

Laura Norberg *Appellant*

v.

Morris Wynrib *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

INDEXED AS: NORBERG v. WYNRIB

File No.: 21924.

1991: June 19; 1992: June 18*.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson** JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Battery — Defences — Consent — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether patient's consent a defence to battery — Whether action barred by reason of illegality or immorality — Determination of damages.

Contracts — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether breach of contract.

Trusts — Fiduciary duty — Doctor-patient relationship — Patient addicted to prescription drug — Doctor suggesting sex-for-drugs arrangement — Patient acquiescing to obtain drugs — Whether fiduciary relationship — If so, whether breach of relationship.

Appellant became addicted to pain killers, and to one addictive drug in particular. She obtained the drugs from various doctors and from her sister. Eventually she

* An application for a re-hearing on the issue of interest was allowed, [1992] 2 S.C.R. 318.

** Stevenson J. took no part in the judgment.

Laura Norberg *Appelante*

c.

^a **Morris Wynrib** *Intimé*

et

^b **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: NORBERG c. WYNRIB

^c N° du greffe: 21924.

1991: 19 juin; 1992: 18 juin*.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson**.

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^e *Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Moyens de défense — Consentement — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Le consentement de la patiente constitue-t-il un moyen de défense opposable à des voies de fait? — Y a-t-il absence de droit d'action pour cause d'illégalité ou d'immoralité? — Détermination des dommages-intérêts.*

^g *Contrats — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il eu inexécution de contrat?*

^h *Fiducies — Obligation fiduciaire — Relation entre un médecin et sa patiente — Patiente pharmacodépendante — Médecin proposant l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments — Consentement de la patiente afin d'obtenir des médicaments — Y a-t-il rapport fiduciaire? — Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation de ce rapport?*

L'appelante a développé une dépendance aux analgésiques et, en particulier, à un médicament qui engendre un état de dépendance. Elle a obtenu les médicaments de

* Une demande de nouvelle audition portant sur la question des intérêts a été accueillie, [1992] 2 R.C.S. 318.

** Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

began seeing the respondent, an elderly medical practitioner and, using several pretexts, obtained prescriptions for pain killers from him. At some point during this period, respondent confronted appellant about her drug usage and she admitted that she was addicted. He then made suggestions of a sexual nature by pointing upstairs where his apartment was located. Appellant then obtained the drug from other doctors but, when they reduced her supply, sought out respondent and gave in to his demands. Several instances of fondling and simulated intercourse occurred over the course of more than a year. After a time, appellant told respondent that she needed help with her addiction. Respondent advised appellant to "just quit". Appellant became the subject of a criminal investigation and respondent ceased giving her prescriptions but continued to give her pills after her visits upstairs. After being charged with "double doctoring" — obtaining narcotic prescription drugs from a doctor without disclosing particulars of prescriptions from other doctors — appellant went to a rehabilitation centre on her own initiative.

Appellant sought general and punitive damages against the respondent on the grounds of sexual assault, negligence, breach of fiduciary duty and breach of contract. At trial, appellant admitted that respondent did not at any time use physical force. She also testified that he did things for her, that she "played" on the fact that he liked her and that she knew throughout the relationship that he was lonely. The action was dismissed at trial and on appeal.

At issue here was whether appellant should be allowed to recover damages.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The sexual assault alleged here fell under the tort of battery — the intentional infliction of unlawful force on another person. One defence to this tort is consent, express or implied. It has long been held that consent will be vitiated where it is obtained by force or threat of force, by fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct, or where it is given under the influence of drugs. The vitiating factors, however, are not limited to these. The concept of consent as it operates in tort law is based

divers médecins et de sa sœur. Finalement, elle a commencé à consulter l'intimé, un médecin âgé, et recourant à plusieurs prétextes, elle a obtenu de lui des ordonnances d'analgésiques. Au bout d'un certain temps, l'intimé a questionné l'appelante au sujet de sa consommation de médicaments et elle lui a avoué sa dépendance. Il a alors fait des allusions de nature sexuelle en pointant du doigt l'étage supérieur du cabinet, là où il habitait. L'appelante a obtenu les médicaments d'autres médecins, mais lorsqu'ils ont diminué son approvisionnement, elle est retournée consulter l'intimé et a accédé à ses demandes. Il y a eu plusieurs épisodes de caresses et de rapports sexuels simulés au cours d'une période de plus d'un an. À un moment donné au cours de cette période, l'appelante a dit à l'intimé qu'elle avait besoin d'aide pour surmonter sa dépendance. L'intimé lui a conseillé de «simplement s'arrêter». L'appelante a fait l'objet d'une enquête criminelle et l'intimé a cessé de lui délivrer des ordonnances, mais il a continué de lui donner des comprimés après ses visites à l'étage supérieur. Après avoir été accusée d'obtention d'ordonnances multiples, une infraction consistant à se faire délivrer par un médecin une ordonnance de stupéfiants sans lui divulguer les détails des ordonnances délivrées par d'autres médecins, l'appelante s'est rendue de son propre chef dans un centre de réadaptation.

L'appelante a demandé que l'intimé soit condamné à verser des dommages-intérêts généraux et des dommages-intérêts punitifs pour agression sexuelle, négligence, manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat. Au procès, elle a reconnu que l'intimé n'avait en aucun temps employé la force physique. Elle a également témoigné qu'il avait fait des choses pour elle, qu'elle avait «misé» sur le fait qu'elle lui plaisait et que, pendant toute la durée de leur relation, elle savait qu'il se sentait seul. L'action a été rejetée en première instance et en appel.

Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si l'appelante peut obtenir des dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Gonthier et Cory: L'agression sexuelle qui aurait été commise en l'espèce constitue un délit de voies de fait, lequel consiste à recourir délibérément à une force illégale contre une autre personne. Le consentement exprès ou implicite peut être opposé comme moyen de défense à ce délit. On juge depuis longtemps que le consentement est entaché de nullité s'il est obtenu grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, par la fraude ou la supercherie quant à la nature de la conduite du défendeur, ou

on a presumption of individual autonomy and free will. In some circumstances, a position of relative weakness can interfere with the freedom of a person's will. Accordingly, our notion of consent must involve an appreciation of the power relationship between the parties.

In certain circumstances, consent will be considered to be legally ineffective if it can be shown that there was such a disparity in the relative positions of the parties that the weaker party was not in a position to choose freely. Ordinarily, a special "power dependency" relationship will be required. The existence of one of these special relationships, however, is not necessarily determinative of an overwhelming power imbalance. The factual context of each case must be evaluated to determine if there has been legally effective consent. The doctrine of unconscionability used to address the issue of voluntariness in contract law provides insight into the issue of consent in tort law which, to be genuine, must be voluntary.

