ne doit avoir recours aux dommages-intérêts punitifs que dans des « cas exceptionnels » (*Fidler*, par. 62). Outre cette exigence que la conduite soit exceptionnelle, la conduite du défendeur qui donne lieu à la demande doit elle-même être une faute indépendante donnant ouverture à action (*Whiten*, par. 78; *Fidler*, par. 63).

[132] Dans l’arrêt *Whiten*, la Cour a confirmé qu’une faute indépendante donnant ouverture à action n’exige pas un délit indépendant, et a statué qu’un manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi peut constituer une « faute donnant ouverture à action » susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs (par. 79). Je souligne que depuis le dépôt en 2012 des actes de procédure en l’espèce, la Cour, dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, a reconnu l’existence d’une obligation d’exécution honnête applicable à *tous* les contrats à titre de « doctrine générale du droit des contrats » (par. 74-75 et 93) : les parties « ne doivent pas se mentir ni autrement s’induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l’exécution du contrat » (par. 73). L’affaire *Bhasin* a été tranchée sur le fondement d’un manquement à cette seule obligation.

[133] Les demandeurs ont plaidé un manquement à l’obligation d’exécution honnête reconnue dans l’arrêt *Bhasin*. Ils affirment que les relations contractuelles entre la SLA et les consommateurs de jeux sur ALV sont soumises à une condition implicite de bonne foi. Outre cette allégation, les actes de procédure sont remplis de nombreuses allégations de malhonnêteté — que les ALV sont [TRADUCTION] « intrinsèquement trompeurs », qu’ils « donnent une fausse impression des probabilités de gagner », qu’ils « manipulent » les consommateurs et qu’ils

of that deception. In *Bhasin* itself, Cromwell J. recognized that allegations of dishonesty were sufficient to put the duty of honest performance in issue (para. 19).

[134] Thus, I disagree with Brown J.’s conclusion that the alleged contract between ALC and the plaintiffs does not give rise to an established duty of good faith. The plaintiffs have specifically pleaded punitive damages, as well as facts to justify such damages with sufficient particularity (*Whiten*, at paras. 85-86). There is no reason to conclude that punitive damages are unavailable to these plaintiffs as a matter of law.

(3) Conclusion on Motion to Strike the Breach of Contract Claim

[135] I therefore conclude that the plaintiffs’ statement of claim discloses a reasonable cause of action for breach of contract, with several potential remedies available to the plaintiffs at law. There is no basis to strike their claim for breach of contract.

C. *Certification*

[136] There are five requirements for certification of a class action: (1) the pleadings must disclose a cause of action, (2) there must be an identifiable class of two or more persons, (3) the proposed representative must be appropriate, (4) there must be at least one common issue, and (5) the class action must be the preferable procedure (*CAA*, s. 5).

[137] The parties agreed that the outcome of the motion to strike would determine the first factor of the certification analysis under s. 5(1) and the breach of contract claim therefore satisfies that requirement. There is no serious dispute that the proposed representatives are appropriate. The third parties dispute the remaining three requirements.

sont munis d’un bouton d’arrêt qui est « trompeur » (déclaration, par. 12, 14, 19 et 21) — et ils allèguent que la SLA était parfaitement consciente de cette tromperie. Dans l’arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a reconnu que les allégations de malhonnêteté suffisaient à mettre en cause l’obligation d’exécution honnête (par. 19).

[134] Par conséquent, je ne souscris pas à la conclusion du juge Brown selon laquelle le contrat allégué entre la SLA et les demandeurs ne donne pas naissance à une obligation établie d’agir de bonne foi. Les demandeurs ont expressément plaidé les dommages-intérêts punitifs, ainsi que les faits qui les justifient, avec suffisamment de précision (*Whiten*, par. 85-86). Il n’y a aucune raison de conclure que des dommages-intérêts punitifs ne peuvent pas être accordés en droit aux demandeurs en l’espèce.

(3) Conclusion sur la requête en radiation de la demande fondée sur la violation de contrat

[135] En conséquence, je conclus que la déclaration des demandeurs révèle une cause d’action raisonnable pour violation de contrat, et que plusieurs réparations sont susceptibles d’être accordées en droit aux demandeurs. Rien ne justifie de radier leur demande fondée sur la violation de contrat.

C. *Autorisation d’exercer un recours collectif*

[136] Cinq conditions doivent être réunies pour l’autorisation d’un recours collectif : (1) les actes de procédure doivent révéler une cause d’action, (2) il doit exister un groupe identifiable d’au moins deux personnes, (3) le représentant proposé doit être approprié, (4) il doit y avoir au moins une question commune et (5) le recours collectif doit être le meilleur moyen de régler ces questions (*CAA*, art. 5).

[137] Les parties ont convenu que l’issue de la requête en radiation déterminerait le premier facteur de l’analyse en ce qui concerne l’autorisation aux termes du par. 5(1), et la demande fondée sur la violation de contrat remplit donc cette condition. Il n’y a pas de contestation sérieuse que les représentants proposés sont appropriés. Les tierces parties contestent les trois conditions restantes.

[138] The class representative must show that there is some “basis in fact” for each remaining requirement (*Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at para. 99; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). Certification requires that the representative plaintiff provide a “certain minimum evidentiary basis” (*Hollick*, at para. 24 (emphasis omitted), citing *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.), at pp. 380-81), and the “basis in fact” standard ensures that there is an evidentiary foundation to support the certification order, even if that record is not exhaustive or one upon which the merits will be argued (*AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at para. 41, citing *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, at paras. 75-76). The certification process “does not allow for an extensive assessment of the complexities and challenges that a plaintiff may face in establishing its case at trial” and the approach is not to engage “in a robust analysis of the merits at the certification stage” (*Microsoft*, at para. 105), but to instead ensure that the action is suited to being a class proceeding (*Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419, at para. 65; *Hollick*, at para. 16).

[139] At first instance, the application judge decided to certify the action on certain common issues (see appendix). The majority of the Court of Appeal amended the certification order in light of the claims it struck, but otherwise found that ALC and the third parties’ arguments on appeal were no more than an attempt to reargue the factual and discretionary issues before the application judge.

