

**Estate of Manish Odhavji, deceased,
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji and Rahul
Odhavji** *Appellants (Plaintiffs)*

v.

**Detective Martin Woodhouse, Detective
Constable Philip Gerrits, Officer John
Doe, Officer Jane Doe, Metropolitan
Toronto Chief of Police David Boothby,
Metropolitan Toronto Police Services
Board and Her Majesty The Queen in
Right of Ontario** *Respondents (Defendants)*

and between

**Metropolitan Toronto Chief of Police
David Boothby** *Appellant on cross-appeal*

v.

**Estate of Manish Odhavji, deceased,
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji and Rahul
Odhavji** *Respondents on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of British Columbia, Canadian Civil
Liberties Association, Urban Alliance on Race
Relations, African Canadian Legal Clinic,
Mental Health Legal Committee, Association
in Defence of the Wrongfully Convicted and
Innocence Project of Osgoode Hall Law
School** *Intervenors*

INDEXED AS: ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE

Neutral citation: 2003 SCC 69.

File No.: 28425.

2003: February 17; 2003: December 5.

**Succession de feu Manish Odhavji,
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji et Rahul
Odhavji** *Appelants (Demandeurs)*

c.

**Détective Martin Woodhouse, Gendarme-
détective Philip Gerrits, Agent John Doe,
Agente Jane Doe, Chef de police de la
communauté urbaine de Toronto David
Boothby, Commission de services
policiers de la communauté urbaine de
Toronto et Sa Majesté la Reine du chef de
l'Ontario** *Intimés (Défendeurs)*

et entre

**Chef de police de la communauté
urbaine de Toronto David
Boothby** *Appelant dans le pourvoi incident*

c.

**Succession de feu Manish Odhavji,
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji et Rahul
Odhavji** *Intimés dans le pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de la Colombie-Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Alliance urbaine sur les relations inter-
raciales, African Canadian Legal Clinic,
Mental Health Legal Committee, Association
in Defence of the Wrongfully Convicted et
Innocence Project of Osgoode Hall Law
School** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SUCCESSION ODHAVJI c. WOODHOUSE

Référence neutre : 2003 CSC 69.

N° du greffe : 28425.

2003 : 17 février; 2003 : 5 décembre.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Practice — Motion to strike — Police officers involved in fatal shooting — Actions brought by estate and family of victim — Statement of claim alleging misfeasance in public office against police officers and chief of police and negligence against chief of police, police services board and province — Actions based on failure of police officers to cooperate in SIU investigation — Whether portions of statement of claim should be struck out as disclosing no reasonable cause of action — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(b).

Pratique — Requête en radiation — Agents de police mêlés à une fusillade fatale — Actions intentées par la succession et la famille de la victime — Allégations dans la déclaration touchant la faute dans l'exercice d'une charge publique de la part des agents de police et du chef de police, ainsi que la négligence du chef de police, de la commission des services policiers et de la province — Actions fondées sur l'omission des agents de police de collaborer à l'enquête de l'UES — Y a-t-il lieu de radier des parties de la déclaration pour absence de cause d'action fondée? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(1)b.

Torts — Tort of misfeasance in public office — Chief of police and police officers — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in misfeasance in public office against police officers and chief of police — Whether tort of misfeasance in public office can arise from misconduct involving breaches of statutory duty — Whether tort limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers.

Délits civils — Délit de faute dans l'exercice d'une charge publique — Chef de police et agents de police — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique contre les agents de police et le chef de police — Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique peut-il résulter de l'inconduite fondée sur des manquements à une obligation imposée par la loi? — Le délit se limite-t-il à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou découlant d'une prérogative?

Torts — Negligence — Duty of care — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in negligence against chief of police, police services board and province — Whether they owed plaintiffs duty to take reasonable care to ensure that police officers cooperated with investigation.

Délits civils — Négligence — Obligation de diligence — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour négligence contre le chef de police, la commission des services policiers et la province — Ceux-ci étaient-ils tenus envers les demandeurs de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête?

Costs — Court of Appeal's costs award — Plaintiffs submitting that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs — Actions involving public authorities and raising issues of public interest insufficient to alter essential nature of litigation — Plaintiffs not falling within definition of public interest litigants — No clear and compelling reasons to interfere with Court of Appeal's decision to award costs in

Dépens — Adjudication des dépens par la Cour d'appel — Demandeurs faisant valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens — Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige — Les demandeurs ne correspondent pas à la définition de parties à un litige d'intérêt public — Aucun

accordance with usual rule that successful party is entitled to costs.

O was fatally shot by police officers. The Special Investigation Unit (“SIU”) began an investigation. The police officers involved in the incident did not comply with SIU requests that they remain segregated, that they attend interviews on the same day as the shooting, and that they provide shift notes, on-duty clothing, and blood samples in a timely manner. Under s. 113(9) of the Ontario *Police Services Act*, members of the force are under a statutory obligation to cooperate with SIU investigations and, under s. 41(1), a chief of police is required to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the Act. The SIU cleared the officers of any wrongdoing. O’s estate and family commenced a variety of actions. The statement of claim alleged that the lack of a thorough investigation into the shooting incident had caused them to suffer mental distress, anger, depression and anxiety. They claimed that the officers’ failure to cooperate with the SIU gave rise to actions for misfeasance in a public office against the officers and the Chief of Police, and to actions for negligence against the Chief, the Metropolitan Toronto Police Services Board, and the Province. The defendants brought motions under rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* to strike out the claims on the ground that they disclose no reasonable cause of action. The motions judge and the Court of Appeal struck out portions of the statement of claim. In this Court, the plaintiffs appeal against the Court of Appeal’s decision to strike the claims for misfeasance in a public office against the officers and the Chief, and the claims for negligence against the Board and the Province. The Chief cross-appeals against the Court of Appeal’s decision to allow an action for negligence against him to proceed.

Held: The appeal should be allowed in part and the cross-appeal dismissed. The actions in misfeasance in a public office against the police officers and the Chief and the action in negligence against the Chief should be allowed to proceed. The actions in negligence against the Board and the Province should be struck from the statement of claim.

Under rule 21.01(1)(b), a court may strike out a statement of claim for disclosing no reasonable cause of action when it is plain and obvious that the action is

motif clair et impérieux ne justifie de modifier la décision de la Cour d’appel d’adjuger les dépens à la partie ayant obtenu gain de cause, conformément à la règle usuelle.

O a été mortellement atteint par des coups de feu tirés par des agents de police. L’unité des enquêtes spéciales (« UES ») a ouvert une enquête. Les agents mêlés à l’incident ne se sont pas pliés aux demandes de l’UES, soit de demeurer isolés l’un de l’autre, de se rendre disponibles le jour même pour un interrogatoire et de remettre, dans les délais impartis, les notes de leur quart de travail, leurs uniformes ainsi que des prélèvements sanguins. Suivant le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers* de l’Ontario, les membres de corps de police sont tenus de collaborer aux enquêtes de l’UES et, en vertu du par. 41(1), le chef de police doit veiller à ce que les membres du corps policier exercent leurs fonctions conformément à la loi. L’UES a exonéré les agents de toute faute. La succession et la famille de O ont intenté une série d’actions. Dans leur déclaration, les demandeurs prétendent que l’absence d’enquête approfondie sur la fusillade leur a causé des souffrances morales, de la colère, des dépressions et de l’anxiété. Ils allèguent que l’omission des agents de collaborer avec l’UES a donné ouverture à des actions pour faute dans l’exercice d’une charge publique contre les agents et le chef de police, ainsi qu’à des actions pour négligence contre le chef, la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et la province. Les défendeurs ont présenté des requêtes en vertu de l’al. 21.01(1)(b) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario en vue de faire radier les demandes pour le motif qu’elles ne révèlent aucune cause d’action fondée. Le juge des requêtes et la Cour d’appel ont radié des parties de la déclaration. Devant notre Cour, les demandeurs se pourvoient contre la décision de la Cour d’appel de radier les actions pour faute dans l’exercice d’une charge publique engagées contre les agents et le chef, ainsi que les actions pour négligence engagées contre la commission et la province. Le chef a déposé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d’appel de permettre l’instruction de l’action pour négligence intentée contre lui.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté. Il y a lieu de permettre l’instruction des actions pour faute dans l’exercice d’une charge publique intentées contre les agents et le chef de police ainsi que de l’action pour négligence dirigée contre le chef. Les actions pour négligence contre la commission et la province sont radiées de la déclaration.

Suivant l’al. 21.01(1)(b), un tribunal peut radier une déclaration pour absence de cause d’action fondée s’il est évident et manifeste que l’action est vouée à l’échec

certain to fail because the statement of claim contains a radical defect. In this case, if the facts of the motion to strike are taken as pleaded, it is not plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office against the police officers and the Chief must fail.

The failure of a public officer to perform a statutory duty can constitute misfeasance in a public office. Misfeasance is not limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers. It is an intentional tort distinguished by (1) deliberate, unlawful conduct in the exercise of public functions; and (2) awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff. The requirement that the defendant must have been aware that his or her unlawful conduct would harm the plaintiff establishes the required nexus between the parties. A plaintiff must also prove the requirements common to all torts, specifically, that the tortious conduct was the legal cause of his or her injuries, and that the injuries suffered are compensable in tort law.

Here, the statement of claim pleads each of the constituent elements of the tort. The officers' alleged failure to cooperate with the SIU investigation and the Chief's alleged failure to ensure that they did cooperate both constitute unlawful breaches of statutory duties under the *Police Services Act*. The allegation that the officers' acts and omissions "represented intentional breaches of their legal duties as police officers" satisfies the requirement that the officers were aware that their conduct was unlawful and that it was intentional and deliberate. The allegation that the Chief deliberately failed to segregate the officers satisfies the requirement that he intentionally breached his legal obligation to ensure compliance with the *Police Services Act*. However, the same cannot be said of his alleged failures to ensure that the officers produced timely and complete notes, attended interviews, and provided accurate and complete accounts. A mere failure to discharge obligations of an office cannot constitute misfeasance in a public office and the plaintiffs must prove the failures were deliberate. The allegation that the officers and the Chief "ought to have known" that their misconduct would cause the plaintiffs to suffer must be struck from the statement of claim because misfeasance in a public office is an intentional tort requiring subjective awareness that harm to the plaintiff is a likely consequence of the alleged misconduct. Lastly, at the pleadings stage, it is sufficient with respect to damages that the statement of claim alleges mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct, but the plaintiffs

parce que la déclaration contient un vice fondamental. En l'espèce, si l'on tient pour avérés les faits allégués dans la requête en radiation, il n'est pas évident et manifeste que les actions intentées contre les agents de police et le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.

Le défaut, pour un fonctionnaire public, de remplir une obligation que la loi lui impose peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Cette faute ne se limite pas à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou la prérogative. C'est un délit intentionnel caractérisé par (1) une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de fonctions publiques; et (2) la connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. L'exigence voulant que le défendeur ait su que sa conduite illégitime nuirait au demandeur établit le lien requis entre les parties. Le demandeur doit aussi établir l'existence des conditions communes à tous les délits, à savoir, plus précisément, que les préjudices qu'il a subis ont pour cause juridique la conduite délictuelle, et que ces préjudices sont indemnisables suivant les règles de droit applicables en matière délictuelle.

En l'espèce, on a allégué dans la déclaration tous les éléments constitutifs du délit. L'omission alléguée des agents de collaborer à l'enquête de l'UES et l'omission alléguée du chef de s'assurer de leur collaboration effective à l'enquête constituent toutes deux des manquements aux obligations imposées par la *Loi sur les services policiers*. L'allégation portant que les actes et les omissions des agents « constituent des manquements intentionnels aux obligations légales qui leur incombent en tant qu'agents de police » satisfait à l'exigence de la connaissance, par les agents, de l'illégitimité de leur conduite et du caractère intentionnel et délibéré de celle-ci. L'allégation relative à l'omission délibérée du chef d'isoler les agents satisfait à l'exigence d'un manquement intentionnel de sa part à son obligation de veiller au respect de la *Loi sur les services policiers*. Toutefois, on ne peut en dire autant de l'omission qui lui est reprochée de s'assurer que les agents produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis, qu'ils se soumettent aux interrogatoires et qu'ils fassent un récit fidèle et complet de l'incident. Le simple défaut de s'acquitter des obligations propres à sa charge ne peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique et les demandeurs doivent prouver que les manquements étaient délibérés. L'allégation que les agents et le chef « devaient savoir » que leur in conduite causerait des souffrances aux demandeurs doit être radiée de la déclaration parce que la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est un délit intentionnel qui nécessite une conscience subjective de la probabilité que le demandeur subira un préjudice

will have to prove at trial that the alleged misconduct caused anxiety or depression of sufficient magnitude to warrant compensation.

To succeed with their actions in negligence against the Chief, the Board, and the Province, the plaintiffs must first establish that these defendants owed the plaintiffs a duty to take reasonable care to ensure that the police officers cooperated with the SIU investigation. To do so, the plaintiffs must demonstrate that: (1) the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the alleged breach; (2) there is sufficient proximity between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants; and (3) there exist no policy reasons to negative or otherwise restrict that duty.

The circumstances of this case raise a *prima facie* duty of care owed by the Chief to the plaintiffs. First, it is reasonably foreseeable that the officers' failure to cooperate with the SIU investigation would harm the plaintiffs. As the Chief was responsible for ensuring that cooperation, it is reasonably foreseeable that his failure to do so would harm the plaintiffs. Second, a finding of proximity is supported by the relatively direct causal link between the alleged misconduct — negligent supervision — and the complained of harm, and by the fact that members of the public reasonably expect a chief of police to be mindful of the injuries that might arise as a consequence of police misconduct. The public expectation is consistent with the statutory obligations the *Police Services Act* imposes on the Chief. No broad policy considerations exist that ought to negative the *prima facie* obligation of the Chief to prevent the misconduct. With respect to damages, the same principles set out in the context of the actions in misfeasance in a public office are applicable.

The relationship between the plaintiffs and the Board and the Province, however, are not such that a duty of care may rightly be imposed. The Board is not under a private law duty to ensure that police officers, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. There is no close causal connection between the misconduct alleged against the Board and the alleged harm. The

par suite de l'inconduite alléguée. Enfin, au stade des actes de procédure, il suffit, en ce qui concerne les dommages, d'alléguer dans la déclaration les souffrances morales, la colère, les dépressions et l'anxiété ayant résulté de l'inconduite reprochée, mais les demandeurs devront démontrer au procès qu'ils ont souffert, du fait de l'inconduite alléguée, de problèmes d'anxiété et de dépression tels qu'ils justifient l'octroi d'une indemnité.

Pour avoir gain de cause dans leurs actions pour négligence dirigées contre le chef, la commission et la province, les demandeurs doivent d'abord établir que ces défendeurs étaient tenus de prendre raisonnablement soin de s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête de l'UES. Pour ce faire, les demandeurs doivent démontrer les éléments suivants : (1) le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement allégué; (2) un lien suffisamment étroit unit les parties, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs; (3) aucune considération de politique générale n'écarte cette obligation ou n'en restreint par ailleurs la portée.

Les circonstances de la présente espèce établissent à première vue l'existence d'une obligation de diligence du chef envers les demandeurs. Premièrement, on pouvait raisonnablement prévoir que l'omission des agents de collaborer à l'enquête de l'UES causerait préjudice aux demandeurs. Le chef ayant la charge d'assurer cette collaboration, on pouvait raisonnablement prévoir que son défaut à cet égard causerait préjudice aux demandeurs. Deuxièmement, une conclusion de proximité est étayée par le lien de causalité relativement direct entre l'inconduite alléguée — la surveillance négligente — et le préjudice reproché, ainsi que par le fait que les membres du public s'attendent raisonnablement à ce qu'un chef de police se soucie des préjudices qu'une inconduite policière est susceptible de causer. Cette attente du public est compatible avec les obligations que la *Loi sur les services policiers* impose au chef. Il n'y a pas de considérations de politique générale susceptibles d'écartier l'obligation *prima facie* qui incombe au chef de prévenir l'inconduite. En ce qui concerne les dommages, on applique les mêmes principes que ceux énoncés dans le contexte des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

Le lien entre les demandeurs, d'une part, et la commission et la province, d'autre part, ne permet toutefois pas de justifier l'imposition d'une obligation de diligence. La commission n'a pas une obligation de droit privé de veiller en général à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Il n'existe pas de lien étroit de causalité entre l'inconduite alléguée de la commission et

Board does not supervise officers and is not involved in their day-to-day conduct. This weakens substantially the nexus between the Board and members of the public injured as a consequence of police misconduct. Further, the Board has no statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. Courts should be loath to interfere with the Board's broad discretion to determine what objectives and priorities to pursue or what policies to enact, and a decision not to enact additional policies or training procedures for the purpose of ensuring cooperation under s. 113(9) does not constitute a breach of its obligation to provide adequate and effective police services.