In "power dependency" relationships, a two-step process is involved in determining whether or not there has been legally effective consent to a sexual assault. An inequality between the parties must first be proved, and then exploitation. A consideration of the type of relationship at issue may provide a strong indication of exploitation. Community standards of conduct may also be of some assistance.

There was a marked inequality in the respective powers of the parties here. The appellant was addicted to the heavy use of tranquilizers and pain killers. Her drug dependence placed her in a vulnerable position and diminished her ability to make a real choice.

An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship. The respondent's medical knowledge and knowledge of the appellant's addiction, combined with his authority to prescribe drugs, gave him power over her. The second step of exploitation was also satisfied. The respondent abused his power over the appellant and exploited the information he obtained concerning her weakness to pursue his own personal interests. The sex-for-drugs relationship

encore s'il est donné par une personne sous l'effet de stupéfiants. Cependant, ce ne sont pas là les seuls facteurs qui rendent nul le consentement. En matière de responsabilité délictuelle, la notion de consentement se fonde sur une présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre. Une situation de faiblesse relative peut parfois limiter le libre arbitre d'une personne. Notre notion de consentement doit donc comporter une appréciation du rapport de force entre les parties.

Dans certaines circonstances, le consentement sera considéré comme sans effet en droit s'il peut être prouvé qu'il existait une telle disparité dans la situation relative des parties que la partie plus faible n'était pas en mesure de choisir librement. Ordinairement, un rapport «de force et de dépendance» spécial sera nécessaire. Toutefois, l'existence de l'un de ces rapports spéciaux n'est pas nécessairement déterminante quant à l'existence d'une inégalité écrasante du rapport de force. Il faut évaluer les faits de chaque cas pour déterminer si un consentement efficace sur le plan juridique a été donné. Le principe de l'iniquité dont on se sert pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats nous permet de comprendre la question du consentement en matière délictuelle qui, pour être véritable, doit avoir été donné volontairement.

Dans les rapports «de force et de dépendance», on a recours à un processus à deux étapes pour déterminer si un consentement efficace sur le plan juridique a été donné à une agression sexuelle. Il faut d'abord prouver l'inégalité des parties et ensuite l'existence d'une exploitation. L'examen du genre de relation en cause peut indiquer fortement qu'il y a exploitation. Les normes sociales de conduite peuvent également avoir une certaine utilité.

Il y avait, en l'espèce, une inégalité marquée du rapport de force entre les parties. L'appelante était une consommatrice invétérée de calmants et d'analgésiques. Sa pharmacodépendance la rendait vulnérable et limitait sa capacité d'exercer un véritable choix.

L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient. Les connaissances médicales de l'intimé et le fait que ce dernier était au courant de la dépendance de l'appelante, conjugués à son pouvoir de prescrire des médicaments, sont à l'origine de l'empire qu'il exerçait sur elle. La deuxième condition, celle qu'il y ait eu exploitation, est également remplie. L'intimé a abusé du pouvoir qu'il exerçait sur l'appelante et profité des renseignements qu'il avait obtenus au sujet de sa faiblesse pour servir ses intérêts personnels. L'échange de faveurs sexuelles contre des

was markedly divergent from what the community would consider acceptable.

Respondent's assertions of compassion and interest in appellant's well-being did not square with his flagrant disregard for her need for treatment. If he were truly interested in her well-being, he would have helped her overcome her addiction. The argument that appellant took advantage of an old and lonely doctor would have had more credence had appellant initiated the sex-for-drugs arrangement.

The principle of *ex turpi causa non oritur actio* did not apply so as to bar the appellant's recovery for damages. To apply this doctrine would be to deny the appellant's claim on the same basis that she succeeded in the tort action: because she acted out of her desperation for the addictive drug. Public policy would not countenance giving to the appellant with one hand and then taking away with the other. The offence of "double-doctoring" was irrelevant here because no causative link existed between the injury and the crime. The appellant, if she had been relying on the respondent alone for her drug supply rather than "double-doctoring", would have suffered the same harm.

The tort of battery is actionable without proof of damage and liability is not confined to foreseeable consequences. Aggravated damages, where general damages are assessed taking into account any aggravating features of the case, may be awarded if the battery has occurred in humiliating or undignified circumstances. These must be distinguished from punitive or exemplary damages which are awarded to punish the defendant and make an example of him or her to deter others from committing the same tort. Here the appellant was entitled to aggravated damages for the indignity of the sexual assault. Respondent's conduct merited condemnation by the court. Although not harsh, vindictive or malicious, it was nevertheless reprehensible and it offended the ordinary standards of decent conduct in the community. Further, the exchange of drugs for sex by a doctor in a position of power is conduct that cries out for deterrence and an award of punitive damages was accordingly appropriate.

médicaments est une relation fort divergente de ce que la société jugerait acceptable.

Les affirmations de l'intimé voulant qu'il ait démontré de la compassion et de l'intérêt pour le bien-être de l'appelante sont incompatibles avec son mépris flagrant du besoin de l'appelante d'être traitée. Si le bien-être de l'appelante lui avait vraiment tenu à cœur, il l'aurait aidée à surmonter sa dépendance. L'argument selon lequel l'appelante a profité de la solitude d'un médecin âgé aurait été plus crédible si c'était elle qui avait été l'instigatrice de l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments.

Le principe *ex turpi causa non oritur actio* n'a pas pour effet d'empêcher l'appelante de réclamer des dommages-intérêts. L'application de ce principe reviendrait à rejeter la demande de l'appelante pour la même raison qu'elle a eu gain de cause dans l'action délictuelle, c'est-à-dire parce qu'elle a agi sous l'empire de son besoin désespéré du médicament qui engendre une dépendance. L'ordre public ne saurait permettre que l'on donne d'une main à l'appelante pour ensuite lui retirer de l'autre ce qu'on lui a donné. L'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples n'est pas pertinente en l'espèce parce qu'il n'y a aucun lien de causalité entre le préjudice subi et l'infraction commise. Si l'appelante n'avait compté que sur l'intimé pour se procurer des médicaments au lieu d'obtenir des ordonnances multiples, elle aurait subi le même préjudice.