(1) Identifiable Class of Two or More Persons

[140] The class is defined in the certification application as “[n]atural persons and their estates, resident in Newfoundland and Labrador, who, during the Class Period, paid the Defendant [ALC] to gamble on VLT games, excluding video poker and

[138] Le représentant du groupe doit établir l’existence d’un certain « fondement factuel » pour chacune des conditions restantes (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 99; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). L’autorisation exige que le représentant des demandeurs offre un « minimum d’éléments probants » (*Hollick*, par. 24 (soulignement omis), citant *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), p. 380-381), et la norme du « fondement factuel » assure qu’il existe une preuve sur laquelle peut reposer l’ordonnance d’autorisation, même si cette preuve n’est pas exhaustive ou n’est pas propre à présider au débat sur le fond (*AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 41, citant *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, par. 75-76). Le processus d’autorisation « ne permet pas d’apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès » et l’approche consiste à ne pas se livrer « à une analyse rigoureuse sur le fond à l’étape de la certification » (*Microsoft*, par. 105), mais plutôt à assurer que l’action se prête à un recours collectif (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419, par. 65; *Hollick*, par. 16).

[139] En première instance, le juge saisi de la demande a décidé d’autoriser le recours relativement à certaines questions communes (voir l’annexe). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont modifié l’ordonnance d’autorisation à la lumière des demandes qu’ils ont radiées, mais ont autrement conclu que les arguments que faisaient valoir la SLA et les tierces parties en appel revenaient à une tentative de plaider à nouveau les questions de fait et relevant du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande tranchées par celui-ci.

(1) Groupe identifiable d’au moins deux personnes

[140] Dans la demande d’autorisation, le groupe est défini comme suit : [TRADUCTION] « Personnes physiques et leurs successions, résidant à Terre-Neuve-et-Labrador qui, durant la période visée par le recours collectif, ont payé la défenderesse [la SLA]

keno games, in Newfoundland and Labrador”. The third parties submit that the class is “indeterminate” because there is “no conceivable way to verify who the class members are”.

[141] The identifiable class requirement ensures it is possible to determine who is entitled to notice, who is entitled to relief, and who will be bound by the final judgment (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, at para. 57). There must be some basis in fact that at least two persons will be able to self-identify as members of the class, and a person’s claim to membership in the class must “be determinable by stated, objective criteria” (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 38; *Jiang v. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1, at para. 81).

[142] In this case, the proposed class definition uses objective criteria that will allow for identification of those who can attest to playing the games, and there is a basis to believe that at least two persons will be able to establish that they paid ALC to gamble on VLT games during the proposed class period. This can be distinguished from the proposed class in *Sun-Rype*, which was defined as those who had purchased products containing a particular ingredient, which was often used interchangeably with another, and with product labels that did not identify it. In that case, there was no basis in fact to show that the putative class members would have had the information to determine their own class membership (*Sun-Rype*, at paras. 61-65). Here, there is no such evidentiary concern that would prevent individuals from determining their membership, and the fact that the number of class members or the identity of each class member is not or may not be determined is not a bar to certification (CAA, s. 8(d)).

pour jouer à des jeux de hasard sur des ALV, excluant les jeux de vidéopoker et de keno, à Terre-Neuve-et-Labrador ». Les tierces parties affirment que le groupe est [TRADUCTION] « indéterminé », parce qu’il « est impossible de concevoir une façon de vérifier qui en sont les membres ».

[141] La condition voulant que le groupe soit identifiable permet de déterminer les personnes ayant le droit d’être avisées, celles ayant droit à la réparation et celles qui seront liées par le jugement final (*Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, par. 57). Il doit y avoir un certain fondement factuel selon lequel au moins deux personnes s’identifieront comme membres du groupe, et l’appartenance d’une personne au groupe doit pouvoir « être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 38; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1, par. 81).

[142] En l’espèce, la définition du groupe proposée s’appuie sur des critères objectifs qui permettront l’identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu’au moins deux personnes seront capables d’établir qu’ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif. Cette situation se distingue de celle du groupe proposé dans l’arrêt *Sun-Rype*, qui avait été défini comme les personnes qui avaient acheté des produits contenant un ingrédient en particulier, lequel était souvent utilisé de façon interchangeable avec un autre, et avec des étiquettes de produits qui ne l’identifiait pas. Dans cette affaire, aucun fondement factuel ne permettait d’établir que les membres du groupe proposé auraient disposé des renseignements nécessaires pour déterminer s’ils appartenaient ou non au groupe (*Sun-Rype*, par. 61-65). En l’espèce, aucun problème de preuve semblable n’empêcherait les individus de déterminer s’ils appartiennent au groupe, et le fait que le nombre de membres du groupe ou l’identité de chaque membre de celui-ci ne soit pas déterminé ou ne puisse peut-être pas l’être n’empêche pas l’autorisation du recours collectif (CAA, al. 8(d)).

(2) Common Issues

[143] The common issue requirement for certification is met if the “claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue is the dominant issue” (CAA, s. 5(1)(c)). An issue is common where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim (*Dutton*, at para. 39). Issues are not common when they are dependent upon findings of fact that must be made with respect to each individual claimant (*Williams v. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54 (S.C.J.), at para. 39, aff’d (2003), 226 D.L.R. (4th) 112 (Ont. C.A.)). Findings made by the application judge on these issues are entitled to deference from an appellate court (*Microsoft*, at para. 111). As recognized in *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295, at paras. 110-11, identification of an issue as common to the members of the class is a question of fact that attracts the standard of review of palpable and overriding error.

[144] In light of the causes of action that have been struck from the plaintiffs’ statement of claim, only four of the common issues as certified by the application judge remain relevant to the plaintiffs’ breach of contract claim:

(e) Has the Defendant breached a duty owed in contract or tort?

(f) Can monetary relief be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, what is the amount of aggregate monetary relief?

(g) If the answer to Issue (f) is no, can loss or damage be measured by the gain to the Defendant, and if so, what is the appropriate restitutionary remedy and in what amount?

...

(2) Questions communes

[143] La condition relative à l’existence d’une question commune pour qu’il y ait autorisation du recours collectif est remplie si les [TRADUCTION] « demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci soit ou non la question dominante » (CAA, al. 5(1)(c)). Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe (*Dutton*, par. 39). Lorsqu’elles dépendent de conclusions de fait qui doivent être tirées à l’égard de chaque demandeur individuel, les questions ne sont pas communes (*Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54 (C.S.J.), par. 39, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112 (C.A. Ont.)). Une cour d’appel doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions tirées par le juge saisi de la demande sur ces questions (*Microsoft*, par. 111). Comme l’a reconnu la Cour dans l’arrêt *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295, par. 110-111, l’identification d’une question comme étant commune aux membres du groupe est une question de fait qui entraîne l’application de la norme de contrôle de l’erreur manifeste et déterminante.