Similarly, the Province does not have a private law obligation to institute policies and training procedures for the purpose of ensuring that police officers, as a matter of general policy, cooperate with the SIU. There is insufficient proximity between the parties to conclude that the Province is under a private law obligation to ensure that members of the force comply with an SIU investigation. The Province is too far removed from the day-to-day conduct of members of the force and the Solicitor General is not under a statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. The Solicitor General's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of his duty to ensure that the Board provides adequate and effective police services.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **explained:** *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; **referred to:** *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283, aff'g (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440; *Northern Territory of Australia v. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Garrett v. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332; *Three Rivers District Council v. Bank of England* (No. 3), [2000] 2 W.L.R. 1220; *Granite Power Corp. v. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL); *R. v. Dytham*, [1979] Q.B.

le préjudice reproché. La commission n'exerce aucune supervision à l'égard des agents et elle ne s'immisce pas directement dans leurs opérations quotidiennes. Cela affaiblit considérablement le lien entre la commission et les membres du public lésés par l'inconduite policière. De plus, la commission n'a pas l'obligation légale de veiller à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Les tribunaux devraient répugner à s'immiscer dans l'exercice du large pouvoir discrétionnaire de la commission de déterminer les objectifs et les priorités à atteindre ou les politiques à élaborer, et la décision de ne pas élaborer d'autres politiques ou procédures de formation pour assurer la collaboration au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation relative à la prestation de services policiers convenables et efficaces.

De même, la province n'est pas tenue à une obligation de droit privé de mettre en place des politiques et des procédures de formation en vue de s'assurer de la collaboration générale des agents de police avec l'UES. Il n'existe pas entre les parties une proximité suffisante pour conclure que la province est soumise à une obligation de droit privé de veiller à ce que les membres du corps policier collaborent à une enquête de l'UES. La province est trop éloignée des opérations quotidiennes des membres du corps policier et la loi n'impose pas au solliciteur général l'obligation de s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES. La décision du solliciteur général de ne pas mettre sur pied d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation de veiller à ce que la commission offre des services policiers convenables et efficaces.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêt expliqué :** *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Ashby c. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283, conf. (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440; *Northern Territory of Australia c. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1; *Henly c. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Garrett c. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332; *Three Rivers District Council c. Bank of England* (No. 3), [2000] 2 W.L.R. 1220; *Granite Power Corp. c. Ontario*, [2002] O.J.

722; *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

Statutes and Regulations Cited

Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 3(2), 31(1), 41(1), 113(1), (9).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 21.01(1)(b), 57.01(1).
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, r. 19(24)(a).

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
 Smith, John William. *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, 13th ed. Toronto: Carswell, 1929.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 52 O.R. (3d) 181, 194 D.L.R. (4th) 577 (*sub nom. Odhavji Estate v. Toronto Metropolitan Police Force*), 142 O.A.C. 149, 3 C.C.L.T. (3d) 226, [2000] O.J. No. 4733 (QL), varying a judgment of the Ontario Court (General Division), [1998] O.J. No. 5426 (QL). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

Julian N. Falconer and Richard Macklin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Kevin McGivney, Cheryl Woodin and Robert W. Traves, for the respondents Woodhouse and Gerrits.

Ansuya Pachai and Kerri Kitchura, for the respondent/appellant on cross-appeal the Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby

No. 2188 (QL); *R. c. Dytham*, [1979] Q.B. 722; *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40; *Guay c. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Le Lievre c. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Lois et règlements cités

Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 3(2), 31(1), 41(1), 113(1), (9).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 21.01(1)(b), 57.01(1).
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, règle 19(24)(a).

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.
 Smith, John William. *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, 13th ed. Toronto : Carswell, 1929.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 52 O.R. (3d) 181, 194 D.L.R. (4th) 577 (*sub nom. Odhavji Estate c. Toronto Metropolitan Police Force*), 142 O.A.C. 149, 3 C.C.L.T. (3d) 226, [2000] O.J. No. 4733 (QL), qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1998] O.J. No. 5426 (QL). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

Julian N. Falconer et Richard Macklin, pour les appelants/intimés dans le pourvoi incident.

Kevin McGivney, Cheryl Woodin et Robert W. Traves, pour les intimés Woodhouse et Gerrits.

Ansuya Pachai et Kerri Kitchura, pour l'intimé/appelant dans le pourvoi incident David Boothby, chef de police de la communauté urbaine de Toronto,

and the respondent the Metropolitan Toronto Police Services Board.

John P. Zarudny, Troy Harrison and James Kendik, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

David Sgayias, Q.C., and *Anne M. Turley*, for the intervener the Attorney General of Canada.

D. Clifton Prowse and J. Gareth Morley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *John B. Laskin* and *Kristine M. Di Bacco*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Peter J. Pliszka* and *Anne C. McConville*, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

Written submissions only by *Marie Chen* and *Sheena Scott*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Written submissions only by *Suzan E. Fraser* and *Najma Jamaldin*, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

Written submissions only by *Sean Dewart* and *Louis Sokolov*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongfully Convicted.

Written submissions only by *Marlys A. Edwardh* and *Breese Davies* for the intervener the Innocence Project of Osgoode Hall Law School.

The judgment of the Court was delivered by

et l'intimée la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto.

John P. Zarudny, Troy Harrison et James Kendik, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

David Sgayias, c.r., et *Anne M. Turley*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

D. Clifton Prowse et J. Gareth Morley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *John B. Laskin* et *Kristine M. Di Bacco*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Peter J. Pliszka* et *Anne C. McConville*, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

Argumentation écrite seulement par *Marie Chen* et *Sheena Scott*, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Argumentation écrite seulement par *Suzan E. Fraser* et *Najma Jamaldin*, pour l'intervenant Mental Health Legal Committee.

Argumentation écrite seulement par *Sean Dewart* et *Louis Sokolov*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongfully Convicted.

Argumentation écrite seulement par *Marlys A. Edwardh* et *Breese Davies* pour l'intervenant Innocence Project of Osgoode Hall Law School.

Version française du jugement de la Cour rendu par

¹ IACOBUCCI J. — This appeal concerns actions for misfeasance in a public office and negligence within the context of motions to strike the actions as disclosing no reasonable cause of action. Unlike the Court of Appeal, I would permit the actions for misfeasance in a public office to proceed. Like the Court of Appeal, I would permit the action against Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby to proceed, but would strike the actions for negligence against the Metropolitan Toronto Police

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi traite d'actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique et pour négligence dans le contexte de requêtes visant à les faire radier au motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action fondée. Contrairement à la Cour d'appel, j'autoriserais l'instruction des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Comme elle, je permettrais qu'on aille de l'avant avec l'action contre le chef de police David Boothby de la communauté urbaine

Services Board and Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

I. Facts

On September 26, 1997, Manish Odhavji was fatally shot by officers of the Metropolitan Toronto Police Service while running from his vehicle subsequent to a bank robbery. Within 25 minutes of the shooting, an assistant to Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby (the “Chief”) notified the Special Investigations Unit of the Ministry of the Solicitor General (the “SIU”) of the incident.

The SIU is a civilian agency statutorily mandated to conduct independent investigations of police conduct in cases of death or serious injury caused by the police. The SIU began its investigation immediately. It requested that the defendant officers remain segregated, that they make themselves available for same-day interviews, and that they provide their shift notes, on-duty clothing, and blood samples. Under s. 113(9) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, members of the force are under a statutory obligation to cooperate with members of the SIU in the conduct of the investigation. Under s. 41(1) of the *Police Services Act*, a chief of police is required to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the Act.

The estate of Mr. Odhavji and the members of his immediate family (the “plaintiffs”) allege that the defendant officers intentionally breached their statutory obligation to cooperate fully with the SIU investigation. In particular, the plaintiffs allege that the defendant officers did not attend for interviews with the SIU until September 30, that they did not comply with the request to remain segregated, and that they failed to comply with the request for shift notes, on-duty clothing, and blood samples in a timely manner — and that when statements were eventually given to the SIU, they were both inaccurate and misleading. In the plaintiffs’ statement of claim, the lack of a thorough investigation into the

de Toronto, mais je radierais les actions pour négligence dirigées contre la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et Sa Majesté la Reine du chef de l’Ontario.

I. Les faits

Le 26 septembre 1997, alors qu’il s’enfuyait de son véhicule à la suite d’un vol de banque, Manish Odhavji a été mortellement atteint par des coups de feu tirés par des agents du service de police de la communauté urbaine de Toronto. Vingt-cinq minutes après la fusillade, un adjoint de David Boothby, chef de police de la communauté urbaine (le « chef »), a signalé l’incident à l’unité des enquêtes spéciales du ministère du Solliciteur général (l’« UES »).

L’UES est un organisme civil à qui la loi confie le mandat de mener des enquêtes indépendantes sur la conduite policière lorsque celle-ci est à l’origine d’un décès ou de blessures graves. Son enquête a débuté immédiatement. L’UES a demandé que les agents défendeurs demeurent isolés l’un de l’autre, qu’ils se rendent disponibles le jour même pour un interrogatoire et qu’ils lui remettent les notes de leur quart de travail, leurs uniformes ainsi que des prélèvements sanguins. Suivant le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, les membres de corps de police sont tenus de collaborer avec les membres de l’UES dans la conduite de l’enquête. En vertu du par. 41(1) de la même loi, le chef de police doit veiller à ce que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi.

La succession de M. Odhavji et les membres de sa proche famille (les « demandeurs ») allèguent que les agents défendeurs ont délibérément manqué à l’obligation que leur impose la loi de collaborer pleinement à l’enquête de l’UES. Plus particulièrement, les demandeurs allèguent que les agents défendeurs ont attendu jusqu’au 30 septembre avant de se présenter pour être interrogés par l’UES, qu’ils ne sont pas demeurés isolés comme on le leur avait demandé et qu’ils ne se sont pas pliés, dans les délais impartis, à la demande d’obtention des notes de leur quart de travail, des uniformes et des prélèvements sanguins — et que, lorsque l’UES a finalement obtenu leurs

2

3

4

shooting incident has caused the plaintiffs to suffer mental distress, anger, depression and anxiety. The plaintiffs further allege that these damages are consequences that the defendant officers and the Chief knew or ought to have known would result from an inadequate investigation into the shooting incident.

5 The actions at issue in this appeal are not related to the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji, but, rather, to the defendant officers' alleged failure to cooperate with the SIU. It is the plaintiffs' submission that the foregoing facts give rise to an action for misfeasance in a public office against the defendant officers and the Chief, and actions for negligence against the Chief, the Metropolitan Toronto Police Services Board (the "Board") and Her Majesty the Queen in Right of Ontario (the "Province"). More specifically, this appeal concerns: (i) the plaintiffs' appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions for misfeasance in a public office, and the actions for negligence against the Board and the Province, on the basis that they disclose no reasonable cause of action; and (ii) the Chief's cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action for negligence against the Chief to proceed.

II. Relevant Statutory Provisions

6 *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21

RULE 21 DETERMINATION OF AN ISSUE BEFORE TRIAL

21.01 (1) A party may move before a judge,

. . .

(b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

déclarations, celles-ci étaient à la fois inexactes et trompeuses. Dans leur déclaration, les demandeurs prétendent que l'absence d'enquête approfondie sur la fusillade leur a causé des souffrances morales, de la colère, des dépressions et de l'anxiété. Ils allèguent en outre que les agents défendeurs et le chef savaient ou devaient savoir qu'il s'agit là de conséquences susceptibles de découler d'une enquête inadéquate sur la fusillade.

Les actions en cause dans le présent pourvoi concernent non pas le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui, mais bien l'omission alléguée des agents défendeurs de collaborer avec l'UES. Les demandeurs prétendent que les faits qui précèdent donnent ouverture à une action contre les agents défendeurs et le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique, ainsi qu'à des actions pour négligence contre le chef, la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto (la « commission ») et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario (la « province »). Plus particulièrement, le pourvoi vise : (i) l'appel interjeté par les demandeurs contre la décision de la Cour d'appel de radier, au motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action fondée, les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique et pour négligence engagées contre la commission et la province; et (ii) le pourvoi incident déposé par le chef contre la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence intentée contre lui.

II. Dispositions législatives pertinentes

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21

RÈGLE 21 DÉCISION D'UNE QUESTION AVANT L'INSTRUCTION

21.01 (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion :

. . .

b) . . . qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée.

Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

*Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15***3.** — . . .

(2) The Solicitor General shall,

- (a) monitor police forces to ensure that adequate and effective police services are provided at the municipal and provincial levels;
- (b) monitor boards and police forces to ensure that they comply with prescribed standards of service;

. . .

- (d) develop and promote programs to enhance professional police practices, standards and training;

31. — (1) A board is responsible for the provision of police services and for law enforcement and crime prevention in the municipality and shall, [since amended]

. . .

- (b) generally determine, after consultation with the chief of police, objectives and priorities with respect to police services in the municipality;
- (c) establish policies for the effective management of the police force;

. . .

- (e) direct the chief of police and monitor his or her performance;

. . .

(4) The board shall not direct the chief of police with respect to specific operational decisions or with respect to the day-to-day operation of the police force.

41. — (1) The duties of a chief of police include,

. . .

- (b) ensuring that members of the police force carry out their duties in accordance with this Act and

*Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15***3.** . . .

(2) Le solliciteur général :

- a) surveille les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts aux échelons municipal et provincial;
- b) surveille les commissions de police et les corps de police pour veiller à ce qu'ils se conforment aux normes de service prescrites;

. . .

- d) élabore des programmes visant à accroître le caractère professionnel de la formation, des normes et des pratiques policières, et en fait la promotion;

31 (1) Les commissions de police sont chargées de la prestation des services policiers, du maintien de l'ordre et de la lutte contre la criminalité dans la municipalité; elles ont les fonctions suivantes : [modifié depuis]

. . .

- b) déterminer généralement, après consultation du chef de police, les objectifs et priorités de la municipalité en matière de services policiers;
- c) établir des politiques en vue de la gestion efficace du corps de police;

. . .

- e) guider le chef de police et surveiller son rendement;

. . .

(4) La commission de police ne doit pas donner de directives au chef de police au sujet de décisions opérationnelles particulières ni des opérations quotidiennes du corps de police.

41 (1) Le chef de police a notamment pour fonctions :

. . .

- b) de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la

the regulations and in a manner that reflects the needs of the community, and that discipline is maintained in the police force;

113. — (1) There shall be a special investigations unit of the Ministry of the Solicitor General.

. . . .

(9) Members of police forces shall co-operate fully with the members of the unit in the conduct of investigations.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 5426 (QL)

7

According to Day J., misfeasance in a public office can be established in one of two ways: either by proof of malice with intent to injure, or by proof that the public officer intentionally engaged in acts that were *ultra vires* the scope of his or her office and that she or he could foresee with a degree of certainty that harm would be caused to the plaintiff. As applied to the facts of this case, Day J. concluded that the action against the defendant officers could proceed, but only if the cause of action for misfeasance was framed in malice. He held that it was plain and obvious that the action for misfeasance in a public office against the Chief would fail, owing to the fact that he was not directly and consciously involved in the breach of the obligation to cooperate with the SIU investigation.

8

Day J. allowed the action for negligent supervision against the Chief to proceed on the basis that he made no submissions in respect of this issue. In respect of the actions for negligent supervision against the Board and the Province, Day J. found that there was sufficient proximity between the parties to conclude that the defendants owed a duty of care to the appellants. Nonetheless, Day J. struck the action against the Board, on the basis that a duty of care is negated in situations in which the agency's involvement was limited to establishing policy. He found that the action for negligent supervision against the Province could succeed, on the basis that a cause of action for negligence lies where the

présente loi et aux règlements, en tenant compte des besoins de la collectivité, et à ce que la discipline soit maintenue au sein du corps de police;

113 (1) Est constituée une unité des enquêtes spéciales qui relève du ministère du Solliciteur général.

. . . .

(9) Les membres de corps de police collaborent entièrement avec les membres de l'unité au cours des enquêtes.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 5426 (QL)

De l'avis du juge Day, il existe deux façons d'établir la faute dans l'exercice d'une charge publique : soit par la preuve d'une malveillance avec intention d'infliger un préjudice, soit par la preuve que le fonctionnaire public s'est délibérément livré à des actes excédant ses fonctions, alors qu'il pouvait prévoir avec une certaine certitude que le demandeur subirait un préjudice. Vu les faits de l'espèce, le juge Day a conclu que l'action intentée contre les agents défendeurs ne pouvait être instruite que si la cause d'action invoquée au soutien de la faute avait pour fondement la malveillance. Selon lui, il était évident et manifeste que l'action dirigée contre le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique était vouée à l'échec, puisqu'il n'avait participé ni directement ni sciemment au manquement à l'obligation de collaborer à l'enquête de l'UES.