Le délit de voies de fait confère un droit d'action sans qu'il ne soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice et la responsabilité n'est pas limitée aux conséquences prévisibles. Lorsque des dommages-intérêts généraux sont évalués en tenant compte des circonstances aggravantes de l'espèce, des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés si les voies de fait ont été commises dans des circonstances humiliantes ou portant atteinte à la dignité. Ces dommages-intérêts doivent être distingués des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires qui sont accordés pour punir le défendeur et pour en faire un exemple afin de dissuader d'autres personnes de commettre le même délit. L'appelante, en l'espèce, a droit à des dommages-intérêts majorés pour l'affront découlant de l'agression sexuelle. La conduite de l'intimé justifie sa condamnation par la cour. Même si elle n'était pas dure, vengeresse ou malicieuse, elle était néanmoins répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence. En outre, l'échange de médicaments contre des faveurs sexuelles, par un médecin en position de force, est une conduite qu'il faut à tout prix décourager et il convient donc d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The fiduciary duty which existed here was breached. The plaintiff was entitled to recover the appropriate damages at equity.

The doctor-patient relationship can be conceptualized as a creature of contract or of tort but its most fundamental characteristic, rooted in the trust inherent in the relationship, is its fiduciary nature. The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation when those obligations are breached, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party exercises power on behalf of another and pledges himself or herself to act in the best interests of the other. When breach occurs, the balance favours the person wronged.

A fiduciary relationship is marked by the following characteristics: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests; and (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. A physician owes his or her patient the classic duties associated with a fiduciary relationship — "loyalty, good faith, and avoidance of conflict of duty and self-interest".

That one party in a fiduciary relationship holds power over the other is not in and of itself wrong. Wrong occurs, however, if the risk inherent in entrusting the fiduciary with such power is realized and the fiduciary abuses the power entrusted to him or her.

A fiduciary duty arises because that power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way. Fiduciary duties are not confined to the exercise of power which can affect the legal interests of the beneficiary, but extend to the beneficiary's "vital non-legal or 'practical' interests". Fiduciary obligation is not confined to legal rights such as confidentiality and conflict of interest and undue influence in the business sphere. Here, societal and personal interests which are vital and

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire qui existait en l'espèce. La demanderesse avait droit à des dommages-intérêts adéquats sur le fondement de l'*equity*.

^a La relation entre un médecin et son patient peut être assimilée à un contrat ou à la responsabilité délictuelle, mais sa caractéristique la plus fondamentale, qui découle de la confiance inhérente à la relation, est son caractère fiduciaire. L'obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l'obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, le droit recherche l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité en cas d'inobservation des obligations et préserver une liberté optimale pour les parties au rapport en question. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l'une des parties exerce un pouvoir au nom de l'autre et s'engage à agir dans le meilleur intérêt de celle-ci. En cas de manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée.

^e Le rapport fiduciaire se distingue par les caractéristiques suivantes: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire, (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire et (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. Le médecin a, envers son patient ou sa patiente, les obligations qui découlent traditionnellement du rapport fiduciaire, savoir «la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations».

^h Le fait que, dans un rapport fiduciaire, une personne ait un tel pouvoir vis-à-vis d'une autre n'est pas répréhensible en soi. La faute survient cependant lorsque se réalise le risque qui découle de l'attribution d'un tel pouvoir au fiduciaire et que ce dernier abuse du pouvoir dont il est investi.

^j Il y a obligation fiduciaire du fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire. Les obligations fiduciaires ne se limitent pas à l'exercice de pouvoir qui peut porter atteinte aux intérêts juridiques du bénéficiaire, mais elles s'étendent également à ses «intérêts vitaux non juridiques ou «pratiques»». L'obligation fiduciaire ne vise pas que les intérêts juridiques, comme le secret, les conflits d'intérêts et les pressions indues

substantial are being protected, and not what have been traditionally regarded as legal interests.

The third requirement is that of vulnerability. The beneficiary of a fiduciary relationship need not be *per se* vulnerable. It is only where there is a material discrepancy, in the circumstances of the relationship in question, between the power of one person and the vulnerability of the other that the fiduciary relationship is recognized by the law. Where the parties are on a relatively equal footing, contract and tort provide the appropriate analysis.

The doctrine applied notwithstanding a number of alleged conditions of defeasibility.

The short answer to the arguments based on wrongful conduct of the plaintiff is that she did nothing wrong in the context of this relationship. She was not a sinner, but a sick person, suffering from an addiction which proved to be uncontrollable in the absence of a professional drug rehabilitation program. The law might accuse the plaintiff of "double doctoring" and moralists might accuse her of licentiousness; but she did no wrong because not she but the doctor was responsible for this conduct. He had the power to cure her of her addiction, as her successful treatment after leaving his "care" demonstrated, but instead chose to use his power to keep her in her addicted state and to use her for his own sexual purposes. An application of the clean hands maxim here amounts to nothing more than "blaming the victim".

Treating this case on the basis of breach of fiduciary duty adds a great deal, besides perhaps a duty of confidence and non-disclosure, to an action in tort or contract. The scope of the fiduciary obligation is not narrowly confined to matters akin to the duty not to disclose confidential information. Fiduciary obligations "must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords", and the situation here is precisely one that is "truly in need of the special protection that equity affords". Given that the principles apply here to protect the plaintiff's interest in receiving medical care free of exploitation at the hands of her physician, the consequences are most significant. The defences based on the alleged fault of the plaintiff, so pressing in tort, may carry little weight when raised against the beneficiary of a fiduciary relationship.

dans le domaine commercial. En l'espèce, les intérêts sociaux et personnels qui sont vitaux et importants sont protégés, mais non pas ce qui est considéré traditionnellement comme des intérêts juridiques.

^a La troisième exigence est liée à la vulnérabilité. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire d'un rapport fiduciaire soit vulnérable en soi. Ce n'est qu'en cas de déséquilibre important, tenant aux circonstances du rapport en cause, entre le pouvoir de l'un et la vulnérabilité de l'autre, que l'existence d'un rapport fiduciaire est reconnue en droit. Lorsque les parties sont relativement égales, le droit des contrats et le droit de la responsabilité délictuelle s'appliquent.

^b Le principe s'applique malgré l'existence d'un certain nombre de prétendus motifs qui s'y opposent.

^c La réponse à ces arguments fondés sur les actes fautifs de la demanderesse est que celle-ci n'a commis aucune faute dans le cadre de la relation établie. Il ne s'agissait pas d'une pécheresse, mais d'une personne malade, souffrant d'une dépendance qu'elle ne pouvait surmonter sans recourir à un programme structuré de désintoxication. On pourrait reprocher à la demanderesse, du point de vue juridique, d'avoir obtenu des ordonnances multiples et, du point de vue moral, d'avoir agi de manière licencieuse. Elle n'a cependant commis aucune faute, puisque c'est le médecin, et non elle, qui était responsable de cette conduite. Il avait le pouvoir de la guérir de sa dépendance, comme l'a prouvé le traitement fructueux suivi après qu'eurent cessé ses «soins»; au lieu de cela, il a choisi d'exercer son pouvoir pour maintenir l'état de dépendance de sa patiente et se servir de celle-ci pour assouvir ses propres besoins sexuels. Appliquer la théorie des mains nettes équivaut en l'espèce à rien de plus que «blâmer la victime».