[144] Compte tenu des causes d’action qui ont été radiées de la déclaration des demandeurs, seulement quatre des questions communes certifiées par le juge saisi de la demande demeurent pertinentes à l’égard de la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs :

[TRADUCTION]

e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?

f) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l’échelle du groupe et, dans l’affirmative, quel en est le montant?

g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans l’affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?

...

(i) Should punitive or exemplary damages be awarded against the Defendant and, if so, in what amount?

[145] These issues overlap with one another, use unclear restitutionary language to describe the remaining claim for disgorgement of profits, and make reference to claims that have been struck. In my view, four core issues remain to be considered in this proposed class action:

- (a) whether ALC breached a duty owed in contract;
- (b) whether disgorgement of ALC's profits is an appropriate remedy;
- (c) whether monetary relief can be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, the amount; and
- (d) whether punitive or exemplary damages should be awarded against ALC and, if so, the amount.

I conclude that all but the issue relating to aggregate monetary relief are appropriate common issues.

(a) *Breach of Contract*

[146] The third parties submit that liability is not a common issue because only some class members became problem gamblers. They argue that it will have to be individually determined whether each person became a problem gambler and whether their loss of control was caused by the characteristics of the machines.

[147] I disagree. First, the third parties have approached this issue as though the plaintiffs' claim seeks recovery of losses particular to each problem gambler; this does not reflect the proposed class, nor the theory of the plaintiffs' case, as they chose not to prove individual loss or use personal injury as the measure of damages. The pleadings instead assert a civil wrong that is common to each member

i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

[145] Ces questions se recourent, elles emploient des termes imprécis en matière de restitution pour décrire la demande restante pour la restitution des gains illicites et elles renvoient à des demandes qui ont été radiées. À mon avis, il reste quatre questions fondamentales à examiner dans le présent recours collectif proposé :

- a) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?
- b) La restitution des gains illicites de la SLA est-elle une réparation appropriée?
- c) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?
- d) Y a-t-il lieu de condamner la SLA à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, de quel montant?

Je conclus que ce sont toutes des questions communes appropriées, à l'exception de celle relative aux mesures de redressement pécuniaire globales.

a) *Violation de contrat*

[146] Les tierces parties soutiennent que la responsabilité n'est pas une question commune, car seulement certains membres du groupe sont devenus des joueurs à problèmes. Selon eux, il faudra déterminer au cas par cas si chaque personne est devenue un joueur à problèmes et si la perte de contrôle de cette personne a été causée par les caractéristiques des appareils.

[147] Je ne suis pas de cet avis. En premier lieu, les tierces parties ont abordé cette question comme si la demande présentée par les demandeurs visait le recouvrement des pertes propres à chaque joueur à problèmes; cette approche ne correspond pas au groupe proposé ni à la thèse des demandeurs, puisqu'ils ont choisi de ne pas prouver les pertes individuelles ni de s'appuyer sur le préjudice personnel pour évaluer

of the class. Second, the VLTs are the vehicle for a contract between ALC and the consumer. Each time a consumer pays money to play the VLT, they enter into the same implied contract, carried out in the same way, based on the programming of the VLTs. The expert's affidavit suggests that what players see on the VLT screen conceals and misrepresents how the game actually works. Whether the terms alleged by the plaintiffs are in fact implied will be the same for each consumer. Whether the functioning of the VLTs routinely violates those terms would also be the same for every consumer and will be necessary to resolve each member's claim (*Dutton*, at para. 39). I would not disturb the finding of the courts below that breach of contract is a common issue.

(b) *Disgorgement*

[148] The plaintiffs seek an accounting or disgorgement of ALC's profits for the breach of contract claim. The third parties say that assessing ALC's gain from its breach of contract would require individual determination because some players have become problem gamblers and some have not. They submit that the amount of any benefit to ALC as a result of the breach of contract will have to be individually determined. In short, the third parties' submission is that success for one class member does not mean success for all.

[149] While I agree that the required causal link for disgorgement may preclude certification of some aspects of the disgorgement analysis (such as quantum, discussed below in relation to aggregate monetary relief), I am not persuaded that *no* aspect of disgorgement as a remedy can be determined on a class-wide basis. In my view, whether a disgorgement award is appropriate, based on the multi-factored analysis described above, can be determined for the entire class

les dommages-intérêts. Les actes de procédure invoquent plutôt une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe. En second lieu, les ALV servent de véhicule à un contrat entre la SLA et le consommateur. Chaque fois qu'un consommateur verse de l'argent pour jouer sur un ALV, il conclut le même contrat implicite, exécuté de la même façon, fondé sur la programmation des ALV. Selon l'affidavit de l'expert, ce que les joueurs voient à l'écran de l'ALV dissimule et représente faussement le fonctionnement réel du jeu. La question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites sera la même pour chaque consommateur. La question de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions serait également la même pour chaque consommateur et il faudra y répondre pour trancher la demande de chaque membre (*Dutton*, par. 39). Je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle la violation de contrat est une question commune.

b) *Restitution des gains illicites*

[148] Les demandeurs sollicitent une remise ou la restitution des gains illicites de la SLA au titre de la demande fondée sur la violation de contrat. Les tierces parties affirment que pour évaluer le gain qu'a tiré la SLA de la violation de contrat, il faudrait le faire au cas par cas, car certains joueurs sont devenus des joueurs à problèmes et d'autres non. Ils soutiennent que le montant de tout bénéfice de la SLA découlant de la violation de contrat devra être déterminé au cas par cas. Bref, selon les tierces parties, le succès d'un membre du groupe ne signifie pas le succès de tous.

[149] Bien que je sois d'accord pour dire que le lien de causalité exigé pour la restitution des gains illicites est susceptible d'empêcher la certification de certains aspects de l'analyse portant sur la restitution des gains illicites (comme le quantum, dont il est question ci-dessous en lien avec les mesures de redressement pécuniaire globales), je ne suis pas convaincue qu'*aucun* aspect de la restitution des gains illicites en tant que réparation ne peut être

at once based on evidence and analysis that will be common to all class members.