Le juge Day a autorisé l'instruction de l'action engagée contre le chef pour surveillance négligente, parce que celui-ci n'avait présenté aucun argument sur cette question. En ce qui concerne les actions dirigées contre la commission et la province pour surveillance négligente, le juge Day a estimé qu'il y avait entre les parties une proximité suffisante pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence de la part des défendeurs envers les appelants. Le juge Day a néanmoins radié l'action contre la commission au motif que l'obligation de diligence est annihilée lorsque la participation de l'organisme se limite à l'élaboration de politiques. À son avis, l'action contre la province pour surveillance négligente

responsible Minister fails to take sufficient steps to implement a particular policy decision, in this instance the decision to establish the SIU.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 52 O.R. (3d) 181

Borins J.A., for the majority of the court, held that the defining element of misfeasance in a public office is the unlawful exercise of a statutory or prerogative power that adheres to the defendant's office. On this view, the failure of a public officer to perform a statutory duty cannot constitute misfeasance in a public office. Consequently, Borins J.A. found it plain and obvious that neither action for misfeasance in a public office could succeed, owing to the fact that the defendants had not been engaged in the exercise of a statutory or prerogative power that adhered to their respective offices. The most that could be said was that the defendants failed to comply with the obligations imposed upon them by the *Police Services Act*.

In respect of the actions for negligent supervision, Borins J.A. held that the action against the Chief was based on s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*, which imposes a duty on a chief of police to ensure that members of the police force carry out their duties in accordance with the Act and its regulations. Borins J.A. concluded that it was not plain and obvious that the action for negligent supervision against the Chief must fail. It was, however, plain and obvious that the actions against the Board and the Province must fail. With respect to the Board, Borins J.A. agreed with Day J. that the Board's involvement was limited to establishing policy. With respect to the Province, Borins J.A. held that the *Police Services Act* does not impose a duty on the Province to control the operational conduct of the municipal police officers or to ensure that police officers comply with

pouvait être accueillie, parce que l'omission par le ministre responsable de prendre les mesures qui s'imposent pour la mise en œuvre d'une décision de politique générale donnée — en l'occurrence celle de constituer l'UES — fait naître une cause d'action fondée sur la négligence.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 52 O.R. (3d) 181

S'exprimant au nom de la cour à la majorité, le juge Borins a statué que l'élément distinctif de la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir conféré par la loi et inhérent aux fonctions du défendeur. Selon cette interprétation, l'omission par un fonctionnaire public d'exécuter une obligation prévue par la loi ne saurait constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. En conséquence, de l'avis du juge Borins, il était évident et manifeste que ni l'une ni l'autre des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique ne pouvait être accueillie, étant donné que les défendeurs n'avaient pas exercé une prérogative ou un pouvoir inhérent à leurs fonctions respectives. On pouvait tout au plus affirmer que les défendeurs ont omis de se conformer aux obligations que leur impose la *Loi sur les services policiers*.

En ce qui a trait aux actions fondées sur la surveillance négligente, le juge Borins a considéré que l'action dirigée contre le chef s'appuyait sur l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers*, lequel impose au chef de police l'obligation de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi et aux règlements. Le juge Borins a conclu qu'il n'était ni évident ni manifeste que l'action contre le chef pour surveillance négligente devait être rejetée. Il était cependant évident et manifeste que les actions dirigées contre la commission et la province étaient vouées à l'échec. Dans le cas de la commission, le juge Borins a convenu avec le juge Day que sa participation se limitait à l'élaboration de politiques. Dans le cas de la province, il a statué que la *Loi sur les services policiers* ne lui imposait pas l'obligation de surveiller la conduite opérationnelle des

their obligation to cooperate with an SIU investigation.

11 Feldman J.A., dissenting, did not agree that it was plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office must fail. In her view, the essence of the tort is the misfeasance in or misuse of the office itself; its purpose is to prevent the deliberate injuring of members of the public by the intentional disregard of official duty. Feldman J.A. thus held that there is no principled reason to distinguish between a public officer who improperly exercises a power and a public officer who deliberately fails to carry out a duty where they know or are recklessly indifferent to the fact that injury to the plaintiff is the likely result. Applied to the facts of this case, Feldman J.A. would have found that the actions for misfeasance in a public office should have been allowed to proceed.

12 Feldman J.A. also was of the view that each of the actions for negligent supervision should have been allowed to proceed. She agreed with Borins J.A. that the Province is not under an obligation to ensure that individual officers comply with their statutory obligation to cooperate with the SIU, but noted that the nature of the claim was that the Province failed to implement training procedures or other policies in order to ensure that officers, as a matter of general practice, cooperated with the SIU. Feldman J.A. was uncertain whether the *Police Services Act* imposes a statutory duty on the Province in respect of these operational matters, and thus felt it inappropriate to strike the claim at this stage of the action. In respect of the Board, Feldman J.A. found that it was not immediately clear whether the Board is under an obligation to establish policies and monitor their implementation for the purpose of ensuring that police officers comply with their statutory obligations. Thus, Feldman J.A. would have found that it was not plain and obvious that the actions for negligent supervision could not succeed.

agents de police municipaux ou de veiller à ce que les agents de police se conforment à l'obligation qui leur incombe de collaborer à une enquête de l'UES.

La juge Feldman, dissidente, n'a pas admis qu'il était évident et manifeste que les actions engagées pour la faute dans l'exercice d'une charge publique étaient vouées à l'échec. Selon elle, le délit consiste essentiellement en la faute ou l'abus dans l'exercice en soi de la charge; on vise ainsi à protéger les membres du public contre le préjudice causé délibérément par suite d'une insouciance intentionnelle à l'égard d'une fonction officielle. La juge Feldman a donc estimé qu'aucune raison de principe ne permettait d'établir une distinction entre un fonctionnaire public qui exerce son pouvoir discrétionnaire de manière irrégulière et celui qui omet délibérément d'exercer une fonction, tous deux sachant qu'il en résultera vraisemblablement un préjudice pour le demandeur ou manifestant une indifférence téméraire à cet égard. Vu les faits, la juge Feldman aurait permis l'instruction des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

La juge Feldman était aussi d'avis qu'on aurait dû permettre l'instruction des actions pour surveillance négligente. Elle a fait sienne l'opinion du juge Borins voulant que la province ne soit pas tenue de veiller à ce que les agents se conforment sur une base individuelle à leur obligation légale de collaborer avec l'UES, en prenant soin toutefois de souligner que l'allégation portait sur l'omission par la province de mettre en œuvre des procédures de formation ou d'autres politiques pour faire en sorte que les agents collaborent, de manière générale, avec l'UES. Ne pouvant affirmer avec certitude que la *Loi sur les services policiers* impose une obligation à la province à l'égard de ces questions opérationnelles, la juge Feldman a estimé inopportun de radier l'allégation à ce stade des procédures. Pour ce qui est de la commission, la juge Feldman a considéré qu'il n'était pas clair, de prime abord, que la commission était tenue d'élaborer des politiques et d'en surveiller la mise en œuvre afin de veiller à ce que les agents de police remplissent leurs obligations prévues par la loi. Il n'était donc ni évident ni manifeste selon elle que les actions fondées sur la surveillance négligente étaient vouées à l'échec.

IV. Analysis

In discussing the issues in this appeal, I will begin by stating the test for striking a statement of claim on the basis that it discloses no reasonable cause of action. I will then consider that test within the context of the actions for misfeasance in a public office, and then within the context of the actions for negligence.

A. *Striking Out a Statement of Claim*

The defendants' motions to have the actions dismissed were made pursuant to rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Rule 21.01(1)(b) stipulates that a court may strike out a statement of claim that discloses no reasonable cause of action. The rules with respect to striking out a statement of claim are much the same in other provinces. In British Columbia, for example, rule 19(24)(a) of the *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, states that a court may strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable claim.

An excellent statement of the test for striking out a claim under such provisions is that set out by Wilson J. in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980:

. . . assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect . . . should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out . . .

The test is a stringent one. The facts are to be taken as pleaded. When so taken, the question that must then be determined is whether there it is "plain and obvious" that the action must fail. It is only if the statement of claim is certain to fail because it contains a "radical defect" that the plaintiff should

IV. Analyse

J'amorcerai l'analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi en énonçant le critère applicable à la radiation d'une déclaration pour absence de cause d'action fondée. Je transposerai ensuite ce critère dans le contexte des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, puis dans celui des actions pour négligence.

A. *La radiation d'une déclaration*

Les requêtes des défendeurs en radiation des actions ont été présentées en vertu de l'al. 21.01(1)(b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Cette disposition prévoit qu'un tribunal peut radier une déclaration qui ne révèle aucune cause d'action fondée. Les règles relatives à la radiation d'une déclaration sont sensiblement les mêmes d'une province à l'autre. En Colombie-Britannique, par exemple, l'al. 19(24)(a) des *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, dispose qu'il est loisible au tribunal de radier un acte de procédure s'il ne révèle aucune cause d'action fondée.

On trouve dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980, un excellent énoncé de la juge Wilson sur le critère applicable à la radiation d'une déclaration sous le régime de ces dispositions :

. . . dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être « privé d'un jugement ». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental [. . .] que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées . . .

Il s'agit là d'un critère rigoureux. Les faits allégués doivent être tenus pour avérés. Ensuite, il faut se demander s'il est « évident et manifeste » que l'action doit être rejetée. Ce n'est que si la déclaration est vouée à l'échec parce qu'elle contient un « vice fondamental » que le demandeur devrait être privé

13

14

15

be driven from the judgment. See also *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

B. *The Actions for Misfeasance in a Public Office*

16 The essence of the Court of Appeal's decision is that the "radical defect" from which the actions for misfeasance in a public office suffer is their failure to plead the constituent elements of the tort. In particular, the Court of Appeal held that the defining element of the tort is the unlawful exercise of the statutory or prerogative powers that adhere to the defendant's office. Because the alleged misconduct involved the breach of a statutory duty rather than the improper or unlawful exercise of a statutory or prerogative power, it is "plain and obvious", on this view, that the actions for misfeasance in a public office cannot succeed.

17 Consequently, I begin by considering the Court of Appeal's conclusion that the unlawful exercise of a statutory or prerogative power is a constituent element of the tort. With respect, a review of the leading cases clearly reveals that the tort is not limited to circumstances in which the defendant officer is engaged in the unlawful exercise of a particular statutory or prerogative power. As I will discuss, the class of conduct at which the tort is targeted is not as narrow as the unlawful exercise of a particular statutory or prerogative power, but more broadly based on unlawful conduct in the exercise of public functions generally.

(1) The Defining Elements of the Tort

18 The origins of the tort of misfeasance in a public office can be traced to *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, in which Holt C.J. found that a cause of action lay against an elections officer who maliciously and fraudulently deprived Mr. White of the right to vote. Although the defendant possessed the power to deprive certain persons from participating in the election, he did not have the power to do so for an improper purpose. Although the original judgment suggests that he was

d'un jugement. Voir également *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

B. *Les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique*

Il ressort essentiellement de la décision de la Cour d'appel que les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique comportent un « vice fondamental » en ce que tous les éléments constitutifs du délit n'ont pas été allégués. En particulier, la Cour d'appel a statué que le délit se caractérisait par l'exercice illégitime des pouvoirs ou des prérogatives inhérents aux fonctions du défendeur. Parce que l'inconduite alléguée se fondait sur le manquement à une obligation prévue par la loi plutôt que sur l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir, il est « évident et manifeste » suivant cette interprétation que les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.

Par conséquent, je considérerai d'abord la conclusion de la Cour d'appel voulant que l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir conféré par la loi soit un élément constitutif du délit. En toute déférence, l'examen des décisions de principe pertinentes révèle clairement que le délit ne se limite pas aux circonstances dans lesquelles l'agent défendeur exerce illégitimement une prérogative donnée ou un pouvoir précis. Comme j'en traiterai plus loin, le type de conduite que couvre le délit ne se borne pas à l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir; il vise plus largement toute conduite illégitime dans l'exercice des fonctions publiques en général.

(1) Les éléments distinctifs du délit

Les origines du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique remontent à l'arrêt *Ashby c. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, où le juge en chef Holt a estimé qu'une cause d'action pouvait être invoquée à l'encontre d'un fonctionnaire électoral qui, de façon malveillante et frauduleuse, avait privé M. White du droit de vote. Quoique le défendeur ait été investi du pouvoir de priver certaines personnes de leur droit de voter aux élections, il ne pouvait l'exercer à une fin irrégulière. Bien que son

simply applying the principle *ubi jus ibi remedium*, Holt C.J. produced a revised form of the judgment in which he stated that it was because fraud and malice were proven that the action lay: J. W. Smith, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law* (13th ed. 1929), at p. 282. Thus, in its earliest form it is arguable that misfeasance in a public office was limited to circumstances in which a public officer abused a power actually possessed.

Subsequent cases, however, have made clear that the ambit of the tort is not restricted in this manner. In *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, this Court found the defendant Premier of Quebec liable for directing the manager of the Quebec Liquor Commission to revoke the plaintiff's liquor licence. Although *Roncarelli* was decided at least in part on the basis of the Quebec civil law of delictual responsibility, it is widely regarded as having established that misfeasance in a public office is a recognized tort in Canada. See for example *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; and *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283. In *Roncarelli*, the Premier was authorized to give advice to the Commission in respect of any legal questions that might arise, but had no authority to involve himself in a decision to revoke a particular licence. As Abbott J. observed, at p. 184, Mr. Duplessis "was given no statutory power to interfere in the administration or direction of the Quebec Liquor Commission". Martland J. made a similar observation, at p. 158, stating that Mr. Duplessis' conduct involved "the exercise of powers which, in law, he did not possess at all". From this, it is clear that the tort is not restricted to the abuse of a statutory or prerogative power actually held. If that were the case, there would have been no grounds on which to find Mr. Duplessis liable.

jugement initial ait donné à penser qu'il appliquait simplement le principe *ubi jus ibi remedium*, le juge en chef Holt a précisé, dans une version révisée, que c'était parce que la fraude et la malveillance avaient été établies que l'action pouvait être intentée : J. W. Smith, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law* (13^e éd. 1929), p. 282. On peut donc soutenir que, dans sa forme la plus ancienne, le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique se limitait aux circonstances dans lesquelles un fonctionnaire public avait abusé d'un pouvoir qu'il possédait réellement.

Cependant, il ressort clairement des décisions subséquentes que le délit n'a pas une portée aussi étroite. Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, notre Cour a tenu le défendeur, premier ministre du Québec, responsable d'avoir ordonné au directeur de la Commission des liqueurs du Québec de révoquer le permis d'alcool du demandeur. Bien que l'arrêt *Roncarelli* ait été tranché en partie du moins sur la base des règles du droit civil du Québec en matière de responsabilité délictuelle, il est largement considéré comme ayant reconnu l'existence au Canada du délit civil de la faute dans l'exercice d'une charge publique. Voir par exemple *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; et *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283. Dans *Roncarelli*, le premier ministre était autorisé à conseiller la Commission sur toute question juridique susceptible de se poser, mais il n'avait nullement le pouvoir d'intervenir dans une décision visant la révocation d'un permis en particulier. Comme le juge Abbott l'a fait observer à la p. 184, M. Duplessis [TRADUCTION] « n'était investi d'aucun pouvoir prévu par la loi pour intervenir dans l'administration ou la direction de la Commission des liqueurs du Québec ». Formulant une remarque similaire à la p. 158, le juge Martland a affirmé que la conduite de M. Duplessis mettait en cause [TRADUCTION] « l'exercice de pouvoirs qu'il ne possédait nullement en droit ». Ainsi, manifestement, le délit ne se limite pas à l'abus d'un pouvoir que confère véritablement la loi ou une prérogative. Si c'était le cas, aucun motif n'aurait permis de retenir la responsabilité de M. Duplessis.

20

This understanding of the tort is consistent with the widespread consensus in other common law jurisdictions that there is a broad range of misconduct that can found an action for misfeasance in a public office. For example, in *Northern Territory of Australia v. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1 (H.C.), Brennan J. wrote as follows, at p. 25:

The tort is not limited to an abuse of office by exercise of a statutory power. *Henly v. Mayor of Lyme* [(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995] was not a case arising from an impugned exercise of a statutory power. It arose from an alleged failure to maintain a sea wall or bank, the maintenance of which was a condition of the grant to the corporation of Lyme of the sea wall or bank and the appurtenant right to tolls. Any act or omission done or made by a public official in the purported performance of the functions of the office can found an action for misfeasance in public office. [Emphasis added.]

In *Garrett v. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332, the Court of Appeal for New Zealand considered an allegation that a sergeant failed to investigate properly the plaintiff's claim that she had been sexually assaulted by a police constable. Blanchard J. concluded, at p. 344, that the tort can be committed "by an official who acts or omits to act in breach of duty knowing about the breach and also knowing harm or loss is thereby likely to be occasioned to the plaintiff".