^d L'application, en l'espèce, du manquement à une obligation fiduciaire ajoute beaucoup, en plus peut-être d'une obligation de secret et de non-divulgence, par rapport à une action fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit des contrats. L'étendue de l'obligation fiduciaire ne se limite pas étroitement à l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels. «On ne doit avoir recours [à l'obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire», et les circonstances de la présente affaire constituent justement une situation «où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». Étant donné que ces principes s'appliquent ici pour protéger le droit de la demanderesse d'obtenir des soins médicaux à l'exclusion de toute exploitation par son médecin, il en résulte

Equity has always held trustees strictly accountable in a way the tort of negligence and contract have not. Foreseeability of loss is not a factor in equitable damages. Certain defences, such as mitigation, may not apply.

Viewing the relationship at issue here as fiduciary will not open the floodgates to unfounded claims based on the abuse of real or perceived inequality of power. The ambit of the fiduciary obligation must be defined in a way that encompasses meritorious claims while excluding those without merit. The prospect of the law's recognizing meritorious claims by the powerless and exploited against the powerful and exploitive should not alone serve as a reason for denying just claims.

Damages should be assessed according to the principles which generally govern damages for breach of fiduciary duty, keeping in mind that the remedy awarded need not be confined to that given in previous situations if the requirements of fairness and justice demand more, and that reference to the principles of assessment in contract and tort may be of assistance in so far as they are relevant. The goal of equity is to restore the plaintiff as fully as possible to the position he or she would have been in had the equitable breach not occurred. Where the traditional equitable remedies of restitution and account are not available, equity awards compensation in their stead. In awarding damages the same generous, restorative remedial approach, which stems from the nature of the obligation in equity, applies. The fiduciary, being the person with the advantage of power, assumes full responsibility and cannot be heard to complain that the victim of his or her abuse cooperated in his or her defalcation or failed to take reasonable care for his or her own interests.

Punitive damages were appropriate here.

Per Sopinka J.: Consent, either express or implied by conduct, is a defence to a claim of battery. Consent must be genuine and cannot be obtained by force, duress, or fraud or deceit as to the nature of the defendant's con-

des conséquences des plus importantes. Les moyens de défense fondés sur le prétendu comportement fautif de la demanderesse, qui revêtent une grande importance en responsabilité délictuelle, peuvent n'avoir que peu d'incidence lorsqu'ils sont opposés au bénéficiaire dans des rapports fiduciaires. Contrairement au droit applicable en matière de négligence et au droit des contrats, l'*equity* a toujours imputé une responsabilité plus stricte au fiduciaire. La prévisibilité de la perte n'est pas un facteur pertinent dans l'octroi de dommages-intérêts en *equity*. Certains moyens de défense, comme la limitation du dommage, ne peuvent s'appliquer.

Le fait de qualifier de fiduciaire le rapport en cause en l'espèce ne suscitera pas une avalanche de demandes non fondées concernant des abus de pouvoir découlant d'une inégalité réelle ou perçue comme telle. Il faut déterminer la portée de l'obligation fiduciaire de manière à inclure les demandes fondées et à exclure les demandes non fondées. La possibilité que le droit reconnaisse des demandes fondées formulées par les faibles et les exploités contre les puissants et les exploités ne devrait pas justifier, à elle seule, le rejet de demandes justes.

Il y a lieu d'évaluer les dommages-intérêts selon les principes applicables habituellement aux cas de manquement à une obligation fiduciaire, tout en gardant à l'esprit que la réparation accordée ne se limite pas nécessairement à ce qui a été accordé dans d'autres affaires lorsque l'équité et la justice exigent davantage, et que l'application des principes d'évaluation en matière contractuelle et délictuelle dépend de leur pertinence. L'*equity* vise à remettre, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé, n'eût été le manquement à cette obligation. Lorsque les redressements traditionnels, en *equity*, de la restitution et de la reddition de compte ne peuvent pas être accordés, l'*equity* commande l'indemnisation. Aux fins de l'octroi de dommages-intérêts, il convient d'appliquer la même approche généreuse et compensatrice qui découle de la nature même de l'obligation en *equity*. La personne qui a l'avantage du pouvoir, le fiduciaire, assume l'entière responsabilité et ne peut faire valoir que la victime a collaboré au détournement ou a omis de protéger adéquatement ses propres intérêts.

Il convient, en l'espèce, d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

Le juge Sopinka: Le consentement exprès ou implicite qui découle de la conduite constitue un moyen de défense contre une allégation de voies de fait. Ce consentement doit être véritable et ne peut pas être obtenu

duct, or under the influence of drugs. The factors relating to consent must be applied on a case-by-case basis rather than by the establishment of categories of individuals or relationships where apparent consent will never or rarely be considered valid. Certain relationships, particularly those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence, may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent.

The sexual contact, although clearly against appellant's wishes, was not without her consent. Her addiction, while it clearly inspired her willingness to engage in sexual activity, did not interfere with her ability to reason or her capacity to consent to the sexual activity which took place. The doctor did not exercise such control or authority that her submission could not be considered genuine consent. Indeed, appellant admitted to playing on respondent's loneliness. There is no basis on which to set aside the conclusion of the courts below on the issue of consent.

There is a fundamental difference between the issue of consent in tort law and the doctrine of unconscionability. The weight of academic and judicial opinion is that the doctrine of unconscionability operates to set aside transactions even though there may have been consent or agreement to the terms of the bargain. It is not that this doctrine vitiates consent; rather fairness requires that the transaction be set aside notwithstanding consent. The doctrine of unconscionability and the related principle of inequality of bargaining power are still evolving and are not yet completely settled areas of contract law. Importing the principles of unconscionability into the context of a battery claim has the potential to obscure the real question of whether, in all the circumstances, the plaintiff actually consented to the touching which constituted the alleged battery. The facts of this case are more accurately reflected by acknowledging that the appellant consented to the sexual contact and by considering the respondent's conduct in light of his professional duty towards the appellant.

par la force, par la contrainte ou par la fraude ou la tromperie quant à la nature de la conduite du défendeur, ni être donné sous l'influence de drogues. Les facteurs relatifs au consentement doivent être appliqués dans chaque cas en particulier plutôt que par la création de catégories de personnes ou de relations à l'égard desquelles le consentement apparent ne sera jamais considéré comme valide ou le sera rarement. Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement.