[150] While compensatory damages are the normal measure of relief for breach of contract, it does not necessarily follow that they will be either practical or adequate for the class members in this case. The focus of the disgorgement analysis is on the gain of the defendant, and each of these contracts was allegedly entered into in materially the same circumstances and breached through the same conduct. If ALC's breaches are self-interested and deliberate in relation to the representative plaintiffs, then they are self-interested and deliberate in relation to the whole class; if it is impracticable to determine the amount of the representative plaintiffs' loss as a result of those breaches — because VLTs are operated with cash and do not produce receipts or other records for particular customers, or even that ALC's conduct contributed to that impracticability — then it is impracticable for the entire class. Whether the plaintiffs have a legitimate interest in ALC's profit-making activity would be common to all members of the VLT-playing public. The circumstances of the breach and the interest in deterring breaches of contracts of this nature will be similar for all members; a common inquiry into allegations of systemic conduct by a corporation in a monopolistic lottery scheme offered to the public will avoid duplication of fact-finding and legal analysis (*Dutton*, at para. 39).

[151] An issue can be common “even if it makes up a very limited aspect of the liability question” (*Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at para. 53). Here, determining whether the circumstances of this case are exceptional, such that other contractual remedies are inadequate, is a substantial ingredient of each member's claim and

tranché à l'échelle du groupe. À mon avis, la question de savoir si une réparation de restitution des gains illicites est appropriée, en fonction de l'analyse multifactorielle décrite ci-dessus, peut être tranchée pour l'ensemble du groupe en une seule fois sur le fondement de la preuve et d'une analyse qui sera commune à tous les membres du groupe.

[150] Bien que les dommages-intérêts compensatoires soient le redressement normalement accordé en cas de violation de contrat, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seront pratiques ou adéquats pour les membres du groupe en l'espèce. L'analyse relative à la restitution des gains illicites porte principalement sur le gain du défendeur, et chacun de ces contrats aurait été conclu dans les mêmes circonstances quant au fond et violé par la même conduite. Si les violations commises par la SLA sont intéressées et délibérées relativement aux représentants des demandeurs, elles le sont aussi relativement au groupe au complet; s'il est impossible en pratique de déterminer le montant de la perte subie par les représentants des demandeurs en raison de ces violations — parce que les ALV fonctionnent avec de l'argent comptant et ne produisent pas de reçus ou d'autres relevés pour des clients donnés, ou même parce que la conduite de la SLA contribuait à cette impossibilité pratique — il est aussi impossible en pratique de le faire pour le groupe en entier. La question de savoir si les demandeurs ont un intérêt légitime à l'égard des activités lucratives de la SLA serait commune à tous les membres du public qui jouent sur des ALV. Les circonstances de la violation et l'intérêt à dissuader les violations de contrats de cette nature seront semblables pour tous les membres; une enquête commune portant sur les allégations de conduite généralisée d'une société dans un système de loterie monopolistique offert au public permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits et de l'analyse juridique (*Dutton*, par. 39).

[151] Une question peut être commune [TRADUCTION] « même si elle ne constitue qu'un aspect très limité de la question de la responsabilité » (*Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 53). En l'espèce, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres réparations

will benefit all members of the class. I would therefore find that this aspect of ALC's potential liability to the plaintiffs in disgorgement is amenable to common determination, and would articulate the question as follows: "Would the ordinary remedies of contract law be inadequate to protect or vindicate the class members' contractual right such that disgorgement is available as a remedy?"

(c) *Aggregate Monetary Relief*

[152] The third potential common issue relates to whether monetary relief can be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, in what amount. In my view, there is no "basis in fact" on the record before us to certify this as a common issue.

[153] Section 29(1) of the CAA sets out three preconditions to an aggregate monetary award: (a) monetary relief must be claimed on behalf of some or all class members; (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief can remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability; and (c) all or part of the defendant's liability to some or all class members must be reasonably determined without proof by individual class members. The inquiry invites the Court to consider whether the non-individualized evidence presented by the plaintiffs is sufficiently reliable, whether use of the evidence will produce unfairness or injustice to the defendant (e.g., overstating the defendant's liability), and whether denying an aggregate approach would result in reduced or denied access to justice for the plaintiffs (see *Ramdath v. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490, at para. 76).

contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En conséquence, je conclurais que cet aspect de la responsabilité éventuelle de la SLA envers les demandeurs au titre de la restitution des gains illicites se prête à un jugement commun, et je formulerais la question ainsi : « Les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée comme réparation? »

c) *Redressement pécuniaire global*

[152] La troisième question commune potentielle est de savoir si le redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe, et, dans l'affirmative, d'en déterminer le montant. À mon avis, au vu du dossier dont nous disposons, il n'y a pas de « fondement factuel » permettant de certifier cette question comme question commune.

[153] Le paragraphe 29(1) de la CAA énonce trois conditions préalables à l'octroi d'un redressement pécuniaire global : a) le redressement pécuniaire doit être demandé au nom de tous les membres du groupe ou de certains d'entre eux; b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit se rapportant à l'évaluation du redressement pécuniaire afin de fixer le montant correspondant à l'obligation pécuniaire du défendeur; et c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du groupe ou certains d'entre eux peut raisonnablement être établie sans que les membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement. Dans le cadre de l'enquête, la Cour est appelée à se demander si la preuve non individualisée présentée par les demandeurs est suffisamment fiable, si le recours à la preuve produira une iniquité ou une injustice envers le défendeur (p. ex., en surestimant la responsabilité de celui-ci) et si le refus d'une approche globale priverait les demandeurs de l'accès à la justice ou réduirait cet accès (voir *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490, par. 76).

[154] The key concern in certifying this issue is whether there is some basis in fact to determine part or the whole of ALC’s total liability as a result of its breach of contract. The issue is primarily a question of causation. Whether the remedy is ultimately based on compensating class-wide loss or disgorging ALC’s gains, causation between the breach of contract and the quantum awarded will have to be proven.

[155] As Ernest J. Weinrib has recognized in the compensatory context, causation connects the plaintiff and defendant “as the doer and sufferer of the same injustice” (“Causal Uncertainty” (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135, at p. 136). The same reasoning requires a causal link between a wrong and a gain. Thus, while the appropriateness of a disgorgement remedy in contract is ultimately a contextual question, before making the award the court must be satisfied that the *breach* of contract is causally connected to the *gain* to be disgorged — a requirement also found in other contexts in which disgorgement is an available remedy. For example, in the context of a breach of fiduciary duty, disgorgement is a familiar remedy, but it is only available where the breach of the duty is linked to the gain (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 77). Another example is that of an inventor seeking an accounting of profits, who “is only entitled to that portion of the infringer’s profit which is causally attributable to the invention” — consistent with a common sense view of causation from the breach (*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at para. 101).