21

The House of Lords reached the same conclusion in *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220. In *Three Rivers*, the plaintiffs alleged that officers with the Bank of England improperly issued a licence to the Bank of Credit and Commerce International and then failed to close the bank once it became evident that such action was necessary. Forced to consider whether the tort could apply in the case of omissions, the House of Lords concluded that "the tort can be constituted by an omission by a public officer as well as by acts on his part" (*per* Lord Hutton, at p. 1267). In Australia, New Zealand and the United Kingdom, it is equally clear that the tort of misfeasance is not limited to the unlawful

Cette interprétation du délit est compatible avec l'opinion répandue dans d'autres pays de common law selon laquelle il existe un large éventail d'inconduites susceptibles de fonder une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Par exemple, dans *Northern Territory of Australia c. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1 (H.C.), le juge Brennan a tenu les propos suivants à la p. 25 :

[TRADUCTION] Le délit ne se limite pas à l'abus de fonctions découlant de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi. L'affaire *Henly c. Mayor of Lyme* [(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995] ne mettait pas en cause l'exercice contesté d'un pouvoir conféré par la loi. Elle portait sur l'omission alléguée d'entretenir un ouvrage longitudinal, condition préalable à la concession de l'ouvrage et du droit accessoire de péage à la municipalité de Lyme. Tout acte ou toute omission commis par un fonctionnaire public dans l'exercice présumé de ses fonctions peut servir de fondement à une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Garrett c. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande était saisie d'une allégation portant qu'un sergent n'avait pas mené à fond une enquête sur une plainte d'agression sexuelle commise par un agent de police. Le juge Blanchard a conclu, à la p. 344, que le délit pouvait être le fait [TRADUCTION] « d'un fonctionnaire qui agit ou omet d'agir en contravention à son devoir, sachant qu'il y contrevient et conscient du préjudice ou de la perte que subira vraisemblablement ainsi le demandeur ».

La Chambre des lords est arrivée à la même conclusion dans *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220. Dans cet arrêt, les demandeurs ont prétendu que les agents de la Banque d'Angleterre avaient irrégulièrement délivré un permis à la Bank of Credit and Commerce International et avaient ensuite omis de procéder à sa fermeture alors qu'il était devenu évident qu'une telle mesure s'imposait. Tenue de se prononcer sur la question de savoir si le délit pouvait naître d'une omission, la Chambre des lords a statué que [TRADUCTION] « le délit peut résulter tant de l'omission d'un fonctionnaire public que des gestes qu'il pose » (lord Hutton, p. 1267). Il est également bien établi en Australie, en Nouvelle-Zélande et au

exercise of a statutory or prerogative power actually held.

What then are the essential ingredients of the tort, at least insofar as it is necessary to determine the issues that arise on the pleadings in this case? In *Three Rivers*, the House of Lords held that the tort of misfeasance in a public office can arise in one of two ways, what I shall call Category A and Category B. Category A involves conduct that is specifically intended to injure a person or class of persons. Category B involves a public officer who acts with knowledge both that she or he has no power to do the act complained of and that the act is likely to injure the plaintiff. This understanding of the tort has been endorsed by a number of Canadian courts: see for example *Powder Mountain Resorts, supra; Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.), supra; and Granite Power Corp. v. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL) (S.C.J.). It is important, however, to recall that the two categories merely represent two different ways in which a public officer can commit the tort; in each instance, the plaintiff must prove each of the tort's constituent elements. It is thus necessary to consider the elements that are common to each form of the tort.

In my view, there are two such elements. First, the public officer must have engaged in deliberate and unlawful conduct in his or her capacity as a public officer. Second, the public officer must have been aware both that his or her conduct was unlawful and that it was likely to harm the plaintiff. What distinguishes one form of misfeasance in a public office from the other is the manner in which the plaintiff proves each ingredient of the tort. In Category B, the plaintiff must prove the two ingredients of the tort independently of one another. In Category A, the fact that the public officer has acted for the express purpose of harming the plaintiff is sufficient to satisfy each ingredient of the tort, owing to the fact that a public officer does not have the authority to exercise his or her powers for an improper purpose, such

Royaume-Uni que le délit d'abus d'autorité ne se limite pas à l'exercice illégitime d'un pouvoir réellement conféré par la loi ou une prérogative.

Quels sont alors les éléments essentiels du délit — du moins dans la mesure où il est nécessaire de définir les questions que soulèvent les actes de procédure dans le présent pourvoi? Dans l'arrêt *Three Rivers*, la Chambre des lords a statué qu'il y avait deux façons — que je regrouperai sous les catégories A et B — de commettre le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. On retrouve dans la catégorie A la conduite qui vise précisément à causer préjudice à une personne ou à une catégorie de personnes. La catégorie B met en cause le fonctionnaire public qui agit en sachant qu'il n'est pas habilité à exécuter l'acte qu'on lui reproche et que cet acte causera vraisemblablement préjudice au demandeur. Bon nombre de tribunaux canadiens ont souscrit à cette interprétation du délit : voir par exemple *Powder Mountain Resorts*, précité; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.)*, précité; et *Granite Power Corp. c. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL) (C.S.J.). Il importe cependant de garder à l'esprit que ces deux catégories ne représentent que deux façons différentes pour le fonctionnaire public de commettre le délit; dans chaque cas, le demandeur doit faire la preuve des éléments constitutifs du délit. Il est donc nécessaire de se pencher sur les éléments communs à chacune des formes du délit.

Il existe à mon avis deux éléments communs. Premièrement, le fonctionnaire public doit avoir agi en cette qualité de manière illégitime et délibérée. Deuxièmement, le fonctionnaire public doit avoir été conscient du caractère non seulement illégitime de sa conduite, mais aussi de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. C'est la manière dont le demandeur prouve les éléments propres au délit qui permet de distinguer les formes que prend la faute dans l'exercice d'une charge publique. Dans la catégorie B, le demandeur doit établir l'existence indépendante des deux éléments constituant le délit. Dans la catégorie A, le fait que le fonctionnaire public ait agi expressément dans l'intention de léser le demandeur suffit pour établir l'existence de chaque élément du

22

23

as deliberately harming a member of the public. In each instance, the tort involves deliberate disregard of official duty coupled with knowledge that the misconduct is likely to injure the plaintiff.

24

Insofar as the nature of the misconduct is concerned, the essential question to be determined is not whether the officer has unlawfully exercised a power actually possessed, but whether the alleged misconduct is deliberate and unlawful. As Lord Hobhouse wrote in *Three Rivers, supra*, at p. 1269:

The relevant act (or omission, in the sense described) must be unlawful. This may arise from a straightforward breach of the relevant statutory provisions or from acting in excess of the powers granted or for an improper purpose.

Lord Millett reached a similar conclusion, namely, that a failure to act can amount to misfeasance in a public office, but only in those circumstances in which the public officer is under a legal obligation to act. Lord Hobhouse stated the principle in the following terms, at p. 1269: “If there is a legal duty to act and the decision not to act amounts to an unlawful breach of that legal duty, the omission can amount to misfeasance [in a public office].” See also *R. v. Dytham*, [1979] Q.B. 722 (C.A.). So, in the United Kingdom, a failure to act can constitute misfeasance in a public office, but only if the failure to act constitutes a deliberate breach of official duty.

25

Canadian courts also have made a deliberate unlawful act a focal point of the inquiry. In *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440, at para. 108, the Court of Queen’s Bench stated that the essential question to be determined is whether there has been deliberate misconduct on the part of a public official. Deliberate misconduct, on this view, consists of: (i) an intentional illegal act; and (ii) an intent to harm an individual or class

délict, étant donné qu’un fonctionnaire public n’est pas habilité à exercer ses pouvoirs à une fin irrégulière, comme le fait de causer délibérément préjudice à un membre du public. Dans les deux cas, le délit se caractérise par une insouciance délibérée à l’égard d’une fonction officielle conjuguée au fait de savoir que l’inconduite sera vraisemblablement préjudiciable au demandeur.

S’agissant de la nature de l’inconduite, la question est essentiellement de savoir non pas si le fonctionnaire a exercé de manière illégitime un pouvoir qu’il détenait réellement, mais bien si l’inconduite alléguée revêt un caractère illégitime et délibéré. Comme lord Hobhouse l’a écrit dans l’arrêt *Three Rivers*, précité, p. 1269 :

[TRADUCTION] L’acte qui nous intéresse (ou l’omission, selon le sens décrit) doit être illégitime. Ce peut être le cas lorsqu’il y a contravention pure et simple aux dispositions législatives pertinentes, ou lorsque l’acte outre-passe les pouvoirs conférés ou sert une fin irrégulière.

Lord Millett est arrivé à une conclusion similaire, savoir que le défaut d’agir peut équivaloir à une faute dans l’exercice d’une charge publique, mais uniquement lorsque le fonctionnaire public a l’obligation légale d’agir. Lord Hobhouse a énoncé le principe en ces termes, à la p. 1269 : [TRADUCTION] « S’il existe une obligation légale d’agir et que la décision de ne pas agir équivaut à un manquement à cet égard, l’omission peut constituer une faute [dans l’exercice d’une charge publique]. » Voir également *R. c. Dytham*, [1979] Q.B. 722 (C.A.). Ainsi, au Royaume-Uni, le défaut d’agir peut constituer une faute dans l’exercice d’une charge publique, mais uniquement dans la mesure où il correspond à un manquement délibéré à une fonction officielle.

Les tribunaux canadiens ont également fait de l’acte illégitime et délibéré le point focal de l’examen. Dans l’arrêt *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440, par. 108, la Cour du Banc de la Reine a dit qu’il s’agissait essentiellement de savoir s’il y avait eu inconduite délibérée de la part d’un fonctionnaire public. Vue sous cet angle, l’inconduite délibérée consiste en : (i) un acte illégal intentionnel; (ii) l’intention de causer préjudice

of individuals. See also *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40, in which Kroft J.A. adopted the same test. In *Powder Mountain Resorts, supra*, Newbury J.A. described the tort in similar terms, at para. 7:

. . . it may, I think, now be accepted that the tort of abuse of public office will be made out in Canada where a public official is shown either to have exercised power for the specific purpose of injuring the plaintiff (i.e., to have acted in “bad faith in the sense of the exercise of public power for an improper or ulterior motive”) or to have acted “unlawfully with a mind of reckless indifference to the illegality of his act” and to the probability of injury to the plaintiff. (See Lord Steyn in *Three Rivers*, at [1231].) Thus there remains what in theory at least is a clear line between this tort on the one hand, and what on the other hand may be called negligent excess of power — i.e., an act committed without knowledge of (or subjective recklessness as to) its unlawfulness and the probable consequences for the plaintiff. [Emphasis in original.]

Under this view, the ambit of the tort is limited not by the requirement that the defendant must have been engaged in a particular type of unlawful conduct, but by the requirement that the unlawful conduct must have been deliberate and the defendant must have been aware that the unlawful conduct was likely to harm the plaintiff.

As is often the case, there are a number of phrases that might be used to describe the essence of the tort. In *Garrett, supra*, Blanchard J. stated, at p. 350, that “[t]he purpose behind the imposition of this form of tortious liability is to prevent the deliberate injuring of members of the public by deliberate disregard of official duty.” In *Three Rivers, supra*, Lord Steyn stated, at p. 1230, that “[t]he rationale of the tort is that in a legal system based on the rule of law executive or administrative power ‘may be exercised only for the public good’ and not for ulterior and improper purposes.” As each passage makes clear, misfeasance in a public office is not directed at a public officer who inadvertently or negligently fails adequately to discharge the obligations of his or her office: see *Three Rivers*, at p. 1273, per Lord

à une personne ou à une catégorie de personnes. Voir également *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40, où le juge Kroft a adopté le même critère. Dans l’arrêt *Powder Mountain Resorts*, précité, le juge Newbury a décrit le délit en des termes similaires au par. 7 :

[TRADUCTION] . . . je crois qu’il existe aujourd’hui un consensus selon lequel on peut faire la preuve au Canada du délit d’abus dans l’exercice d’une charge publique en démontrant que le fonctionnaire public a soit exercé un pouvoir dans le but précis de causer préjudice au demandeur (c’est-à-dire agi « de mauvaise foi, au sens de l’exercice d’un pouvoir public pour un motif illégitime ou inavoué », soit agi « illégalement en affichant une indifférence téméraire quant à l’illégalité de son acte » et quant à la probabilité de préjudice à l’égard du demandeur. (Voir lord Steyn dans l’arrêt *Three Rivers*, p. [1231].) Il subsiste donc, du moins en théorie, une nette démarcation entre ce délit, d’une part, et d’autre part ce qu’on pourrait appeler un excès de pouvoir négligent — c’est-à-dire un acte que commet une personne dans l’ignorance de son caractère illégitime et des conséquences probables envers le demandeur (ou traduisant une subjective à cet égard). [Souligné dans l’original.]

Selon cette interprétation, la portée du délit est limitée non pas par l’exigence que le défendeur doit s’être livré à un type précis de conduite illégitime, mais bien par l’exigence que la conduite illégitime doit avoir eu un caractère délibéré et que le défendeur doit avoir su que cette conduite illégitime causerait vraisemblablement préjudice au demandeur.

Comme c’est souvent le cas, on peut recourir à nombre de formules pour décrire la nature fondamentale du délit. Dans l’arrêt *Garrett*, précité, le juge Blanchard a affirmé à la p. 350 que [TRADUCTION] « [l]’imposition de cette forme de responsabilité délictuelle vise à protéger les membres du public contre le préjudice causé délibérément par une insouciance intentionnelle à l’égard d’une fonction officielle. » Dans l’arrêt *Three Rivers*, précité, lord Steyn a indiqué à la p. 1230 que [TRADUCTION] « [l]a justification rationnelle du délit consiste en ce que, dans un système juridique fondé sur la primauté du droit, le pouvoir exécutif ou administratif “ne peut être exercé que pour le bien public” et non pas pour un motif illégitime et inavoué. » Comme il ressort clairement de chacun de ces extraits, la faute

Millett. Nor is the tort directed at a public officer who fails adequately to discharge the obligations of the office as a consequence of budgetary constraints or other factors beyond his or her control. A public officer who cannot adequately discharge his or her duties because of budgetary constraints has not deliberately disregarded his or her official duties. The tort is not directed at a public officer who is unable to discharge his or her obligations because of factors beyond his or her control but, rather, at a public officer who could have discharged his or her public obligations, yet wilfully chose to do otherwise.

27

Another factor that may remove an official's conduct from the scope of the tort of misfeasance in a public office is a conflict with the officer's statutory obligations and his or her constitutionally protected rights, such as the right against self-incrimination. Should such circumstances arise, a public officer's decision not to comply with his or her statutory obligation may not amount to misfeasance in a public office. I need not decide that question here except that it could be argued. A public officer who properly insists on asserting his or her constitutional rights cannot accurately be said to have deliberately disregarded the legal obligations of his or her office. Under this argument, an obligation inconsistent with the officer's constitutional rights is not itself lawful.

28

As a matter of policy, I do not believe that it is necessary to place any further restrictions on the ambit of the tort. The requirement that the defendant must have been aware that his or her conduct was unlawful reflects the well-established principle that misfeasance in a public office requires an element of "bad faith" or "dishonesty". In a democracy, public officers must retain the authority to make decisions that, where appropriate, are adverse to the interests of certain citizens. Knowledge of harm is thus an insufficient basis on which to conclude that the defendant has acted in bad faith or dishonestly. A

commise dans l'exercice d'une charge publique ne concerne pas le fonctionnaire public qui, par négligence ou inadvertance, omet de s'acquitter convenablement des obligations propres à ses fonctions : voir *Three Rivers*, p. 1273, lord Millett. N'est pas non plus visé le fonctionnaire public se trouvant dans la même situation en raison de contraintes budgétaires ou d'autres facteurs hors de son contrôle. Le fonctionnaire qui ne peut s'acquitter convenablement de ses fonctions en raison de contraintes budgétaires ne fait pas preuve d'insouciance délibérée à l'égard de ses fonctions. Le délit ne vise pas le fonctionnaire public qui est incapable de s'acquitter de ses obligations en raison de facteurs hors de sa volonté, mais plutôt celui qui pouvait s'en acquitter, mais qui a délibérément choisi d'agir autrement.

L'autre facteur qui peut faire en sorte d'exclure la conduite d'un fonctionnaire du champ du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est l'existence d'un conflit entre les obligations qui lui incombent en vertu de la loi et ses droits constitutionnels, tel le droit de ne pas s'incriminer. En pareil cas, la décision du fonctionnaire de ne pas se conformer à son obligation pourrait ne pas constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Je n'ai pas à trancher cette question en l'espèce, mais il reste qu'il y a là matière à débat. Le fonctionnaire qui insiste à juste titre pour faire valoir ses droits constitutionnels ne peut être considéré comme ayant fait preuve d'une insouciance délibérée à l'égard des obligations de sa charge. Suivant cet argument, une obligation incompatible avec les droits constitutionnels d'un fonctionnaire n'est pas elle-même légitime.