Bien qu'il soit clair que l'appelante ne désirait pas ces contacts sexuels, ceux-ci n'ont pas eu lieu sans son consentement. Bien que sa dépendance ait de toute évidence motivé son acceptation de s'adonner à des activités sexuelles, elle n'a pas porté atteinte à sa capacité de raisonner ou à sa capacité de consentir à l'activité sexuelle qui a eu lieu. Le médecin n'a pas exercé un contrôle ou une influence sur elle au point qu'il n'était pas possible de considérer sa soumission comme un consentement véritable. En fait, l'appelante a reconnu avoir misé sur la solitude de l'intimé. Il n'y a aucun motif de rejeter la conclusion des tribunaux d'instance inférieure relativement à la question du consentement.

Il existe une différence fondamentale entre la question du consentement en matière de responsabilité délictuelle et le principe de l'iniquité. Il ressort de façon prépondérante de la doctrine et de la jurisprudence que le principe de l'iniquité s'applique pour annuler des opérations même s'il a pu y avoir consentement ou entente à l'égard des modalités du marché. Ce n'est pas que ce principe vicie le consentement mais plutôt que l'équité exige que l'opération soit annulée nonobstant le consentement. Le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation continuent d'évoluer et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi. Le fait d'introduire les principes de l'iniquité dans le contexte d'une allégation de voies de fait est susceptible de dissimuler la véritable question qui est de savoir si, dans toutes les circonstances, la demanderesse a réellement consenti aux attouchements qui constituent les voies de fait alléguées. Cela peut détourner l'attention des faits d'une affaire en particulier vers une position catégorique et attirer l'attention sur les questions qui ne se rapportent pas au consentement. Il est plus conforme aux faits de l'espèce de reconnaître que l'appelante a consenti aux contacts sexuels et d'examiner la conduite de l'intimé en tenant compte de son obligation professionnelle envers l'appelante.

Respondent's professional duty arose out of the doctor-patient relationship which is essentially based in contract. Breach, however, can be subject to action in either contract or tort. While certain obligations that arise from a doctor-patient relationship are fiduciary in nature, other obligations are contractual or based on the neighbourhood principle which underlies the law of negligence. Fiduciary duties should not be superimposed on common law duties. Whether the appellant relies on contract or negligence, the duty to treat was not vacated by consent. The abandonment of the contractual relationship between the parties required their mutual consent supported by consideration. The doctor-patient relationship here, notwithstanding any relationship independent of it, continued and was not abandoned. Neither the parties nor the medical community had any reason to believe that the parties had mutually abandoned their contract. Even if the contract were ended, the duty subsisted independently and formed the basis of the action in tort.

The plaintiff's consent to the defendant's conduct did not excuse the defendant from the obligations of his duty. He owed a professional responsibility both to the plaintiff and to the state not to mistreat her in a medical way by extending her period of addiction without proper treatment regardless of her wishes. Absent a clear statement by the respondent to the appellant that he was no longer treating her as her physician and an unequivocal consent to the cessation of treatment, the duty to treat the appellant continued until she attended at the rehabilitation centre on her own initiative and was treated.

The appellant's claim was not barred by *ex turpi*. Its application to defeat a tort action has been rare. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance.

The sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant. Punitive damages, however, should not be awarded because the basis of liability is the breach of

L'obligation professionnelle de l'intimé découlait de la relation médecin-patient qui est essentiellement fondée sur un contrat. Toutefois, le manquement à cette obligation peut faire l'objet d'une action fondée sur le contrat ou sur la négligence. Bien que certaines obligations qui découlent d'une relation médecin-patient soient de nature fiduciaire, d'autres obligations sont contractuelles ou fondées sur le principe du prochain qui constitue le fondement du droit en matière de négligence. Les obligations fiduciaires ne devraient pas être superposées à des obligations de common law. Que l'appelante se fonde sur le contrat ou la négligence, l'obligation de traiter n'a pas été annulée par consentement. L'abandon de la relation contractuelle entre les parties exigeait leur consentement mutuel moyennant contrepartie. La relation en l'espèce entre le médecin et sa patiente, nonobstant l'existence de toute relation indépendante de celle-ci, s'est poursuivie et n'a pas été abandonnée. Ni les parties, ni le milieu médical n'avaient de raisons de croire qu'ils avaient mutuellement abandonné leur contrat. Même si le contrat avait été résilié, l'obligation subsistait indépendamment et constituait le fondement de l'action en responsabilité délictuelle.

Le fait que la demanderesse ait consenti à la conduite du défendeur ne le relevait pas des exigences qui découlent de cette obligation. Il avait envers la demanderesse et l'État la responsabilité professionnelle de ne pas lui donner de mauvais traitements médicaux en prolongeant sa période de dépendance sans lui prodiguer de traitement convenable, nonobstant ce qu'elle souhaitait. En l'absence d'une déclaration claire de l'intimé à l'appelante qu'il ne la traitait désormais plus à titre de médecin et d'un consentement non équivoque à la cessation du traitement, l'obligation de traiter l'appelante s'est poursuivie jusqu'à ce qu'elle se rende au centre de désintoxication de son propre gré et qu'elle y soit traitée.

La maxime *ex turpi* ne fait pas obstacle à la demande de l'appelante. Il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre.

Il y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante. Il ne devrait pas cependant être accordé de dommages-intérêts punitifs car la responsabilité est fondée sur le manquement à l'obligation professionnelle. Bien que les épisodes

professional duty. While the sexual episodes are an element of damage, they are not the basis of liability.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (QL Systems); *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; **referred to:** *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Black v. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *N. (J.L.) v. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *Glendale v. Drozdzik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839; *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604.

By McLachlin J.

Considered: *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; **referred to:** *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710; *Mazza v. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983); *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604; *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (QL Systems); *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663.

By Sopinka J.

Referred to: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Morrow v. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87; *Cowan v. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *Freeman v. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036; *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977),

sexuels représentent un élément du préjudice, ils ne constituent pas le fondement de la responsabilité.

Jurisprudence

^a Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (QL Systems); *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; **arrêts mentionnés:** *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *R. c. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10; *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166; *Black c. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192; *Ciment Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *N. (J.L.) c. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *Glendale c. Drozdzik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839; *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604.