[156] In the context of a breach of contract, it is similarly important to connect the breach to the gain to be disgorged. Indeed, James Edelman writes that “the only difference between compensatory damages and disgorgement damages is that the former aim to

[154] La principale préoccupation que soulève la certification de cette question est de savoir s’il existe un fondement factuel permettant de déterminer en totalité ou en partie la responsabilité totale de la SLA en raison de sa violation de contrat. Il s’agit principalement d’une question de causalité. Que la réparation soit ultimement fondée sur l’indemnisation d’une perte à l’échelle du groupe ou sur la restitution des gains illicites de la SLA, le lien de causalité entre la violation de contrat et le montant accordé devra être prouvé.

[155] Comme l’a reconnu Ernest J. Weinrib dans le contexte de l’indemnisation, la causalité unit le demandeur et le défendeur [TRADUCTION] « en tant qu’auteur et victime d’une même injustice » (« Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Legal Stud.* 135, p. 136). Le même raisonnement exige un lien de causalité entre une faute et un gain. Par conséquent, bien que le caractère approprié d’une réparation de restitution des gains illicites en matière contractuelle soit ultimement une question contextuelle, le tribunal doit, avant d’accorder la réparation, être convaincu que la *violation* du contrat a un lien de causalité avec le *gain* à restituer — une exigence que l’on trouve aussi dans d’autres contextes où la restitution des gains illicites peut être accordée à titre de réparation. Par exemple, dans le contexte d’un manquement à une obligation fiduciaire, la restitution des gains illicites est une réparation courante, mais elle ne peut être ordonnée que si le manquement à l’obligation est lié au gain (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 77). Un autre exemple est celui de l’inventeur qui demande la remise des profits, lequel « a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l’invention » — conformément à une conception normale du lien de causalité avec le manquement (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 101).

[156] Dans le contexte d’une violation de contrat, il est tout aussi important d’établir le lien entre la violation et le gain à restituer. En effet, James Edelman écrit que [TRADUCTION] « la seule différence entre les dommages-intérêts compensatoires

put the claimant in the position as if the wrong had not occurred and the latter aim to put the defendant in that position” (Edelman (2002), at p. 103; see also Barnett, at p. 12; M. A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (2018), at p. 335). As noted by this Court in *Mutual Trust*, this remedy may be appropriate where “a defendant has, as a result of his or her own breach, profited in excess of his or her expected profit had the contract been performed” (para. 30 (emphasis added)). Applying a “but-for-the-breach” standard ensures a causal connection between the quantum of gain and the plaintiff’s right (Smith, at p. 136; Barnett, at pp. 189, 192 and 210).

[157] All this means that the plaintiffs need to provide some methodology that is “sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement”, that is, a realistic prospect of assessing class-wide monetary relief in the aggregate (*Microsoft*, at para. 118).

[158] The plaintiffs seek disgorgement of the “unlawful gain” and have pleaded that VLTs could be “a reasonably safe form of gambling [that] generate[s] a reasonable stream of profit” absent the pleaded breaches (Statement of Claim, at para. 31). On this pleading, the plaintiffs must identify some methodology for determining the amount in excess of the “reasonable stream of profit” ALC would have gained absent the breach of contract. The plaintiffs’ evidence on this point is limited, as their expert was asked only to estimate ALC’s revenue from VLT line games that are derived from problem gamblers. However, the plaintiffs’ class membership is not limited to problem gamblers, and instead captures all natural persons or estates who paid ALC to gamble on VLT games. Further, the expert does not provide any estimation or methodology to account for any revenue ALC might have made even while upholding and performing its contract with the class, by offering safe and non-deceptive VLT games to class

et les dommages-intérêts de restitution des gains illicites est que les premiers visent à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si la faute n’avait pas eu lieu et que les derniers visent à placer le défendeur dans cette situation » (Edelman (2002), p. 103; voir également Barnett, p. 12; M. A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (2018), p. 335). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Mutual Trust*, cette réparation peut être appropriée lorsque « le défendeur a réalisé, du fait de sa propre inexécution, un gain supérieur à celui qu’il pouvait escompter si le contrat avait été exécuté » (par. 30 (je souligne)). L’application de la norme du « facteur déterminant » (parfois décrite au moyen des mots « n’eût été ») assure un lien de causalité entre le montant du gain et le droit du demandeur (Smith, p. 136; Barnett, p. 189, 192 et 210).

[157] En définitive, les demandeurs doivent fournir une méthode qui est « suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune », c’est-à-dire une possibilité réaliste d’évaluer globalement le redressement pécuniaire à l’échelle du groupe (*Microsoft*, par. 118).

[158] Les demandeurs sollicitent la restitution du « gain illicite » et ont fait valoir que les ALV peuvent être [TRADUCTION] « une forme raisonnablement sûre de jeu [qui] représente une source raisonnable de profits » n’eût été des violations alléguées (déclaration, par. 31). Au vu de cette allégation, les demandeurs doivent identifier une méthode pour déterminer le montant qui excède la « source raisonnable de profits » que la SLA aurait touchés n’eût été la violation de contrat. La preuve des demandeurs sur ce point est limitée, vu que leur expert a été chargé uniquement d’estimer la partie des recettes que la SLA a tirée des jeux de lignes sur ALV qui provenait de joueurs à problèmes. Toutefois, la composition du groupe de demandeurs ne se limite pas aux joueurs à problèmes et englobe plutôt toutes les personnes physiques ou successions qui ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur ALV. De plus, l’expert ne fournit aucune estimation ou méthode pour comptabiliser les recettes que la SLA aurait pu toucher si elle avait

members or by warning class members of the inherent dangers of the games.

[159] To meet the required causal nexus and ensure that ALC's total liability is limited to that flowing from the breach and not overstated, some plausible methodology, grounded in the facts and data of the case, is needed to estimate ALC's financial liability from its breach of contract, including what ALC's profits might have been had it not breached its contractual obligations to class members. No methodology has been suggested.