Sur le plan des principes, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de restreindre davantage la portée du délit. L'exigence selon laquelle le défendeur doit avoir eu connaissance du caractère illégitime de sa conduite reflète le principe bien établi voulant que la faute dans l'exercice d'une charge publique nécessite un élément de « mauvaise foi » ou de « malhonnêteté ». En démocratie, les fonctionnaires publics doivent conserver le pouvoir de prendre des décisions qui, le cas échéant, vont à l'encontre des intérêts de certains citoyens. La connaissance du préjudice ne permet donc pas de conclure que le

public officer may in good faith make a decision that she or he knows to be adverse to interests of certain members of the public. In order for the conduct to fall within the scope of the tort, the officer must deliberately engage in conduct that he or she knows to be inconsistent with the obligations of the office.

The requirement that the defendant must have been aware that his or her unlawful conduct would harm the plaintiff further restricts the ambit of the tort. Liability does not attach to each officer who blatantly disregards his or her official duty, but only to a public officer who, in addition, demonstrates a conscious disregard for the interests of those who will be affected by the misconduct in question. This requirement establishes the required nexus between the parties. Unlawful conduct in the exercise of public functions is a public wrong, but absent some awareness of harm there is no basis on which to conclude that the defendant has breached an obligation that she or he owes to the plaintiff, as an individual. And absent the breach of an obligation that the defendant owes to the plaintiff, there can be no liability in tort.

In sum, I believe that the underlying purpose of the tort is to protect each citizen's reasonable expectation that a public officer will not intentionally injure a member of the public through deliberate and unlawful conduct in the exercise of public functions. Once these requirements have been satisfied, it is unclear why the tort would be restricted to a public officer who engaged in the unlawful exercise of a statutory power that she or he actually possesses. If the tort were restricted in this manner, the tort would not extend to a public officer, such as Mr. Duplessis, who intentionally exceeded his powers for the express purpose of interfering with a citizen's economic interests. Nor would it extend to a public officer who breached a statutory obligation for the same purpose. But there is no principled reason, in my view, why a public officer who wilfully injures a member of the public through intentional abuse of a statutory power would be liable, but not a public officer who wilfully injures a member of the public

défendeur a agi de mauvaise foi ou de façon malhonnête. Un fonctionnaire public peut de bonne foi rendre une décision qu'il sait être préjudiciable aux intérêts de certains membres du public. Pour qu'une conduite soit visée par le délit, le fonctionnaire doit agir délibérément d'une manière qu'il sait incompatible avec les obligations propres à ses fonctions.

L'exigence portant que le défendeur doit avoir su que sa conduite illégitime causerait un préjudice au demandeur restreint davantage la portée du délit. L'insouciance flagrante à l'égard d'une fonction officielle n'emporte pas responsabilité; seul le fonctionnaire public qui, en plus, fait sciemment preuve d'insouciance devant les intérêts de ceux qui seront touchés par l'inconduite en question verra sa responsabilité retenue. Cette exigence établit le lien requis entre les parties. Toute conduite illégitime s'inscrivant dans l'exercice des fonctions publiques constitue un méfait public, mais en l'absence d'une quelconque connaissance du préjudice, rien ne permet de conclure que le défendeur a manqué à une obligation à laquelle il est tenu envers le demandeur individuellement. Et sans manquement par le défendeur à une obligation qui lui incombe à l'endroit du demandeur, il ne peut y avoir de responsabilité délictuelle.

En résumé, j'estime que l'objet fondamental du délit est de protéger ce à quoi s'attendent raisonnablement les citoyens, savoir qu'un fonctionnaire public ne causera pas intentionnellement préjudice à un membre du public par une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de ses fonctions publiques. Dès lors qu'il a été satisfait à ces exigences, on ne voit pas pourquoi le délit ne s'appliquerait qu'au fonctionnaire public qui a illégitimement exercé un pouvoir conféré par la loi qu'il détient réellement. Si la portée du délit était à ce point restreinte, un fonctionnaire public tel que M. Duplessis — qui a délibérément outrépassé ses pouvoirs dans le but exprès de se mêler des intérêts économiques d'un citoyen — ne serait pas visé, pas plus que celui qui a manqué pour les mêmes fins à une obligation que lui imposait la loi. Je crois cependant qu'il n'existe aucune raison de principe de retenir la responsabilité d'un fonctionnaire qui cause volontairement préjudice à un membre du public en abusant délibérément

29

30

through an intentional excess of power or a deliberate failure to discharge a statutory duty. In each instance, the alleged misconduct is equally inconsistent with the obligation of a public officer not to intentionally injure a member of the public through deliberate and unlawful conduct in the exercise of public functions.

31

I wish to stress that this conclusion is not inconsistent with *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, in which the Court established that the nominate tort of statutory breach does not exist. *Saskatchewan Wheat Pool* states only that it is insufficient that the defendant has breached the statute. It does not, however, establish that the breach of a statute cannot give rise to liability if the constituent elements of tortious responsibility have been satisfied. Put a different way, the mere fact that the alleged misconduct also constitutes a breach of statute is insufficient to exempt the officer from civil liability. Just as a public officer who breaches a statute might be liable for negligence, so too might a public officer who breaches a statute be liable for misfeasance in a public office. *Saskatchewan Wheat Pool* would only be relevant to this motion if the appellants had pleaded no more than a failure to discharge a statutory obligation. This, however, is not the case. The principle established in *Saskatchewan Wheat Pool* has no bearing on the outcome of the motion on this appeal.

32

To summarize, I am of the opinion that the tort of misfeasance in a public office is an intentional tort whose distinguishing elements are twofold: (i) deliberate unlawful conduct in the exercise of public functions; and (ii) awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff. Alongside deliberate unlawful conduct and the requisite knowledge, a plaintiff must also prove the other requirements common to all torts. More specifically,

d'un pouvoir que lui confère la loi, mais non celle du fonctionnaire qui cause volontairement préjudice à un membre du public en outrepassant délibérément son pouvoir ou en omettant délibérément de s'acquitter d'une obligation prévue par la loi. Dans les deux cas, l'inconduite alléguée s'avère tout aussi incompatible avec l'obligation qui incombe au fonctionnaire public de ne pas causer intentionnellement préjudice à un membre du public par sa conduite délibérée et illégitime dans l'exercice de fonctions publiques.

Je tiens à souligner que cette conclusion ne va pas à l'encontre de l'arrêt *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, où la Cour a statué que le délit civil spécial de violation d'une obligation légale n'existait pas. L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* établit simplement que la violation de la loi par le défendeur ne suffit pas. Il n'établit cependant pas que la violation d'une loi ne peut emporter responsabilité si les éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle sont réunis. Autrement dit, le simple fait que l'inconduite alléguée constitue également une violation de la loi ne suffit pas pour permettre au fonctionnaire d'échapper à la responsabilité civile. De la même façon qu'un fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut être tenu responsable de négligence, le fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut lui aussi être responsable de la faute qu'il commet dans l'exercice d'une charge publique. L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* n'aurait été pertinent dans le cadre de la présente requête que dans la mesure où les appelants auraient uniquement plaidé l'omission de s'acquitter d'une obligation légale. Or ce n'est pas le cas. Le principe énoncé dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* n'a aucune incidence sur l'issue de la requête en cause dans le présent pourvoi.

Pour résumer, j'estime que la faute commise dans l'exercice d'une charge publique constitue un délit intentionnel comportant les deux éléments distinctifs suivants : (i) une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de fonctions publiques; et (ii) la connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. À cela s'ajoute l'exigence pour le demandeur d'établir l'existence des autres conditions

the plaintiff must prove that the tortious conduct was the legal cause of his or her injuries, and that the injuries suffered are compensable in tort law.

(2) Application to the Case at Hand

As outlined earlier, on a motion to strike on the basis that the statement of claim discloses no reasonable cause of action, the facts are taken as pleaded. Consequently, the primary question that arises on this appeal is whether the statement of claim pleads each of the constituent elements of the tort.

In respect of the first constituent element, namely, unlawful conduct in the exercise of public functions, the statement of claim alleges that the defendant officers did not cooperate with the SIU investigation, but, rather, took positive steps to frustrate the investigation. As described above, police officers are under a statutory obligation to cooperate fully with members of the SIU in the conduct of investigations, pursuant to s. 113(9) of the *Police Services Act*. On the face of it, the decision not to cooperate with an investigation constitutes an unlawful breach of statutory duty. Similarly, the alleged failure of the Chief to ensure that the defendant officers cooperated with the investigation also would seem to constitute an unlawful breach of duty. Under s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*, the duties of a chief of police include ensuring that members of the police force carry out their duties in accordance with the Act. A decision not to ensure that police officers cooperate with the SIU is inconsistent with the statutory obligations of the office.

As discussed above, an obligation inconsistent with a public officer's constitutional rights cannot give rise to misfeasance in a public office. It is arguable that the statutory obligation to cooperate fully with the members of the SIU cannot trump a police officer's constitutional right against self-incrimination. I do not need to answer this question because it has not been argued that the SIU's requests were inconsistent with the officers'

communes à tous les délits. Plus précisément, le demandeur doit démontrer que les préjudices qu'il a subis ont pour cause juridique la conduite délictuelle, et que ces préjudices sont indemnisables suivant les règles de droit en matière délictuelle.

(2) Application à la présente espèce

Comme je l'ai souligné précédemment, dans le cadre d'une requête en radiation au motif que la déclaration ne révèle aucune cause d'action fondée, les faits allégués sont tenus pour avérés. Il s'agit donc essentiellement de savoir en l'espèce si on a allégué dans la déclaration tous les éléments constitutifs du délit.

En ce qui concerne le premier élément constitutif, savoir la conduite illégitime dans l'exercice de fonctions publiques, la déclaration allègue que les agents défendeurs ont non seulement refusé de collaborer à l'enquête de l'UES, mais qu'ils ont même pris des mesures concrètes pour y faire obstacle. Comme je l'ai déjà souligné, la loi impose aux agents de police l'obligation de collaborer entièrement avec les membres de l'UES au cours des enquêtes, conformément au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*. De prime abord, la décision de ne pas collaborer à une enquête constitue un manquement à une obligation prévue par la loi. De même, l'omission alléguée du chef de s'assurer que les agents défendeurs collaborent à l'enquête semble également constituer un manquement à une obligation. En vertu de l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers*, le chef de police est notamment chargé de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi. S'il décidait de ne pas s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES, le chef de police contreviendrait aux obligations que la loi attache à sa fonction.

Comme nous l'avons vu, une obligation incompatible avec les droits constitutionnels d'un fonctionnaire ne peut conduire au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. L'obligation de collaborer entièrement avec les membres de l'UES, pourrait-on en effet soutenir, ne peut faire échec au droit constitutionnel de l'agent de police de ne pas s'incriminer. Je n'ai pas à répondre à cette question étant donné qu'on ne prétend pas que les

33

34

35

constitutional rights. Nor has it been argued that the alleged misconduct, which includes submitting inaccurate and misleading shift notes and disobeying an order to remain segregated, is privileged by the right against self-incrimination. As a consequence, it is not “plain and obvious” that the officers were faced with a stark choice between complying with the SIU’s requests and abandoning their right against self-incrimination, either as a matter of fact or law. The potential conflict between the duty to cooperate with the SIU and the right against self-incrimination cannot be relied on to dismiss the action at this stage of the proceedings.

36 Insofar as the second requirement is concerned, the statement of claim alleges that the acts and omissions of the defendant officers “represented intentional breaches of their legal duties as police officers”. This plainly satisfies the requirement that the officers were aware that the alleged failure to cooperate with the investigation was unlawful. The allegation is not simply that the officers failed to comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*, but that the failure to comply was intentional and deliberate. Insofar as the Chief is concerned, the statement of claim alleges as follows:

- (i) Chief Boothby, through his legal counsel, was directed by S.I.U. officers to segregate the defendant officers and he deliberately failed to do so;
- (ii) Chief Boothby failed to ensure that defendant police officers produced timely and complete notes;
- (iii) Chief Boothby failed to ensure that the defendant police officers attended for requested interviews by S.I.U. in a timely manner; and
- (iv) Chief Boothby failed to ensure that the defendant police officers gave accurate and complete accounts of the specifics of the shooting incident.

37 Although the allegation that the Chief deliberately failed to segregate the officers satisfies the requirement that the Chief intentionally breached

demandes de l’UES étaient incompatibles avec les droits constitutionnels des agents. On n’a pas non plus prétendu que l’inconduite alléguée, notamment le fait d’avoir remis des notes incomplètes et trompeuses et d’avoir désobéi à l’ordre de rester isolés, est protégée par le droit de ne pas s’incriminer. Par conséquent, il n’est pas « évident et manifeste » que les agents étaient placés devant le choix déchirant de se conformer aux demandes de l’UES et d’abandonner leur droit de ne pas s’incriminer, en fait ou en droit. Le conflit potentiel entre l’obligation de collaborer avec l’UES et le droit de ne pas s’incriminer ne peut donc servir de fondement au rejet de l’action à ce stade de l’instance.

En ce qui a trait à la seconde exigence, la déclaration contient une allégation portant que les actes et les omissions des agents défendeurs [TRADUCTION] « constituent des manquements intentionnels aux obligations légales qui leur incombent en tant qu’agents de police ». Cela satisfait pleinement à l’exigence voulant que les agents connaissent le caractère illégitime du défaut allégué de collaborer à l’enquête. L’allégation ne se résume pas simplement à l’omission des agents de se conformer au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*, mais fait également état du caractère intentionnel et délibéré de cette omission. S’agissant du chef, la déclaration contient les allégations suivantes :

[TRADUCTION]

- (i) Le chef Boothby a été avisé par les agents de l’UES, par l’entremise de son conseiller juridique, qu’il devait isoler les agents défendeurs, ce qu’il a délibérément omis de faire;
- (ii) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis;
- (iii) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs se soumettent en temps voulu aux interrogatoires convoqués par l’UES;
- (iv) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs relatent, de manière fidèle et complète, les détails de la fusillade.

Bien que l’allégation relative à l’omission délibérée du chef d’isoler les agents satisfasse à l’exigence d’un manquement intentionnel de sa part à son

his legal obligation to ensure compliance with the *Police Services Act*, the same cannot be said of his alleged failure to ensure that the defendant officers produced timely and complete notes, attended for interviews in a timely manner, and provided accurate and complete accounts of the incident. As above, inadvertence or negligence will not suffice; a mere failure to discharge the obligations of the office cannot constitute misfeasance in a public office. In light of the allegation that the Chief's failure to segregate the officers was deliberate, this is not a sufficient basis on which to strike the pleading. Suffice it to say, the failure to issue orders for the purpose of ensuring that the defendant officers cooperated with the investigation will only constitute misfeasance in a public office if the plaintiffs prove that the Chief deliberately failed to comply with the standard established by s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*.

The statement of claim also alleges that the defendant officers and the Chief "knew or ought to have known" that the alleged misconduct would cause the plaintiffs to suffer physically, psychologically and emotionally. Although the allegation that the defendants knew that a failure to cooperate with the investigation would injure the plaintiffs satisfies the requirement that the alleged misconduct was likely to injure the plaintiffs, misfeasance in a public office is an intentional tort that requires subjective awareness that harm to the plaintiff is a likely consequence of the alleged misconduct. At the very least, according to a number of cases, the defendant must have been subjectively reckless or wilfully blind as to the possibility that harm was a likely consequence of the alleged misconduct: see for example *Three Rivers, supra*; *Powder Mountain Resorts, supra*; and *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.), supra*. This, again, is not a sufficient basis on which to strike the pleading. It is clear, however, that the phrase "or ought to have known" must be struck from the statement of claim.

obligation de veiller au respect de la *Loi sur les services policiers*, on ne peut en dire autant de l'omission qui lui est reprochée de s'assurer que les agents défendeurs produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis, qu'ils se soumettent aux interrogatoires au moment voulu et qu'ils fassent un récit fidèle et complet de l'incident. Comme je l'ai déjà indiqué, l'inadvertance ou la négligence ne suffira pas; le simple défaut de s'acquitter des obligations propres à sa charge ne peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Comme on a allégué l'omission délibérée du chef d'isoler les agents, il ne s'agit pas d'un motif justifiant la radiation de l'acte de procédure. Qu'il suffise de dire que l'omission du chef d'émettre des directives pour s'assurer de la collaboration des agents défendeurs à l'enquête n'équivaudra à une faute dans l'exercice d'une charge publique que si les demandeurs démontrent que le chef a délibérément omis de se conformer à la norme établie par l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers*.