^e Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; **arrêts mentionnés:** *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Reading c. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *College of Physicians and Surgeons of Ontario c. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710; *Mazza c. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983); *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604; *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (QL Systems); *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Morrow c. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87; *Cowan c. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *Freeman c. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036; *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710; *Davidson c. Three Spruces*

79 D.L.R. (3d) 481; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337; *Hegarty v. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(1), (2), (3)(a), (b), (c), (d), 244(3).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3.1(1) [ad. 1985, c. 19, s. 198].

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.
 Boyle, Christine and David R. Percy. *Contracts: Cases and Commentaries*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Coleman, Phyllis. "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.
 College of Physicians and Surgeons of Ontario. Task Force on Sexual Abuse of Patients. *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*. Toronto: College of Physicians and Surgeons of Ontario, 1991.
 Cope, Malcolm. "The Review of Unconscionable Bargains in Equity" (1983), 57 *Aust. L.J.* 279.
 Dorland, William Alexander Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988.
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1988.
 Feldman-Summers, Shirley. "Sexual Contact in Fiduciary Relationships", in Glen O. Gabbard, ed. *Sexual Exploitation in Professional Relationships*. Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1989.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
Grand dictionnaire encyclopédique médical, vol. 1. Paris, 1986.
 Jorgenson, Linda and Rebecca M. Randles. "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.
 Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

Realty Ltd. (1977), 79 D.L.R. (3d) 481; *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337; *Hegarty c. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288.

Lois et règlements cités

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 3.1(1) [aj. 1985, ch. 19, art. 198].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3)(a), (b), (c), (d), 244(3).

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.
 Boyle, Christine and David R. Percy. *Contracts: Cases and Commentaries*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Coleman, Phyllis. «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95.
 College of Physicians and Surgeons of Ontario. Task Force on Sexual Abuse of Patients. *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*. Toronto: College of Physicians and Surgeons of Ontario, 1991.
 Cope, Malcolm. «The Review of Unconscionable Bargains in Equity» (1983), 57 *Aust. L.J.* 279.
 Dorland, William Alexander Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988.
 Ellis, Mark Vincent. *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1988.
 Feldman-Summers, Shirley. «Sexual Contact in Fiduciary Relationships», in Glen O. Gabbard, ed. *Sexual Exploitation in Professional Relationships*. Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1989.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Frankel, Tamar. «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
Grand dictionnaire encyclopédique médical, vol. 1. Paris, 1986.
 Jorgenson, Linda and Rebecca M. Randles. «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.
 Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.

Salmond, John William, Sir. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.

Waddams, S. M. "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369.

Waters, Donovan. "Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 37.

Wilford, Bonnie Baird. *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician*. Chicago: American Medical Association, 1981.

Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.

Salmond, John William, Sir. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.

Waddams, S. M. «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369.

Waters, Donovan. «Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions» (1986), 65 *R. du B. can.* 37.

Wilford, Bonnie Baird. *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician*. Chicago: American Medical Association, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, dismissing an appeal from a judgment of Oppal J. (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, dismissing the action. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47, 66 D.L.R. (4th) 553, [1990] 4 W.W.R. 193, qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre d'une décision du juge Oppal (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, 50 D.L.R. (4th) 167, [1988] 6 W.W.R. 305, 44 C.C.L.T. 184, qui avait rejeté l'action. Pourvoi accueilli.

J. J. Camp, Q.C., and *Patrick Foy*, for the appellant.

J. J. Camp, c.r., et *Patrick Foy*, pour l'appelante.

I. E. Epstein, for the respondent.

I. E. Epstein, pour l'intimé.

Victoria Gray, for the intervener.

Victoria Gray, pour l'intervenant.

The judgment of *La Forest*, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges *La Forest*, Gonthier et Cory rendu par

LA FOREST J.—This case concerns the civil liability of a doctor who gave drugs to a chemically dependent woman patient in exchange for sexual contact. The central issue is whether the defence of consent can be raised against the intentional tort of battery in such circumstances. The case also raises the issue whether the action is barred by reason of illegality or immorality.

LE JUGE LA FOREST—La présente affaire porte sur la responsabilité civile d'un médecin qui a fourni des médicaments à une patiente pharmacodépendante en échange de contacts sexuels. La question principale est de savoir si le consentement peut, en pareil cas, constituer un moyen de défense opposable au délit intentionnel des voies de fait (*battery*). Il s'agit également de déterminer s'il y a absence de droit d'action pour cause d'illégalité ou d'immoralité.

Facts

In 1978, the appellant, then a modestly educated young woman in her late teens, began to experience severe headaches and pains in her jaw. She

Les faits

En 1978, l'appelante, une jeune femme approchant alors la vingtaine et ayant peu d'instruction, a commencé à éprouver de violents maux de tête et

went to doctors and dentists but none of them could diagnose the cause of her excruciating pain. They prescribed various types of painkillers. However, the medication provided no relief. The headaches became worse. More and more medication was prescribed in increasing amounts and dosages. In addition to this medication, her sister, a drug addict, gave her Fiorinal, a painkiller drug. Finally in December 1978, a dentist diagnosed her difficulty as being related to an abscessed tooth. It was extracted and at last her pain was relieved.

But now the appellant had a new problem. She had a craving for painkillers. Her sister gave her more Fiorinal. In 1981, when she broke her ankle, she found a doctor who was willing to prescribe Fiorinal for her. She continued to obtain prescriptions from him until he retired. However, his replacement refused to give her more pills. She discussed the situation with her sister and in March 1982 she commenced to see Dr. Wynrib, an elderly medical practitioner in his seventies. She told him she was experiencing pain in the ankle she had broken in 1981 and asked for Fiorinal. He gave her the prescription. She kept going back to him using the ankle injury and other illnesses as a pretext for obtaining prescriptions. Her dependence on Fiorinal continued to increase as did her dependence on Dr. Wynrib. But the pretext could not continue. Later in 1982, Dr. Wynrib confronted the appellant. The appellant described this confrontation as follows:

I had gone into his office one day and I asked him—I asked him for a prescription of Fiorinal, and I remember that he sat back in his chair and he pulled out like the medical file and he looked at me and he asked me come on, Laura, why is the real reason you're taking the Fiorinal. I told him because it's for my back or my ankle, whatever it was that I had been asking him for,

de vives douleurs à la mâchoire. Elle a consulté médecins et dentistes, mais nul n'a pu déterminer la cause de la douleur atroce qu'elle éprouvait. On lui a néanmoins prescrit différents types d'analgésiques, mais ces médicaments ne lui ont procuré aucun soulagement. Les maux de tête ont empiré et une augmentation progressive de la quantité et de la posologie des médicaments prescrits s'est ensuivie. Outre ces médicaments, la sœur toxicomane de l'appelante lui a donné du Fiorinal, un analgésique. Finalement, en décembre 1978, un dentiste a établi un diagnostic selon lequel les problèmes de l'appelante étaient attribuables à un abcès dentaire. Il a procédé à l'extraction de la dent malade et la douleur a enfin disparu.