[160] I note that the plaintiffs have also pleaded that the deceptive nature of VLTs is so integrated into their profit generation that VLT gaming could not have been marketed at all without the wrongdoing. Although this pleading appears in the section pleading disgorgement as a cause of action (and would therefore be struck in its current form for disclosing no reasonable cause of action), I accept that it could be restored. On such a pleading, the amount to be disgorged to the class as a whole would be the entirety of ALC's profits from VLT gaming, and issues of causation are simplified. But a bare pleaded allegation is not enough to establish "some basis in fact". The purpose of the basis in fact requirement is to ensure that the class proceeding does not "found[e]r at the merits stage" (*Microsoft*, at para. 104). Here, the plaintiffs' expert has provided no evidence to suggest that VLTs could not be marketed without wrongdoing. This is a bare allegation and therefore cannot provide some basis in fact that monetary relief can ultimately be determined on a class-wide basis.

[161] For these reasons, I am not satisfied that there is some basis in fact to certify whether the amount of monetary relief can be assessed on an aggregate, class-wide basis as a common issue. There is no basis in fact on either of the alternative pleadings that

respecté et exécuté son contrat avec le groupe, en offrant des jeux sur ALV sûrs et non trompeurs aux membres du groupe ou en les mettant en garde contre les dangers inhérents à ces jeux.

[159] Pour établir le lien de causalité exigé et faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation et ne soit pas surestimée, il faut une méthode plausible, fondée sur les faits et les données de l'espèce, pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été les profits de la SLA si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles envers les membres du groupe. Or, aucune méthode n'a été proposée.

[160] Je remarque que les demandeurs ont aussi fait valoir que la nature trompeuse des ALV est à ce point intégrée dans leur production de profits que les jeux sur ALV n'auraient pas pu être commercialisés du tout sans la faute. Bien que cette allégation figure dans la partie où est plaidée la restitution des gains illicites en tant que cause d'action (et elle serait radiée en sa forme actuelle, car elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable), j'admets qu'elle peut être rétablie. Au vu de cette allégation, le montant à restituer au groupe dans son ensemble serait l'intégralité des profits que la SLA a tirés des jeux sur ALV, ce qui simplifie les questions de causalité. Toutefois, une simple allégation dans un acte de procédure ne suffit pas pour établir un « certain fondement factuel ». L'exigence du fondement factuel a pour objet de faire en sorte que le recours collectif ne « s'écroule [pas] à l'étape de l'examen au fond » (*Microsoft*, par. 104). En l'espèce, l'expert des demandeurs n'a fourni aucune preuve laissant entendre que les ALV ne pouvaient pas être commercialisés sans qu'il y ait de faute. Il s'agit d'une simple allégation et elle ne peut donc pas fournir un certain fondement factuel selon lequel un redressement pécuniaire peut, au final, être établi à l'échelle du groupe.

[161] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue qu'il existe un certain fondement factuel pour certifier, en tant que question commune, la question de savoir si le montant du redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe. Ni

the quantum of monetary relief owed to all the class members could be reasonably determined.

[162] The failure to certify the calculation of aggregate monetary relief as a common issue does not preclude the trial judge from ultimately turning to the aggregate award provisions in the CAA if appropriate (*Pioneer*, at para. 114, citing *Microsoft*, at para. 134).

(d) *Punitive Damages*

[163] I agree with the application judge that the punitive damages claim is a common issue. As noted above, the focus of punitive damages is on the *defendant's* misconduct, not the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73).

[164] This Court has recognized that punitive damages may be amenable to determination as a common issue, including in cases where liability will relate to a class of victims as a group and the court will be making “exactly the kind of fact-finding that will be necessary to determine whether punitive damages are justified” (*Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, at para. 34). In this case, ALC's conduct and the alleged breach of the duty of good faith would be common to all class members. The application judge's finding that “a determination on this question will address the common interests of all members of the class” (NLTD Certification Reasons, at para. 119) is entitled to deference and I see no reason to interfere with it.

(3) Preferable Procedure

[165] Section 5(2) of the CAA provides that in determining whether a class action is a preferable

l'un ni l'autre des actes de procédure subsidiaires ne révèle un fondement factuel selon lequel le montant du redressement pécuniaire dû à tous les membres du groupe pourrait être raisonnablement déterminé.

[162] Le fait que le calcul du redressement pécuniaire global n'ait pas été certifié en tant que question commune n'empêche pas le juge de première instance de se fonder au final sur les dispositions de la CAA relatives à l'octroi d'un montant global s'il l'estime indiqué (*Pioneer*, par. 114, citant *Microsoft*, par. 134).

d) *Dommages-intérêts punitifs*

[163] Je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que la demande de dommages-intérêts punitifs est une question commune. Comme je l'ai expliqué, l'aspect auquel il faut s'attacher en matière de dommages-intérêts punitifs est la conduite répréhensible du *défendeur*, et non la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73).

[164] La Cour a reconnu que les dommages-intérêts punitifs peuvent être traités comme une question commune, notamment dans les affaires où la responsabilité a trait à des victimes en tant que groupe et où le tribunal se livrera « exactement [au] genre de recherche des faits à laquelle le tribunal devra se livrer pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires sont justifiés » (*Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, par. 34). En l'espèce, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la conclusion du juge saisi de la demande selon laquelle [TRADUCTION] « une décision sur cette question abordera les intérêts communs de tous les membres du groupe » (motifs de la décision de la division de première instance de la C.S. T.-N.-L. sur l'autorisation, par. 119) et je ne vois aucune raison d'intervenir.

(3) Procédure constituant le meilleur moyen

[165] Le paragraphe 5(2) de la CAA prévoit que pour établir si le recours collectif serait le meilleur

procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court may consider all relevant matters including whether:

- (a) questions of fact or law common to the members of the class predominate over questions affecting only individual members;
- (b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;
- (c) the class action would involve claims that are or have been the subject of another action;
- (d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and
- (e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[166] As noted in *Hollick*, preferability is best analysed through the lens of the three main advantages of class actions — judicial economy, access to justice, and behaviour modification — and must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole (paras. 27 and 30). The third parties submit that individual issues predominate over common issues and that the claims break down into an individualistic determination with respect to both liability and quantum. Again, however, I agree with the application judge that ALC and the third parties' objections do not address the action as framed, and instead proceed on the assumption that the plaintiffs are seeking recovery of losses suffered, as particularized to each class member.

[167] The keystone of the plaintiffs' action is a deception common to each member of the class. Determining the content of a contract entered into by each member of the class, and whether that contract was systematically breached, does not require individualized assessments for each class member and is decidedly more practical and efficient than requiring each member to begin an action as an individual

moyen de régler les questions communes de manière juste et efficace, le tribunal peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment les suivants :

- a) les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe l'emportent sur celles touchant uniquement les membres individuels;
- b) un nombre important de membres du groupe ont véritablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'actions distinctes;
- c) le recours collectif comprend des demandes qui ont été ou qui font l'objet d'autres instances;
- d) les autres modes de règlement sont moins pratiques ou efficaces;
- e) la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen pour solliciter le redressement.