De plus, les demandeurs allèguent dans leur déclaration que les agents défendeurs et le chef [TRADUCTION] « savaient ou devaient savoir » que l'inconduite reprochée leur causerait des souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles. Quoique l'exigence d'un préjudice probable découlant de l'inconduite alléguée soit remplie par l'allégation portant que les défendeurs savaient que leur défaut de collaborer à l'enquête serait préjudiciable aux demandeurs, la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est un délit intentionnel qui nécessite une conscience subjective de la probabilité que le demandeur subira un préjudice par suite de l'inconduite alléguée. Si l'on se fie à un certain nombre de décisions, le défendeur doit à tout le moins avoir fait preuve de témérité subjective ou d'aveuglement volontaire quant à la possibilité qu'un préjudice découle vraisemblablement de l'inconduite alléguée : voir par exemple *Three Rivers*, précité; *Powder Mountain Resorts*, précité; et *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.)*, précité. Encore là, il ne s'agit pas d'un motif qui justifie la radiation de l'acte de procédure. Il est cependant clair que l'expression [TRADUCTION] « ou devaient savoir » doit être radiée de la déclaration.

39 The final factor to be considered is whether the damages that the plaintiffs claim to have suffered as a consequence of the aforementioned misconduct are compensable. In the defendant officers' submission, the alleged damages are non-compensable. Consequently, it is their submission that even if the plaintiffs could prove the other elements of the tort, it still would be plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office must fail.

40 In the defendant officers' submission, the essence of the plaintiffs' claim is that they were deprived of a thorough, competent and credible investigation. And owing to the fact that no individual has a private right to a thorough, competent and credible criminal investigation, the plaintiffs have suffered no compensable damages. If this were an accurate assessment of the plaintiffs' claim, I would agree. Individual citizens might desire a thorough investigation, or even that the investigation result in a certain outcome, but they are not entitled to compensation in the absence of a thorough investigation or if the desired outcome fails to materialize. This, however, is not an accurate assessment of the plaintiffs' submission. In their statement of claim, the plaintiffs also allege that they have suffered physically, psychologically and emotionally, in the form of mental distress, anger, depression and anxiety as a direct result of the defendant officers' failure to cooperate with the SIU.

41 Although courts have been cautious in protecting an individual's right to psychiatric well-being, compensation for damages of this kind is not foreign to tort law. As the law currently stands, that the appellant has suffered grief or emotional distress is insufficient. Nevertheless, it is well established that compensation for psychiatric damages is available in instances in which the plaintiff suffers from a "visible and provable illness" or "recognizable physical or psychopathological harm": see for example *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, and *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. Consequently, even if the plaintiffs could prove that they had suffered psychiatric damage, in the form of anxiety or

Le dernier facteur à considérer est le caractère indemnisable des dommages que les demandeurs disent avoir subis par suite de l'inconduite mentionnée précédemment. Les agents défendeurs prétendent que les dommages allégués ne donnent pas ouverture à indemnisation. Ils font conséquemment valoir que, même si les demandeurs parvenaient à établir l'existence des autres éléments constitutifs du délit, il serait encore évident et manifeste que les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.

Selon les agents défendeurs, les demandeurs cherchent à se faire dédommager essentiellement parce qu'on les a privés d'une enquête approfondie, satisfaisante et crédible. Et comme nul ne dispose d'un droit privé de bénéficier d'une enquête criminelle qui soit approfondie, satisfaisante et crédible, les demandeurs n'ont subi aucun dommage indemnisable. Si c'était bien ce que revendiquent les demandeurs, je serais de cet avis. Les citoyens peuvent souhaiter qu'une enquête soit approfondie, ou même qu'elle aboutisse à un certain résultat, mais ils ne sont pas en droit d'obtenir réparation si l'enquête ne s'avère pas approfondie ou s'ils n'obtiennent pas le résultat escompté. Ce n'est cependant pas ce que revendiquent les demandeurs. Dans leur déclaration, ils allèguent en outre que l'omission des agents défendeurs de collaborer avec l'UES leur a directement causé des souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles se manifestant par la souffrance morale, la colère, la dépression et l'anxiété.

Bien que les tribunaux soient prudents lorsqu'il s'agit de protéger le droit individuel à un certain bien-être mental, l'octroi d'une indemnité pour des dommages relevant de cette catégorie n'est pas étranger au droit de la responsabilité délictuelle. Dans l'état actuel du droit, le fait que l'appelant ait subi ou vécu un trouble émotionnel ne suffit pas. Il est néanmoins bien établi que le demandeur qui souffre d'une « maladie visible et prouvable » ou de « dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles » peut réclamer une indemnité pour problèmes psychiatriques : voir par exemple *Guay c. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, et *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99. En

depression, they still would have to prove both that it was caused by the alleged misconduct and that it was of sufficient magnitude to warrant compensation. But the causation and magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial. At the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges that the plaintiffs have suffered mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct.

In the final analysis, I would allow the appeal in respect of the actions for misfeasance in a public office. If the facts are taken as pleaded, it is not plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office against the defendant officers and the Chief must fail. The plaintiffs may well face an uphill battle, but they should not be deprived of the opportunity to prove each of the constituent elements of the tort.

C. *The Actions for Negligence*

In addition to the actions for misfeasance in a public office, the statement of claim includes actions for negligence against the Chief, the Board and the Province. The essence of these claims is that the Chief, the Board and the Province are liable as a consequence of their failure to ensure that the defendant officers complied with s. 113(9) of the *Police Services Act*.

In order for an action in negligence to succeed, a plaintiff must be able to establish three things: (i) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (ii) that the defendant breached that duty of care; and (iii) that damages resulted from that breach. The primary question that arises on this appeal is in respect of the first element, namely, whether the defendants owed to the appellants a duty to take reasonable care to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU investigation. If the defendants are under no such obligation, the actions for negligence cannot

conséquence, même si les demandeurs pouvaient démontrer qu'ils ont souffert de problèmes psychiatriques — sous forme d'anxiété ou de dépression —, ils devraient tout de même prouver que ces problèmes découlaient de l'inconduite alléguée et qu'ils étaient d'une importance telle qu'ils justifiaient l'octroi d'une indemnité. Les questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront toutefois être tranchées au procès. Au stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que l'inconduite alléguée leur a causé des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété.

En dernière analyse, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Si l'on tient les faits allégués pour avérés, il n'est pas évident et manifeste que les actions formées contre les agents défendeurs et le chef pour fautes dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec. Les demandeurs n'auront certes pas la tâche facile, mais on ne devrait pas pour autant les priver de la possibilité de prouver chacun des éléments constitutifs du délit.

C. *Les actions pour négligence*

Outre les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, les demandeurs intentent des actions pour négligence dirigées contre le chef, la commission et la province. Ils allèguent essentiellement dans leur déclaration que le chef, la commission et la province sont responsables du fait qu'ils n'ont pas veillé à ce que les agents défendeurs respectent le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*.

Pour avoir gain de cause dans son action pour négligence, le demandeur doit être en mesure d'établir trois éléments : (i) le défendeur était tenu à une obligation de diligence à son endroit; (ii) le défendeur a manqué à cette obligation de diligence; et (iii) il en est résulté des dommages. La principale question que soulève le pourvoi a trait au premier élément, soit de savoir si les défendeurs étaient tenus envers les appelants de prendre raisonnablement soin de s'assurer que les agents défendeurs collaborent à l'enquête de l'UES. Faute pour les défendeurs

42

43

44

succeed. After discussing the general principles applicable to the duty of care analysis, I will go on to discuss this approach in the context of the negligence actions against the Chief, the Board and the Province. I will also address the defendants' submission that complained of harm is non-compensable.

(1) The Duty of Care

45 It is a well-established principle that a defendant is not liable in negligence unless the law exacts an obligation in the circumstances to take reasonable care. As Lord Esher concluded in *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), at p. 497, “[a] man is entitled to be as negligent as he pleases towards the whole world if he owes no duty to them.” Duty may therefore be defined as an obligation, recognised by law, to take reasonable care to avoid conduct that entails an unreasonable risk of harm to others.

46 It is now well established in Canada that the existence of such a duty is to be determined in accordance with the two-step analysis first enunciated by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, at pp. 751-52:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise.

See for example *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne &*

d’être soumis à une telle obligation, les actions pour négligence sont vouées à l’échec. Après examen des principes généraux applicables à l’obligation de diligence, j’analyserai cette approche dans le contexte des actions pour négligence intentées contre le chef, la commission et la province. Je me pencherai également sur la prétention des défendeurs selon laquelle le préjudice dont se plaignent les demandeurs n’ouvre pas droit à une indemnisation.

(1) L’obligation de diligence

Il existe un principe bien établi selon lequel le défendeur n’est pas responsable de négligence si la loi ne l’assujettit pas dans les circonstances à une obligation de diligence raisonnable. Comme l’a conclu lord Esher dans l’arrêt *Le Lievre c. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), p. 497, [TRADUCTION] « [u]n homme a le droit d’être aussi négligent qu’il lui plaît envers les autres s’il n’a aucune obligation à leur égard. » On pourrait donc dire qu’il s’agit d’une obligation, reconnue en droit, de prendre raisonnablement soin d’éviter toute conduite qui expose autrui à un risque déraisonnable de préjudice.

De nos jours, il est bien établi au Canada que l’existence d’une telle obligation doit être déterminée suivant l’analyse en deux étapes élaborée pour la première fois par la Chambre des lords dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, p. 751-752 :

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s’il existe, entre l’auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l’auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l’autre personne — auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l’affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s’il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l’inexécution de cette obligation.

Voir par exemple les arrêts *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c.*

Nagel International Ltd., [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; and *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79.

The first stage of analysis, then, demands an inquiry into whether there is a sufficiently close relationship between the plaintiff and defendant that the defendant owes to the plaintiff a *prima facie* duty of care. The question of when such a duty arises is one with which this Court and others have repeatedly grappled since Lord Atkin enunciated the neighbour principle in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

As eloquently observed by Professor J. G. Fleming, this passage is a sacrosanct preamble to judicial disquisitions on duty, yet contains a fateful ambiguity: *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 151. More specifically, does the reference to persons so closely and directly affected by the conduct in question that the defendant ought reasonably to have had them in contemplation conflate foreseeability of harm and duty? Or does it require something in addition to foreseeability of harm?

In *Cooper, supra*, the Court clearly stated that the latter approach is the correct one. At para. 29 of their joint reasons, McLachlin C.J. and Major J. stated that there must be reasonable foreseeability of harm “plus something more”. At para. 31, they concluded that this “something more” is proximity: in order to establish that the defendant owed the plaintiff a duty of care, the reasonable foreseeability of harm must be supplemented by proximity. It is only if harm is a

Kuehne & Nagel International Ltd., [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79.

La première étape de l'analyse consiste donc à savoir s'il existe un rapport suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur pour qu'à première vue ce dernier soit tenu à une obligation de diligence envers le demandeur. Notre Cour et d'autres tribunaux se sont maintes fois penchés sur les circonstances donnant naissance à cette obligation depuis que lord Atkin a énoncé le principe du prochain dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580 :

[TRADUCTION] Le commandement tu aimeras ton prochain devient en droit : tu ne léseras pas ton prochain. À la question de l'avocat : Qui est mon prochain? on donnera une réponse restrictive. Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

Comme l'a fait remarquer avec éloquence le professeur J. G. Fleming, cet extrait qui sert de préambule sacro-saint aux analyses judiciaires sur l'obligation contient pourtant une ambiguïté fatale : *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 151. Plus précisément, lorsqu'on se réfère aux personnes qui sont de si près et si directement touchées par la conduite en question que le défendeur devrait raisonnablement les avoir à l'esprit, parle-t-on de prévisibilité du préjudice et d'obligation? Ou doit-il y avoir plus que la simple prévisibilité du préjudice?

Dans l'arrêt *Cooper*, précité, la Cour a clairement retenu la dernière approche. Au paragraphe 29 de leurs motifs conjoints, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont dit qu'il devait y avoir une prévisibilité raisonnable du préjudice, « plus autre chose ». Au paragraphe 31, ils ont conclu que cette « autre chose » était la proximité : pour que le défendeur soit tenu envers le demandeur à une obligation de diligence, la prévisibilité raisonnable du préjudice

reasonably foreseeable consequence of the conduct in question and there is a sufficient degree of proximity between the parties that a *prima facie* duty of care is established. The question that thus arises is what precisely is meant by the term proximity.

49 McLachlin C.J. and Major J. concluded, at para. 32, that the term “proximity”, in the context of negligence law, is used to describe the type of relationship in which a duty of care to guard against foreseeable harm may rightly be imposed. As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24:

The label “proximity”, as it was used by Lord Wilberforce in *Anns*, *supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests in conducting his or her affairs.

50 Consequently, the essential purpose of the inquiry is to evaluate the nature of that relationship in order to determine whether it is just and fair to impose a duty of care on the defendant. The factors that are relevant to this inquiry depend on the circumstances of the case. As stated by McLachlin J. (as she then was) in *Norsk*, *supra*, at p. 1151, “[p]roximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors” (cited with approval in *Hercules Managements*, *supra*, at para. 23, and *Cooper*, *supra*, at para. 35). Examples of factors that might be relevant to the inquiry include the expectations of the parties, representations, reliance and the nature of the property or interest involved.

51 The second stage of the *Anns* test requires the trial judge to consider whether there exist any residual policy considerations that ought to negative or reduce the scope of the duty or the class of persons to whom it is owed. In *Cooper*, McLachlin C.J.

doit se doubler de la proximité. Ce n’est que si le préjudice est une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite en question et que les parties sont liées entre elles par un degré suffisant de proximité qu’on peut conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. Qu’entend-on alors précisément par proximité?

La juge en chef McLachlin et le juge Major ont conclu au par. 32 que, dans le contexte du droit en matière de négligence, le terme « proximité » servait à décrire le genre de lien permettant de justifier l’imposition de l’obligation de diligence en tant que protection contre le préjudice prévisible. Comme notre Cour l’a énoncé dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

L’expression « lien étroit », utilisée par lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu’on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

L’examen consiste donc essentiellement à apprécier la nature de ce lien afin de déterminer s’il est juste et équitable d’imposer une obligation de diligence au défendeur. Les facteurs pertinents à cet égard dépendent des circonstances de l’affaire. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l’a dit dans l’arrêt *Norsk*, précité, p. 1151, « [l]e lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs » (cité avec approbation dans les arrêts *Hercules Managements*, précité, par. 23, et *Cooper*, précité, par. 35). Parmi les facteurs qui peuvent s’avérer pertinents quant à l’examen, mentionnons les attentes des parties, les déclarations, la confiance, ainsi que la nature des biens en cause et d’autres intérêts en jeu.

À la seconde étape du critère de l’arrêt *Anns*, le juge de première instance doit se demander s’il existe des considérations de politique résiduelles susceptibles d’écarter l’obligation de diligence, d’en réduire la portée ou de limiter la catégorie des

and Major J. wrote, at para. 37, that this stage of the analysis is not concerned with the relationship between the parties but, rather, with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. At this stage of the analysis, the question to be asked is whether there exist broad policy considerations that would make the imposition of a duty of care unwise, despite the fact that harm was a reasonably foreseeable consequence of the conduct in question and there was a sufficient degree of proximity between the parties that the imposition of a duty would not be unfair.

(2) Application of the *Anns* Test

The essence of the appellants' claim is that the Chief, the Board and the Province breached a duty to take reasonable care to ensure that the defendant officers complied with their legal obligation to cooperate with the SIU investigation. In order for this to give rise to an action in negligence, it must first be true that the defendants owed the appellants a duty to take such care. On the analysis above, this requires the Odhavji family to establish each of the following: (i) that the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the alleged breach; (ii) that there is sufficient proximity between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants; and (iii) that there exist no policy reasons to negative or otherwise restrict that duty. If the defendants did not owe such a duty to the appellants, it is plain and obvious that the actions for negligence cannot succeed.

(i) *Police Chief Boothby*

The conclusion that the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the Chief's conduct is dependent on the prior conclusion that it is a reasonably foreseeable consequence of an inadequate investigation into the shooting incident.

personnes à qui elle est due. Dans l'arrêt *Cooper*, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont écrit au par. 37 qu'à cette étape de l'analyse, ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais bien sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. À ce stade de l'analyse, il s'agit de savoir s'il existe une considération de politique générale au regard de laquelle l'imposition d'une obligation de diligence serait malavisée, et ce même si le préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite en question et que les parties étaient liées par un degré suffisant de proximité pour que l'imposition d'une obligation ne soit pas injuste.