Or, l'appelante était désormais aux prises avec un nouveau problème. En effet, elle éprouvait un besoin impérieux de consommer des analgésiques. Sa sœur lui a donné d'autres comprimés de Fiorinal. En 1981, après s'être cassé la cheville, elle a trouvé un médecin qui était disposé à lui prescrire du Fiorinal. Elle a pu ainsi obtenir de lui des ordonnances jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite. Toutefois, son remplaçant a refusé de lui donner d'autres comprimés. Après avoir discuté de la situation avec sa sœur, en mars 1982, elle a commencé à consulter le Dr Wynrib, un praticien septuagénaire. Elle lui a dit que sa cheville cassée en 1981 la faisait souffrir et elle lui a demandé du Fiorinal. Le praticien lui a délivré l'ordonnance demandée. L'appelante a continué de le consulter prétextant la blessure à la cheville et d'autres maux afin d'obtenir de nouvelles ordonnances. Sa dépendance au Fiorinal a continué de s'accroître tout comme sa dépendance vis-à-vis du Dr Wynrib. Toutefois, ce manège ne pouvait durer indéfiniment. Plus tard, en 1982, le Dr Wynrib a sommé l'appelante de lui dire la vérité. Voici comment celle-ci décrit les propos qui ont alors été échangés:

[TRADUCTION] Un jour, je me suis rendue à son cabinet et je lui ai demandé—je lui ai demandé de me prescrire du Fiorinal et je me souviens qu'il s'est calé dans son fauteuil et qu'il a consulté ce qui m'a semblé être mon dossier médical. Puis il m'a regardée en me demandant de lui révéler quel était le véritable motif pour lequel je prenais du Fiorinal. Je lui ai dit que c'était pour mon dos

and he said—no he said. And he looked again over my file. He said you can't be taking them for this long and not be addicted to them. Why is the real reason. And I denied it again. I said it's for the pain. And he told me that if I didn't admit to him that I was addicted to the Fiorinal that he wouldn't give me any more prescriptions. And I remember that I had started crying and I had denied [sic] to him, and he had told me to leave the office. And I wouldn't leave the office and finally I admitted to him that I was addicted to the Fiorinal.

Dr. Wynrib responded by giving the appellant another prescription.

After the appellant admitted to Dr. Wynrib that she was addicted to Fiorinal, she testified that he told her that "if I was good to him he would be good to me" and he made suggestions by pointing upstairs where he lived above his office. The appellant recognized this for what it was and sought her drugs elsewhere. She managed to secure Fiorinal through other doctors and by buying them off the street. Her tolerance and dependence grew. Eventually the other doctors reduced her supply. She was, as she put it, desperate. Near the end of 1983 she went back to Dr. Wynrib because she knew he would give her Fiorinal. She gave in to his demands.

Initially the sexual encounters took place in the back examination room of his office. He kissed her and fondled her breasts. In time, he required her to meet him upstairs in his bedroom where he kept a bottle of Fiorinal in his dresser drawer beside the bed. She managed to stall him for awhile by asking for the Fiorinal first and then leaving after she obtained it. But this device did not work long. Dr. Wynrib told her that he would not give her the Fiorinal until she complied with his demands. The pattern was that he would tell her to undress and put the bottle of Fiorinal by his bed for her to see. Both parties would lie on the bed. Dr. Wynrib would kiss the appellant, touch her and then get on top of her. He would go through the motions of intercourse. There was no penetration, however,

ou ma cheville, selon ce que je lui avais dit auparavant, et il a rétorqué que ce n'était pas vrai. Puis, il a consulté à nouveau mon dossier. Il a dit que je ne pouvais en prendre depuis si longtemps sans avoir développé une dépendance à ce médicament. Il m'a demandé quel était le vrai motif. Et, à nouveau, j'ai nié l'existence d'un autre motif. Je lui ai dit que c'était pour la douleur. Ensuite, il m'a dit que si je ne lui avouais pas ma dépendance au Fiorinal, il ne me délivrerait plus d'ordonnances. Je me souviens avoir commencé à pleurer tout en continuant de nier, et il m'a dit de quitter son cabinet. J'y suis restée et, finalement, je lui ai avoué ma dépendance au Fiorinal.

Le Dr Wynrib a alors consenti à délivrer une autre ordonnance à l'appelante.

L'appelante a témoigné qu'après qu'elle lui eut avoué sa dépendance au Fiorinal, le Dr Wynrib lui a dit que [TRADUCTION] «si [elle] était [t] gentille avec lui, il serait gentil avec [elle]» et il a alors fait des allusions en pointant du doigt l'étage supérieur du cabinet, là où il habitait. Ayant bien saisi le message, l'appelante a cherché à s'approvisionner ailleurs. Elle a réussi à se procurer du Fiorinal auprès d'autres médecins et sur le marché noir. Sa tolérance et sa dépendance se sont accrues. Les autres médecins ont fini par diminuer son approvisionnement. Elle était, selon ses propres propos, désespérée. Vers la fin de 1983, elle est retournée au cabinet du Dr Wynrib parce qu'elle savait qu'il lui donnerait du Fiorinal. Elle a alors accédé à ses demandes.

Au début, les attouchements sexuels ont eu lieu dans la salle d'examen située à l'arrière du cabinet du médecin. Il l'embrassait et lui caressait les seins. Puis, il lui a demandé d'aller l'attendre dans sa chambre à coucher, à l'étage supérieur, où il conservait un flacon de Fiorinal dans le tiroir de sa commode, à côté du lit. L'appelante a réussi à se défilier pendant un certain temps en demandant d'abord qu'il lui donne du Fiorinal, puis en quittant les lieux dès qu'elle l'avait obtenu. Mais ce stratagème n'a pas fonctionné longtemps. Le Dr Wynrib lui a dit qu'il ne lui donnerait le Fiorinal que lorsqu'elle aurait accédé à ses demandes. Suivant le scénario habituel, il lui demandait de se déshabiller et mettait le flacon de Fiorinal près du lit afin qu'elle le voie. Ils s'étendaient tous deux

because he could not sustain an erection. On at least one occasion, however, he penetrated her with his fingers. He would give her pills each time she visited him in his apartment. She then would go back to his office the next day and he would write out a prescription. When the encounters began, the appellant did not want to believe what was happening. She thought he would do it once and then stop. However, the appellant testified that these incidences of simulated intercourse occurred 10 or 12 times, up to the early part of 1985.