[166] Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Hollick*, il convient d'analyser la question du meilleur moyen en fonction des trois principaux avantages du recours collectif — l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements — et il faut examiner l'importance des questions communes par rapport à l'ensemble des demandes (par. 27 et 30). Les tierces parties soutiennent que les questions individuelles l'emportent sur les questions communes et que les demandes se réduisent à une détermination au cas par cas en ce qui concerne tant la responsabilité que le quantum. Cependant, encore une fois, je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que les objections de la SLA et des tierces parties ne répondent pas à l'action telle qu'elle est formulée et présupposent plutôt que les demandeurs cherchent à obtenir le recouvrement des pertes subies, ventilées pour chaque membre du groupe.

[167] La clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est assurément plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre du groupe et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'obliger chaque membre du groupe à intenter une action à titre de demandeur individuel, et cette façon de faire n'exige

plaintiff. That alone would make this a preferable procedure.

[168] Further, a common set of fact-finding will allow the trial judge to determine, without duplication, whether other contractual remedies will adequately vindicate and protect the contractual interest the class members had in playing a safe, honest game offered by a corporation charged with running a monopolistic public scheme.

[169] On punitive damages in particular, ALC submits that a class action is not a preferable procedure, because granting punitive damages in the absence of other monetary relief would allow the plaintiffs to play the role of “a private Attorney General”. However, punitive damages are not necessarily parasitic on the plaintiff’s having suffered a loss or personal injury. The fact that punitive damages focus on the defendant’s conduct makes a class proceeding “particularly well-suited” to such awards (*Chace v. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264 (C.A.), at para. 24), especially where the allegation of liability is founded on systemic wrongdoing (see, e.g., *Rumley*, at para. 34). Deterrence of wrongful conduct is a primary goal of class actions (C. Jones, “The Class Action as Public Law”, in J. Walker and G. D. Watson, eds., *Class Actions in Canada: Cases, Notes, and Materials* (2014), 28, at p. 29), and punitive damages are measured, in part, to ensure deterrence (*Whiten*, at para. 111).

[170] A class action is the preferable procedure for the plaintiffs’ claim, even if some individualized assessments are ultimately needed (see, e.g., *Pederson v. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661, at paras. 80-94; *Chalmers v. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186, at paras. 25-35; *Fakhri v. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227, at paras. 20-26). The existence of individual issues is no bar to a class action (*Microsoft*, at para. 140). The very point of a class action is that individuals can come together to pursue,

pas d’évaluations individuelles pour chaque membre du groupe. Cette considération à elle seule fait du recours collectif le meilleur moyen.

[168] Qui plus est, une seule appréciation des faits permettra au juge de première instance d’établir, sans double emploi, si d’autres réparations contractuelles défendront et protégeront adéquatement l’intérêt contractuel des membres du groupe à jouer à un jeu sûr et honnête offert par une société chargée de diriger un système public monopolistique.

[169] Pour ce qui est des dommages-intérêts punitifs en particulier, la SLA soutient que le recours collectif n’est pas le meilleur moyen de régler la question, car l’octroi de dommages-intérêts punitifs en l’absence d’autres mesures de redressement pécuniaire permettrait aux demandeurs de jouer le rôle de [TRADUCTION] « procureur général privé ». Toutefois, les dommages-intérêts punitifs ne dépendent pas nécessairement de la perte ou du préjudice personnel que subit le demandeur. Le fait que les dommages-intérêts punitifs sont axés sur la conduite du défendeur rend le recours collectif [TRADUCTION] « particulièrement adapté » à de tels octrois (*Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264 (C.A.), par. 24), surtout lorsque l’allégation de responsabilité est fondée sur une faute systémique (voir, p. ex., *Rumley*, par. 34). La dissuasion de la conduite fautive est un des principaux objectifs des recours collectifs (C. Jones, « The Class Action as Public Law », dans J. Walker et G. D. Watson, dir., *Class Actions in Canada : Cases, Notes and Materials* (2014), 28, p. 29), et les dommages-intérêts punitifs sont calculés, en partie, pour assurer la dissuasion (*Whiten*, par. 111).

[170] Le recours collectif est le meilleur moyen de régler l’action des demandeurs, même si certaines évaluations au cas par cas sont ultimement nécessaires (voir, p. ex., *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. (4th) 661, par. 80-94; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186, par. 25-35; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227, par. 20-26). L’existence de questions individuelles n’empêche pas le recours collectif (*Microsoft*, par. 140). L’idée même d’un recours collectif est que

as a class, a cause of action that they could, as a matter of law, already bring individually. The economy of the class action derives partly from the savings in litigation costs and partly from the removal of barriers that those individuals might otherwise face (*Rumley*, at para. 39). The latter point is particularly compelling in light of the many economic, social, and psychological barriers that individual players or problem gamblers may face in coming forward and advancing a claim for breach of contract against ALC through individualized avenues. This is especially so given that those individuals who have suffered particularly from ALC’s alleged breach may be the least capable of advancing a claim. Class actions “overcome barriers to litigation by providing a procedural means to a substantive end” (*Fischer*, at para. 34). In this case, that end includes the potential to acknowledge, vindicate, and protect individual players’ contractual interest in a safe and fair game, or to encourage behavioural modification and to punish allegedly deceptive, manipulative, and high-handed conduct in the provision of such games. Even if breach of contract were the only common issue, a trial to determine whether ALC systematically breached contracts with VLT players would go some way to acknowledging players’ contractual interests and, potentially, vindicating and protecting those interests.

(4) Conclusion on Certification

[171] For the above reasons, I conclude that the plaintiffs’ claim should be certified as a class action on the common issues of breach of contract, punitive damages, and the appropriateness of a disgorgement remedy.