(2) Application du critère de l'arrêt *Anns*

Les appelants invoquent essentiellement le manquement du chef, de la commission et de la province à l'obligation qui leur incombait d'agir avec diligence raisonnable pour veiller à ce que les agents défendeurs remplissent leur obligation légale de collaborer à l'enquête de l'UES. Pour que ce manquement donne ouverture à une action pour négligence, les défendeurs doivent d'abord être véritablement tenus envers les appelants à une telle obligation. Suivant l'analyse énoncée précédemment, la famille Odhavji doit faire la preuve de chacun des éléments suivants : (i) le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement allégué; (ii) un lien suffisamment étroit unit les parties, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs; (iii) aucune considération de politique générale n'écarte cette obligation ou n'en restreint la portée de quelque façon que ce soit. Si les défendeurs ne sont pas tenus à une telle obligation envers les appelants, il est évident et manifeste que les actions en négligence sont vouées à l'échec.

(i) *Le chef de police Boothby*

Pour conclure que le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite du chef, il faut tout d'abord avoir conclu qu'il était raisonnablement prévisible que ce préjudice découle d'une enquête inadéquate sur la fusillade.

If it is not reasonably foreseeable that the plaintiffs would suffer psychiatric harm as a consequence of an inadequate investigation into the incident, it is not reasonably foreseeable that the Chief's failure to ensure that the defendant officers' failure to cooperate with the SIU would injure the plaintiffs.

54

It is not immediately clear, in my view, that this initial threshold has been satisfied. Although it is to be expected that an inadequate investigation would distress or anger the close relatives of Mr. Odhavji, it is less obvious that this distress or anger would rise to the level of compensable psychiatric harm. Nevertheless, I do not think it "plain and obvious" that such harm is an unforeseeable consequence of the defendant officers' failure to cooperate with the investigation. The task might be a difficult one, but the appellants should not be deprived of the opportunity to prove that the complained of harm is a reasonably foreseeable consequence of a truncated or otherwise inadequate investigation into the shooting incident. It is reasonably foreseeable that the officers' failure to cooperate with the SIU investigation would harm the appellants. As the Chief was responsible for ensuring that the officers cooperated with the SIU investigation, it is reasonably foreseeable that the Chief's failure to do so would also harm the appellants.

55

The next question that arises is whether there is sufficient proximity between the parties that a duty of care may rightly be imposed on the Chief. It may be that the appellants can show that it was reasonably foreseeable that the alleged misconduct would result in psychiatric harm, but foreseeability alone is an insufficient basis on which to establish a *prima facie* duty of care. In addition to showing foreseeability, the appellants must establish that it is just and fair to impose on the Chief a private law obligation to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU. A broad range of factors may be relevant to this inquiry, including a close causal connection, the parties' expectations and any assumed or imposed obligations. See for example *Norsk, supra*, at p. 1153; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000]

S'il n'est pas raisonnablement prévisible que les demandeurs souffrent de problèmes psychiatriques par suite d'une enquête inadéquate sur l'incident, il n'est pas raisonnablement prévisible que l'omission du chef de veiller à ce que les agents défendeurs collaborent avec l'UES cause préjudice aux demandeurs.

À mon avis, il n'est pas évident à première vue qu'on a satisfait à ce critère préliminaire. Quoiqu'on ait pu s'attendre à ce qu'une enquête inadéquate occasionne des souffrances aux proches de M. Odhavji ou les mette en colère, il est moins évident qu'on puisse assimiler ces souffrances ou cette colère à des problèmes psychiatriques susceptibles d'indemnisation. Néanmoins, je ne crois pas que ce préjudice constitue, de façon « évidente et manifeste », une conséquence imprévisible de l'omission des agents défendeurs de collaborer à l'enquête. La tâche qui attend les appelants peut s'avérer ardue, mais on ne devrait pas les priver de la possibilité de démontrer que le préjudice dont ils se plaignent est une conséquence raisonnablement prévisible d'une enquête interrompue ou autrement inadéquate sur la fusillade. Il est raisonnablement prévisible que l'omission des agents de collaborer à l'enquête de l'UES cause préjudice aux appelants. Comme le chef devait s'assurer de la collaboration des agents à l'enquête de l'UES, il est raisonnablement prévisible que son omission à cet égard cause aussi préjudice aux appelants.

Nous devons ensuite nous demander s'il existe une proximité suffisante entre les parties pour qu'une obligation de diligence puisse incomber à juste titre au chef. Il se peut que les appelants puissent démontrer qu'il était raisonnablement prévisible que l'inconduite alléguée leur causerait des problèmes psychiatriques, mais la prévisibilité à elle seule ne saurait justifier l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence. Outre la prévisibilité, les appelants doivent démontrer qu'il est juste et équitable d'imposer au chef une obligation de droit privé de veiller à ce que les agents défendeurs collaborent avec l'UES. Un large éventail de facteurs peuvent s'avérer pertinents à cet égard, y compris un lien étroit de causalité, les attentes des parties ainsi que toute obligation présumée ou imposée. Voir par

2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at paras. 51-52; and *Cooper, supra*, at para. 35.

In the present case, one factor that supports a finding of proximity is the relatively direct causal link between the alleged misconduct and the complained of harm. As discussed above, the duties of a chief of police include ensuring that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act*. In those instances in which a member of the public is injured as a consequence of police misconduct, there is an extremely close causal connection between the negligent supervision and the resultant injury: the failure of the chief of police to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act* leads directly to the police misconduct, which, in turn, leads directly to the complained of harm. The failure of the Chief to ensure the defendant officers cooperated with the SIU is thus but one step removed from the complained of harm. Although a close causal connection is not a condition precedent of liability, it strengthens the nexus between the parties.

A second factor that strengthens the nexus between the Chief and the Odhavjis is the fact that members of the public reasonably expect a chief of police to be mindful of the injuries that might arise as a consequence of police misconduct. Although the vast majority of police officers in our country exercise their powers responsibly, members of the force have a significant capacity to affect members of the public adversely through improper conduct in the exercise of police functions. It is only reasonable that members of the public vulnerable to the consequences of police misconduct would expect that a chief of police would take reasonable care to prevent, or at least to discourage, members of the force from injuring members of the public through improper conduct in the exercise of police functions.

Finally, I also believe it noteworthy that this expectation is consistent with the statutory obligations

exemple *Norsk*, précité, p. 1153; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 51-52; *Cooper*, précité, par. 35.

En l'espèce, un des facteurs militant en faveur d'une conclusion de proximité est le lien de causalité relativement direct entre l'inconduite alléguée et le préjudice reproché. Comme je l'ai expliqué précédemment, le chef de police est notamment chargé de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers*. Lorsqu'un membre du public se trouve à subir un préjudice par suite d'une inconduite policière, il existe un lien de causalité extrêmement étroit entre la surveillance négligente et le préjudice qui en résulte : l'omission du chef de police de s'assurer que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* mène directement à l'inconduite policière, laquelle à son tour mène directement au préjudice reproché. Lorsqu'il omet de s'assurer que les agents défendeurs collaborent avec l'UES, le chef n'est qu'à un pas du préjudice qu'on lui reproche. Bien qu'il ne constitue pas une condition préalable de responsabilité, un lien de causalité étroit vient renforcer le lien entre les parties.

Comme second facteur de renforcement du lien unissant le chef aux Odhavji, soulignons que les membres du public s'attendent raisonnablement à ce qu'un chef de police se soucie du préjudice susceptible de résulter d'une inconduite policière. Même si au pays la vaste majorité des policiers exercent leurs pouvoirs de manière responsable, ils peuvent réellement porter préjudice aux membres du public en se conduisant de manière inappropriée dans l'exercice de leurs fonctions. Il est tout à fait raisonnable que les membres du public qui s'exposent aux conséquences de l'inconduite policière puissent s'attendre à ce qu'un chef de police prenne raisonnablement soin d'empêcher que, dans l'exercice de leurs fonctions policières, les membres de son corps de police ne leur causent préjudice par leur conduite inappropriée, ou à tout le moins de les en décourager.

Enfin, la compatibilité de cette attente avec les obligations incombant au chef en vertu de

56

57

58

that s. 41(1)(b) of the *Police Services Act* imposes on the Chief. Under s. 41(1)(b), the Chief is under a freestanding statutory obligation to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act* and the needs of the community. This includes an obligation to ensure that members of the police force do not injure members of the public through misconduct in the exercise of police functions. The fact that the Chief already is under a duty to ensure compliance with an SIU investigation adds substantial weight to the position that it is neither unjust nor unfair to conclude that the Chief owed to the plaintiffs a duty of care to ensure that the defendant officers did, in fact, cooperate with the SIU investigation.

59

In light of the above factors, I conclude that the circumstances of the case satisfy the first stage of the *Anns* test and raise a *prima facie* duty of care. If it is reasonably foreseeable that the defendant officers' decision not to cooperate with the SIU would injure the plaintiffs, a private law obligation to ensure that the officers cooperate with the SIU is rightly imposed on the Chief. Consequently, the only issue that is left to consider is whether there exist any broad policy considerations that ought to negative the *prima facie* obligation of the Chief to prevent the misconduct.

60

Counsel for the Chief submits that imposing a private law duty on the Chief to ensure that the officers cooperate with the investigation would compromise the independence of the SIU. It is difficult to see how this is the case, particularly as the Chief already is under a statutory obligation to ensure such cooperation. Imposing a duty of care on the Chief to ensure that members of the force cooperate with the SIU would have no bearing on the capacity of the SIU to determine how or in what circumstances to conduct such an investigation. Counsel for the Chief also submits that another factor to consider is the availability of alternative remedies, namely, the public complaints process that allows members of the public to complain in respect of the conduct of

l'al. 41(1)b) de la *Loi sur les services policiers* est à mon avis digne de mention. En application de cet alinéa, le chef est tenu à une obligation distincte de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et aux besoins de la collectivité. Il doit notamment s'assurer que, dans l'exercice de leurs fonctions policières, les membres du corps de police ne portent pas préjudice aux membres du public par leur inconduite. Le fait que le chef est déjà tenu de s'assurer de la collaboration à l'enquête de l'UES milite considérablement en faveur de la thèse selon laquelle il n'est ni injuste ni inéquitable de conclure que le chef devait agir avec diligence envers les demandeurs en veillant à ce que les agents défendeurs collaborent de fait à l'enquête de l'UES.

Compte tenu des facteurs qui précèdent, je conclus que les circonstances de la présente espèce satisfont à la première étape du critère de l'arrêt *Anns* et qu'elles établissent à première vue l'existence d'une obligation de diligence. Si l'on peut raisonnablement prévoir que la décision des agents défendeurs de ne pas collaborer avec l'UES pourrait causer préjudice aux demandeurs, il est dès lors juste d'imposer au chef une obligation de droit privé de s'assurer que les agents collaborent avec l'UES. Par conséquent, il ne reste qu'à se pencher sur l'existence de considérations de politique générale susceptibles d'écarter l'obligation *prima facie* qui incombe au chef de prévenir l'inconduite.

L'avocat du chef prétend que l'imposition à l'égard du chef d'une obligation de droit privé de s'assurer de la collaboration des agents à l'enquête risque de compromettre l'indépendance de l'UES. Je vois mal comment il en serait ainsi, d'autant plus que le chef est déjà tenu par la loi de voir à une telle collaboration. Imposer au chef une obligation de diligence de s'assurer que les membres du corps de police collaborent avec l'UES n'aurait aucune incidence sur la capacité de l'UES de décider quand et comment procéder à cette enquête. L'avocat du chef fait de plus valoir qu'il faut aussi tenir compte d'autres recours possibles, à savoir le processus d'examen des plaintes dont les membres du public peuvent se prévaloir pour se plaindre de la conduite

a police officer. What the appellants seek, though, is not the opportunity to file a complaint that might result in the imposition of disciplinary sanctions but, rather, compensation for the psychological harm that they have suffered as a consequence of the Chief's inadequate supervision. The public complaints process is no alternative to liability in negligence.

In short, I believe that it would be inappropriate to strike the action for negligent supervision against the Chief on the basis that he did not owe the plaintiffs a duty of care. If the plaintiffs can establish that the complained of harm is a reasonably foreseeable consequence of the Chief's failure to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU, the Chief was under a private law duty of care to take reasonable care to prevent such misconduct. The cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action in negligence against Police Chief Boothby to proceed is therefore dismissed.

(ii) *Metropolitan Toronto Police Services Board*

The plaintiffs do not allege that the Board was under a private law obligation to ensure that the defendant officers in this appeal cooperated with the SIU investigation into the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji. Rather, the basis of the action is that the Board breached a duty of care to ensure that police officers, as a matter of general practice, cooperate with SIU investigations. The duty of care is owed not to the Odhavjis in particular, but to the family of a person harmed by the police.

The first question to answer is whether it is reasonably foreseeable that the family of a person harmed by the police would suffer acute anxiety or depression as a consequence of the Board's failure to enact additional policies or training procedures for the purpose of ensuring that police officers cooperate with the SIU. But, once again, foreseeability

d'un agent de police. Ce que les appelants recherchent, cependant, n'est pas la possibilité de déposer une plainte susceptible de mener à des sanctions disciplinaires, mais plutôt l'indemnisation du préjudice psychologique dont ils ont souffert en raison de la surveillance inadéquate du chef. Le processus d'examen des plaintes du public ne peut d'aucune façon se substituer à la responsabilité pour négligence.

Bref, j'estime qu'il serait inopportun de radier l'action intentée contre le chef pour cause de surveillance négligente au motif que celui-ci n'était nullement tenu à une obligation de diligence envers les demandeurs. Si les demandeurs parviennent à démontrer que le préjudice dont ils se plaignent est une conséquence raisonnablement prévisible de l'omission du chef de s'assurer que les agents défendeurs collaborent avec l'UES, il incombe au chef, tenu à une obligation de diligence de droit privé, de prendre raisonnablement soin d'empêcher une telle inconduite. Le pourvoi incident déposé à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence engagée contre le chef de police Boothby est par conséquent rejeté.

(ii) *La Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto*

Les demandeurs n'allèguent pas que la commission était tenue à une obligation de droit privé de s'assurer que les agents défendeurs collaborent en l'espèce à l'enquête de l'UES sur le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui. Leur action se fonde plutôt sur le manquement de la commission à une obligation de diligence qui lui incombe de veiller en général à ce que les agents de police collaborent aux enquêtes de l'UES. Ce ne sont pas les Odhavji en particulier qui sont créanciers de l'obligation de diligence, mais bien la famille de la personne lésée par la police.

Il s'agit premièrement de savoir s'il est raisonnablement prévisible que la famille d'une personne lésée par la police souffre d'anxiété aiguë ou de dépression en raison de l'omission de la commission d'élaborer d'autres politiques ou procédures de formation pour veiller à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Rappelons toutefois que la

61

62

63

alone is insufficient. Even if it is reasonably foreseeable that the Board's decision not to enact additional procedures would exacerbate the allegedly systematic failure of the police officers to cooperate with the SIU, and that this, in turn, would cause the families of persons harmed by the police to suffer psychiatric harm, it still must be determined whether the Board is under a private law duty to ensure that members of the force, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. For the reasons that follow, I am of the view that the Board is under no such duty.

64

The first factor that I consider is the lack of a close causal connection between the alleged misconduct and the complained of harm. As discussed earlier, the fact that a chief of police is in a direct supervisory relationship with members of the force gives rise to a certain propinquity between the Chief and the Odhavjis; the close connection between the Chief's inadequate supervision and the officers' subsequent failure to cooperate with the SIU establishes a nexus between the Chief and the individuals who are injured as a consequence of the officers' misconduct. The Board, however, is much further in the background than the Chief. Unlike the Chief, the Board does not directly involve itself in the day-to-day conduct of police officers, but, rather, implements general policy and monitors the performance of the various chiefs of police. The Board does not supervise members of the force, but, rather, supervises the Chief (who, in turn, supervises members of the force). This lack of involvement in the day-to-day conduct of the police force weakens substantially the nexus between the Board and members of the public injured as a consequence of police misconduct.

65

A second factor that distinguishes the Board from the Chief is the absence of a statutory obligation to ensure that members of the police force cooperate with the SIU. As discussed earlier, the express duties of the Chief include ensuring that members of the force comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*. Under s. 31(1), the Board is responsible for the provision of adequate and effective police services, but is not under an express

prévisibilité à elle seule ne suffit pas. Même si on pouvait raisonnablement prévoir que la décision de la commission de ne pas élaborer d'autres procédures exacerberait le défaut dit systématique des agents de police de collaborer avec l'UES, et que cela causerait des problèmes psychiatriques aux familles des personnes lésées par la police, nous devons encore décider s'il incombe à la commission une obligation de droit privé de veiller en général à ce que les membres de corps de police collaborent avec l'UES. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la commission n'était nullement assujettie à une telle obligation.

J'aborde comme premier facteur l'absence de lien étroit de causalité entre l'inconduite alléguée et le préjudice reproché. Comme je l'ai déjà souligné, le fait qu'un chef de police exerce une surveillance directe sur les membres de corps de police crée une certaine proximité entre lui et les Odhavji; la relation étroite entre la surveillance inadéquate du chef et l'omission subséquente des agents de collaborer avec l'UES établit un lien entre le chef et les personnes lésées par l'inconduite des agents. Le lien avec la commission se révèle cependant beaucoup plus atténué qu'avec le chef. Contrairement à ce dernier, la commission ne s'immisce pas directement dans les opérations quotidiennes des agents de police, voyant plutôt à la mise en œuvre de politiques générales et surveillant le rendement des divers chefs de police. Elle n'exerce aucune supervision à l'égard des membres de corps de police, mais elle supervise le chef (lequel, à son tour, supervise les membres du corps de police). Cette absence d'intervention dans les opérations quotidiennes du corps de police affaiblit considérablement le lien entre la commission et les membres du public lésés par l'inconduite policière.

Le second facteur qui distingue la commission du chef est l'absence d'obligation légale de veiller à ce que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. Rappelons que parmi les fonctions qui lui incombent expressément, le chef doit veiller à ce que les membres du corps de police se conforment au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*. En vertu du par. 31(1), la commission est chargée de la prestation de services policiers convenables

obligation to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the *Police Services Act*. The absence of such an obligation is consistent with the general tenor of s. 31(1), which provides the Board with a broad degree of discretion to determine the policies and procedures that are necessary to provide adequate and effective police services. A few enumerated exceptions aside, the Board is free to determine what objectives to pursue, and what policies to enact in pursuit of those objectives.

It is possible, I concede, that circumstances might arise in which the Board is required to address a particular problem in order to discharge its statutory obligation to provide adequate and effective police services. If there was evidence, for example, of a widespread problem in respect of the excessive use of force in the detention of visible minorities, the Board arguably is under a positive obligation to combat racism and the resultant use of excessive force. But as a general matter, courts should be loath to interfere with the Board's broad discretion to determine what objectives and priorities to pursue, or what policies to enact in pursuit of those objectives. Suffice it to say, the Board's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of its obligation to provide "adequate and effective" police services.

Considered against this backdrop, I conclude that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are not such that a duty of care to ensure that members of the police force cooperate with the SIU may rightly be imposed. The appeal against the Court of Appeal's decision to strike the action against the Board is dismissed.

(iii) *The Province*

As with the Board, the plaintiffs do not allege that the Province, through the Solicitor General, was under a private law obligation to ensure that

et efficaces, mais elle n'est pas expressément tenue de veiller à ce que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la *Loi sur les services policiers*. L'absence d'une telle obligation est compatible avec la teneur générale du par. 31(1), qui confère à la commission un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer les politiques et les procédures qui s'imposent pour la prestation de services policiers convenables et efficaces. À quelques exceptions près, il est loisible à la commission d'identifier les objectifs à atteindre et d'élaborer des politiques en conséquence.

Je reconnais que, pour s'acquitter de l'obligation légale qui lui incombe de fournir des services policiers convenables et efficaces, la commission doit parfois trouver une solution à un problème précis. Si, par exemple, la preuve attestait l'existence d'un problème répandu de recours à une force excessive dans la détention des minorités visibles, on pourrait soutenir que la commission est assujettie à une obligation positive de lutter contre le racisme et le recours à la force excessive qui en résulte. Cependant, les tribunaux devraient en règle générale répugner à s'immiscer dans l'exercice du large pouvoir discrétionnaire de la commission de déterminer les objectifs et les priorités à atteindre, ou les politiques à élaborer dans l'atteinte de ces objectifs. Qu'il suffise de dire que la décision de la commission de ne pas élaborer d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation relative à la prestation de services policiers « convenables et efficaces ».

C'est sur cette toile de fond que je conclus que les circonstances entourant le lien entre le demandeur et le défendeur ne sont pas de nature à commander à juste titre l'imposition d'une obligation de diligence consistant à veiller à ce que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. L'appel de la décision de la Cour d'appel de radier l'action contre la commission est rejeté.

(iii) *La province*

Comme dans le cas de la commission, les demandeurs n'allèguent pas que la province était tenue, par l'entremise du solliciteur général, à une obligation

66

67

68

the defendant officers in this appeal cooperated with the investigation into the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji. Rather, the basis of the action is that the Province breached a private law obligation to institute policies and training procedures for the purpose of ensuring that members of the force, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. Owing to the fact that my conclusions in respect of the action against the Province mirror my conclusions in respect of the action against the Board, the following analysis is fairly brief.

69

As above, I am not certain that it is reasonably foreseeable that the Solicitor General's decision not to institute further policies and training procedures in respect of s. 113(9) would cause the families of persons harmed by the police to suffer compensable psychiatric harm. This, however, is a matter that is properly addressed at trial. But even if it is reasonably foreseeable that the failure of the Solicitor General to institute further policies and training procedures in respect of s. 113(9) would cause the families of persons harmed by the police to suffer compensable psychiatric harm, there is insufficient proximity between the parties to conclude that the Province is under a private law obligation to ensure that members of the force comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*.

70

Like the Board, the Province is not directly involved in the day-to-day conduct of members of the police force. Whereas the Police Chief is in a direct supervisory relationship with members of the force, the Solicitor General's involvement in the conduct of police officers is limited to a general obligation to monitor boards and police forces to ensure that adequate and effective police services are provided and to develop and promote programs to enhance professional police practices, standards and training. Like the Board, the Province is very much in the background, perhaps even more so. The lack of any direct involvement in the day-to-day conduct of members of the force substantially weakens the nexus between the Province and the

de droit privé de veiller à ce que les agents défenseurs collaborent en l'espèce à l'enquête sur le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui. Ils invoquent plutôt, comme fondement de leur action, le manquement de la province à une obligation de droit privé de mettre en place des politiques et des procédures de formation en vue de s'assurer de la collaboration générale des membres du corps de police avec l'UES. Vu que mes conclusions quant à l'action intentée contre la commission valent tout autant pour l'action dirigée contre la province, l'analyse qui suit est assez brève.

Comme précédemment, j'hésite à dire qu'on pouvait raisonnablement prévoir que la décision du solliciteur général de ne pas instaurer d'autres politiques et procédures de formation au regard du par. 113(9) occasionnerait aux familles des personnes lésées par la police des problèmes psychiatriques ouvrant droit à indemnisation. Il s'agit toutefois là d'une question qu'il convient d'instruire au procès. Mais même s'il était raisonnablement prévisible que l'omission du solliciteur général de mettre en œuvre d'autres politiques et procédures de formation au regard du par. 113(9) causerait aux familles des personnes lésées par la police des problèmes psychiatriques pour lesquels ils pouvaient être indemnisés, il n'existe pas entre les parties une proximité suffisante pour conclure que la province est soumise à une obligation de droit privé de veiller au respect du par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers* par les membres du corps de police.

À l'instar de la commission, la province n'intervient pas directement dans les opérations quotidiennes des membres du corps de police. Alors que le chef de police exerce une surveillance directe sur les membres de son corps de police, l'intervention du solliciteur général dans les opérations des agents de police se limite à une obligation générale de surveiller les commissions de police et les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts et d'élaborer des programmes visant à accroître le caractère professionnel de la formation, des normes et des pratiques policières, et d'en faire la promotion. Comme la commission, la province joue un rôle très effacé, peut-être même davantage. L'absence d'intervention

plaintiffs. The Province simply is too far removed from the day-to-day conduct of members of the force to be under a private law obligation to ensure that members of the force cooperate with the SIU.

This lack of any direct involvement in the day-to-day conduct of police officers is compounded by the fact that the responsible minister is not under a statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. Under s. 3(2) of the *Police Services Act*, the Solicitor General is under a general duty to monitor police forces to ensure that adequate and effective police services are provided. It is not, however, under an obligation to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the *Police Services Act* and the needs of the community. Although I do not foreclose the possibility that s. 3(2) might give rise to a statutory obligation to address widespread or systemic misconduct of a particularly serious nature, the circumstances of this case do not give rise to such an obligation. The Solicitor General's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of his duty to ensure that the Board provides "adequate and effective" police services in the municipality.

For the above reasons, it is my conclusion that the Province does not owe to the plaintiffs a duty of care. Absent a more direct involvement in the day-to-day conduct of police officers or a statutory obligation to ensure that members of the force comply with s. 113(9), it would be improper to impose on the Province a private law obligation to ensure that members of the police force cooperate with the SIU. The appeal against the Court of Appeal's decision to strike the action against the Province is dismissed.

(3) Damages

The final factor to consider is the defendants' submission that the alleged injuries are non-compensable. Consequently, it is their submission

directe dans les opérations quotidiennes des membres du corps policier affaiblit considérablement le lien entre la province et les demandeurs. La province est tout simplement trop éloignée des opérations quotidiennes des membres du corps policier pour être assujettie à une obligation de droit privé de veiller à ce que ceux-ci collaborent avec l'UES.

À cette situation s'ajoute le fait qu'il n'incombe pas de par la loi au ministre responsable de s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES. Suivant le par. 3(2) de la *Loi sur les services policiers*, le solliciteur général a généralement pour fonction de surveiller les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts. Il n'a toutefois pas à s'assurer que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la *Loi sur les services policiers* et aux besoins de la collectivité. Bien que je n'exclue pas la possibilité que le par. 3(2) serve de fondement à une obligation légale de corriger une inconduite généralisée ou systémique particulièrement grave, les circonstances en l'espèce ne font pas naître une telle obligation. La décision du solliciteur général de ne pas mettre sur pied d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement de sa part à l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que la commission offre des services policiers « convenables et efficaces » dans la municipalité.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la province n'est pas tenue envers les demandeurs à une obligation de diligence. En l'absence d'une intervention plus directe dans les opérations quotidiennes des agents de police ou d'une obligation légale de veiller au respect du par. 113(9) par les membres de corps de police, il serait inopportun d'imposer à la province une obligation de droit privé de s'assurer que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. L'appel de la décision de la Cour d'appel de radier l'action intentée contre la province est rejeté.

(3) Domages-intérêts

Il faut considérer, comme dernier facteur, la prétention des défendeurs portant que les préjudices qui auraient été subis ne donnent pas ouverture à

71

72

73

that even if it is established that the defendants owed the plaintiffs a duty of care, it is still plain and obvious that the actions for negligence must fail.

74 As discussed in the context of the actions for misfeasance in a public office, courts have been cautious in protecting an individual's right to psychiatric well-being, but it is well established that compensation for psychiatric damages is available in instances in which the plaintiff suffers a "visible and provable illness" or "recognizable physical or psychopathological harm". At the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the defendant's negligence. Causation and the magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial.

D. *The Court of Appeal's Costs Award*

75 A final issue to consider is the Court of Appeal's decision to follow the usual rule that the successful party is entitled to costs. In the plaintiffs' submission, it was improper for the Court of Appeal to award costs to the defendant officers and the Province. By the consent of the parties, a "no-costs" order was made in respect of the actions against the Chief and the Board. The plaintiffs submit that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs.

76 Although circumstances might arise in which there are cogent arguments for departing from the normal cost rules, I have difficulty conceptualizing the plaintiffs in the present appeal as public interest litigants. In the plaintiffs' own submissions, there are typically two types of public interest litigants: (i) litigants who have no direct pecuniary or other material interest in the proceedings (e.g., a non-profit organization); and (ii) litigants who do have a pecuniary interest, but whose interest is modest in comparison to the cost of the proceedings. The plaintiffs in the present case do not fit into either

indemnisation. En conséquence, ils soutiennent que même s'ils étaient soumis à une obligation de diligence envers les demandeurs, les actions pour négligence sont, de manière évidente et manifeste, vouées à l'échec.

Comme nous l'avons vu s'agissant des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, les tribunaux sont prudents lorsqu'ils sont appelés à protéger le droit individuel à un certain bien-être mental; il est toutefois bien établi que le demandeur qui souffre d'une « maladie visible et prouvable » ou de « dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles » peut réclamer une indemnité pour problèmes psychiatriques. Au stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que la négligence des défendeurs a été la cause de leurs souffrances morales, de leur colère, de leur dépression et de leur anxiété. Les questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront être tranchées au procès.

D. *L'adjudication des dépens par la Cour d'appel*

Il nous faut enfin examiner la décision de la Cour d'appel de suivre la règle usuelle selon laquelle la partie ayant obtenu gain de cause a droit aux dépens. Les demandeurs soutiennent qu'il était inapproprié pour la Cour d'appel d'octroyer les dépens aux agents défendeurs et à la province. Du consentement des parties, une ordonnance « sans frais » a été rendue pour les actions engagées contre le chef et la commission. Les demandeurs font valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens.

Quoiqu'on puisse invoquer dans certaines circonstances des arguments convaincants pour déroger aux règles normales en matière de dépens, je m'explique mal en quoi les demandeurs en l'espèce peuvent être parties à un litige d'intérêt public. Selon ce qu'ils allèguent, il existe généralement deux types de parties à un litige d'intérêt public : (i) celles qui n'ont aucun intérêt pécuniaire direct ou autre intérêt matériel dans l'instance (par ex., une organisation sans but lucratif); et (ii) celles qui n'ont pas d'intérêt pécuniaire, mais dont l'intérêt dans l'instance est peu considérable comparativement à

category — and thus do not fit their own definition of a public interest litigant. Indeed, it is difficult to regard a plaintiff who is seeking several millions of dollars in damages as a public interest litigant. The fact that the actions involve public authorities and raise issues of public interest is insufficient to alter the essential nature of the litigation.

Moreover, under rule 57.01(1) of the *Rules of Civil Procedure*, costs awarded in a proceeding are a matter of discretion for the court. Consequently, this Court should not interfere with a lower court's exercise of that discretion unless there is a clear and compelling reason for doing so. See for example *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. In the present case, there is no such basis on which to interfere with the Court of Appeal's decision to award costs in accordance with the usual rule that the successful party is entitled to costs.

V. Disposition

In the result, the appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions for misfeasance in a public office is allowed. The judgment of the Court of Appeal is set aside, and an order will issue striking the phrase "or ought to have known" from the amended statement of claim. The cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action in negligence in respect of the SIU investigation against the Chief to proceed is dismissed, as is the appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions in negligence in respect of the SIU investigation against the Board and the Province. Although success has been divided, the plaintiffs have achieved a significant success in respect of the actions against the defendant officers and the Chief. Accordingly, I would award costs to the plaintiffs in this Court.

Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed with costs.

son coût. Les demandeurs dans le présent pourvoi ne relèvent d'aucune de ces catégories — et ne sont pas visés par leur propre définition de ce qu'est une partie à un litige d'intérêt public. En fait, il est difficile de concevoir qu'un demandeur qui réclame plusieurs millions de dollars en dommages-intérêts puisse être partie à un litige d'intérêt public. Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et qu'elles soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige.

Qui plus est, en application du par. 57.01(1) des *Règles de procédure civile*, l'adjudication des dépens dans une instance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Par conséquent, à défaut de motif clair et impérieux, notre Cour ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de juridiction inférieure. Voir par exemple l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. En l'espèce, rien ne nous permet de modifier la décision de la Cour d'appel d'adjudger les dépens conformément à la règle usuelle voulant que la partie qui obtient gain de cause y a droit.

V. Dispositif

En définitive, l'appel interjeté contre la décision de la Cour d'appel de radier les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique est accueilli. Le jugement de la Cour d'appel est annulé et une ordonnance sera rendue portant radiation de l'expression « ou devaient savoir » de la déclaration modifiée. Le pourvoi incident visant la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence intentée contre le chef relativement à l'enquête de l'UES est rejeté, tout comme l'appel de la décision de la Cour d'appel de radier les actions pour négligence dirigées contre la commission et la province relativement à l'enquête de l'UES. Quoiqu'il y ait eu gain de cause partagé, les demandeurs ont connu un succès important en ce qui concerne les actions contre les agents défendeurs et le chef. Je suis donc d'avis d'adjudger les dépens en faveur des demandeurs devant notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté avec dépens.

77

78

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Falconer Charney Macklin, Toronto.

Solicitors for the respondents Woodhouse and Gerrits: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal the Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby and the respondent the Metropolitan Toronto Police Services Board: City of Toronto, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitor for the intervener the Mental Health Legal Committee: Suzan E. Fraser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongfully Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Innocence Project of Osgoode Hall Law School: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs des appelants/intimés dans le pourvoi incident : Falconer Charney Macklin, Toronto.

Procureurs des intimés Woodhouse et Gerrits : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant dans le pourvoi incident David Boothby, chef de police de la communauté urbaine de Toronto, et l'intimée la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureur de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Suzan E. Fraser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongfully Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Innocence Project of Osgoode Hall Law School : Ruby & Edwardh, Toronto.