V. Conclusion

[172] For these reasons, I would allow the appeals in part. I would strike disgorgement (referred to in

les gens peuvent s’unir pour faire valoir, en tant que groupe, une cause d’action qu’ils pourraient chacun faire valoir individuellement en droit. L’économie liée au recours collectif découle en partie des coûts épargnés en matière de frais de justice et en partie du retrait des obstacles auxquels ces gens feraient autrement face (*Rumley*, par. 39). Ce dernier élément est particulièrement convaincant en raison des nombreux obstacles d’ordre pécuniaire, social et psychologique auxquels peuvent faire face les joueurs individuels ou les joueurs à problèmes, en se manifestant et en faisant valoir une demande fondée sur la violation de contrat contre la SLA par des voies individuelles. Cela est d’autant plus vrai étant donné que les individus qui ont souffert particulièrement de la violation reprochée à la SLA peuvent être ceux qui sont les moins capables de faire valoir une demande. Le recours collectif « permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d’arriver à une fin substantielle » (*Fischer*, par. 34). En l’espèce, cette fin comprend la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l’intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste, ou d’encourager une modification du comportement et de punir une conduite qui serait trompeuse, manipulatrice et abusive dans la prestation de ces jeux. Même si la violation de contrat était la seule question commune, un procès pour trancher la question de savoir si la SLA a systématiquement violé les contrats intervenus avec des joueurs d’ALV permettrait dans une certaine mesure de reconnaître les intérêts contractuels des joueurs et, éventuellement, de défendre et de protéger ces intérêts.

(4) Conclusion sur l’autorisation du recours collectif

[171] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l’action des demandeurs devrait être autorisée en tant que recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

V. Conclusion

[172] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir les pourvois en partie, et de radier la restitution des

the pleadings as “waiver of tort”) and unjust enrichment as causes of action. I would certify the class action with common issues as follows:

- (1) Has ALC breached a duty owed in contract?
- (2) If there is a breach of contract, would the ordinary remedies of contract law be inadequate to protect or vindicate the class members’ contractual right such that disgorgement is available as a remedy?
- (3) If there is a breach of contract, should punitive or exemplary damages be awarded and, if so, in what amount?

[173] Of course, the plaintiffs may seek to amend their pleadings in accordance with these reasons. As s. 37 of the CAA generally precludes costs awards in respect of applications for certification, I would order that the parties bear their own costs.

APPENDIX

Common Issues as Certified by Faour J. (A.R., vol. I, at p. 117)

- (a) Does the *Criminal Code* authorize the operation of video lotteries by siteholders, in view of s. 206(1)(g) which prohibits games similar to “three card monte”?
- (b) Does the *Criminal Code* authorize the operation of video lotteries by siteholders, in view of s. 201, which prohibits keeping a common gaming house?
- (c) Has the Defendant been unjustly enriched?
- (d) Has the Defendant breached s. 52 of the *Competition Act* [R.S.C. 1985, c. C-34]?

gains illicites (appelée « renonciation au recours délictuel » dans les actes de procédure) et l’enrichissement sans cause en tant que causes d’action. J’autoriserais le recours collectif portant sur les questions communes suivantes :

- (1) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?
- (2) S’il y a eu violation de contrat, les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée à titre de réparation?
- (3) S’il y a eu violation de contrat, y a-t-il lieu d’octroyer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l’affirmative, quel devrait en être le montant?

[173] Bien entendu, les demandeurs peuvent demander de modifier leurs actes de procédure conformément aux présents motifs. Comme l’art. 37 de la CAA exclut généralement l’adjudication de dépens relativement aux demandes d’autorisation de recours collectifs, j’ordonnerais que les parties assument leurs propres dépens.

ANNEXE

Questions communes certifiées par le juge Faour (d.a., vol. I, p. 117)

[TRADUCTION]

- a) Le *Code criminel* autorise-t-il l’exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l’al. 206(1)g) qui interdit les jeux analogues au « bonneteau »?
- b) Le *Code criminel* autorise-t-il l’exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l’art. 201, qui interdit la tenue d’une maison de jeu?
- c) La défenderesse s’est-elle enrichie sans cause?
- d) La défenderesse a-t-elle contrevenu à l’art. 52 de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. 1985, c. C-34]?

(e) Has the Defendant breached a duty owed in contract or tort?

(f) Can monetary relief be measured on an aggregate, class-wide basis and, if so, what is the amount of aggregate monetary relief?

(g) If the answer to Issue (f) is no, can loss or damage be measured by the gain to the Defendant, and if so, what is the appropriate restitutionary remedy and in what amount?

(h) Has the Defendant breached provisions of the *Statute of Anne, 1710* [9 Anne, c. 19], and should the remedy of treble damages be granted, and if so, what is the appropriate amount?

(i) Should punitive or exemplary damages be awarded against the Defendant and, if so, in what amount.

Appeals allowed, WAGNER C.J. and KARAKATSANIS, MARTIN and KASIRER JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant the Atlantic Lottery Corporation Inc.: Goodmans, Toronto; Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the appellants VLC, Inc., IGT-Canada Inc. and International Game Technology: Curtis, Dawe, St. John's.

Solicitors for the appellant Spielo International Canada ULC: Stewart McKelvey, St. John's.

Solicitors for the appellant Tech Link International Entertainment Limited: Cox & Palmer, St. John's.

Solicitors for the respondents: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?

f) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?

g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans l'affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?

h) La défenderesse a-t-elle contrevenu aux dispositions du *Statute of Anne, 1710* [9 Anne, c. 19], et la réparation de dommages-intérêts triples devrait-elle être accordée, et dans l'affirmative, quel en serait le montant approprié?

i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

Pourvois accueillis, le juge en chef WAGNER et les juges KARAKATSANIS, MARTIN et KASIRER sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique : Goodmans, Toronto; Bennett Jones, Toronto.

Procureurs des appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology : Curtis, Dawe, St. John's.

Procureurs de l'appelante Spielo International Canada ULC : Stewart McKelvey, St. John's.

Procureurs de l'appelante Tech Link International Entertainment Limited : Cox & Palmer, St. John's.

Procureurs des intimés : Koskie Minsky, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners Bally Gaming Canada Ltd. and Bally Gaming Inc.: Benson Buffett, St. John's; Dickinson Wright, Toronto.

Procureurs des intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc. : Benson Buffett, St. John's; Dickinson Wright, Toronto.

Solicitors for the intervener the Western Canada Lottery Corporation: Kanuka Thuringer, Regina.

Procureurs de l'intervenante Western Canada Lottery Corporation : Kanuka Thuringer, Regina.

Solicitor for the intervener the Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis Commission: Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Alberta Gaming, Liquor and Cannabis Commission : Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Gaming Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Gaming Association : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Lottery Corporation: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Lottery Corporation : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.