During this period, the appellant was obtaining Fiorinal from a number of other sources: other doctors, off the street and from her sister. In February 1985, she left her job. She became depressed and no longer had the money to buy the drugs she needed off the street. She told Dr. Wynrib that she needed help. Her evidence at trial was:

A. ... I remember telling him that I needed help, and he told me to just quit. He said just quit. I said I can't. The pills were on my mind all the time.

Q. Did he direct you anywhere else apart from telling you to quit, giving you advice?

A. No, no.

At some point in 1985, the appellant became the subject of a criminal investigation leading the RCMP to visit Dr. Wynrib in April 1985. After this visit, Dr. Wynrib told the appellant that he could no longer give her prescriptions in the office. However, he still gave her pills from the bottle in his dresser drawer when she visited him upstairs. Eventually, she was charged with the summary conviction offence of "double doctoring" under s. 3.1(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 198, i.e.,

sur le lit. Le Dr Wynrib embrassait l'appelante, la caressait puis se plaçait au-dessus d'elle. Il simulait alors le déroulement de rapports sexuels. Aucune pénétration n'avait lieu, car il ne pouvait maintenir une érection. Toutefois, à au moins une occasion, il a pénétré l'appelante au moyen de ses doigts. Il lui donnait des comprimés chaque fois qu'elle se rendait à son appartement. L'appelante se rendait à son cabinet le lendemain et il lui rédigeait alors une ordonnance. Au début de ces rencontres, l'appelante refusait de croire à ce qui se passait. Elle pensait qu'il le ferait une fois et que ce serait tout. Cependant, l'appelante, a témoigné que ces rapports sexuels simulés se sont produits à 10 ou 12 reprises, jusqu'au début de 1985.

Pendant cette période, l'appelante se procurait du Fiorinal auprès d'un certain nombre d'autres sources: d'autres médecins, le marché noir et sa sœur. En février 1985, elle a quitté son emploi. Elle est devenue dépressive et n'avait plus les moyens de se procurer sur le marché noir les médicaments dont elle avait besoin. Elle a alors dit au Dr Wynrib qu'elle avait besoin d'aide. Voici ce qui ressort de son témoignage au procès:

[TRADUCTION]

R. ... je me souviens de lui avoir dit que j'avais besoin d'aide, et il m'a répondu que je n'avais qu'à cesser d'en prendre. Il m'a dit de simplement arrêter. Je lui ai dit que je ne pouvais pas. Je pensais aux comprimés tout le temps.

Q. À part le fait de vous dire d'arrêter, vous a-t-il dit de vous adresser ailleurs ou vous a-t-il donné des conseils?

R. Non, non.

En 1985, l'appelante a fait l'objet d'une enquête criminelle qui a amené la GRC à rendre visite au Dr Wynrib en avril de la même année. Après cette visite, le Dr Wynrib a dit à l'appelante qu'il ne pourrait plus lui délivrer des ordonnances à son cabinet. Toutefois, il a continué de lui donner des comprimés à même le flacon qui se trouvait dans le tiroir de sa commode, lorsqu'elle le visitait à l'étage supérieur. L'appelante a fini par être accusée, en vertu de l'art. 3.1(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, mod. par L.C. (1985),

obtaining narcotic prescription drugs from a doctor without disclosing particulars of prescriptions from other doctors. In July 1985, she went to a rehabilitation centre for drug addicts on her own initiative. She left the centre after one month and has not taken any drugs for non-medical reasons since. In September 1985, the appellant pleaded guilty to the offences for which she was charged and received an absolute discharge.

At trial, the respondent did not testify. However, the appellant admitted that Dr. Wynrib did not at any time use physical force. She also testified that he did things for her such as giving her money as well as coffee and cookies. She agreed that she "played" on the fact that he liked her and that she knew throughout the relationship that he was lonely.

The appellant continues to attend Narcotics Anonymous and other similar programs. She has done volunteer work at the crisis and counselling centre in the area where she lives and has completed credits towards a social worker program. Her hope is to work in the area of drug rehabilitation. She daily thinks with shame and remorse about what happened with Dr. Wynrib. She returned to the rehabilitation centre for more treatment after her first child was born. She felt that she did not deserve to have a child because of what she had done with Dr. Wynrib. Her craving for drugs continues but she has learned to live without them.

Judicial History

Supreme Court of British Columbia (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240

At trial, the appellant sought general and punitive damages against the respondent on the

ch. 19, art. 198, d'avoir obtenu des ordonnances multiples, une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et consistant à se faire délivrer par un médecin une ordonnance de stupéfiants sans lui divulguer les détails des ordonnances délivrées par d'autres médecins. En juillet 1985, elle s'est rendue de son propre chef dans un centre de réadaptation pour toxicomanes. Elle en est repartie au bout d'un mois et n'a, depuis lors, pris aucun médicament à des fins non médicales. En septembre 1985, l'appelante a plaidé coupable à l'égard des infractions qui lui étaient reprochées et elle a obtenu une libération inconditionnelle.

Au procès, l'intimé n'a pas témoigné. Cependant, l'appelante a reconnu que le Dr Wynrib n'avait en aucun temps employé la force physique. Elle a également témoigné qu'il avait fait des choses pour elle comme lui donner de l'argent et lui servir du café et des biscuits. Elle a reconnu avoir «misé» sur le fait qu'elle lui plaisait et que, pendant toute la durée de leur relation, elle savait qu'il se sentait seul.

L'appelante continue de participer à des programmes conçus pour les toxicomanes, comme Narcotics Anonymous. Elle a fait du bénévolat au centre de consultation d'urgence du secteur où elle vit et elle a accumulé des crédits aux fins d'un programme d'études en travail social. Elle espère travailler dans le domaine de la réadaptation des toxicomanes. Elle éprouve quotidiennement de la honte et des remords au sujet de ce qui s'est produit avec le Dr Wynrib. Elle a dû retourner au centre de réadaptation après la naissance de son premier enfant, car elle se jugeait indigne d'être mère à cause de ce qu'elle avait fait avec le Dr Wynrib. Elle éprouve toujours un besoin impérieux de médicaments, mais elle a appris à s'en passer.

i Historique des procédures judiciaires

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240

Au procès, l'appelante a demandé que l'intimé soit condamné à verser des dommages-intérêts

grounds of sexual assault, negligence and breach of fiduciary duty.

The trial judge, Oppal J., rejected the appellant's claim of sexual assault holding that she had consented to it. At page 244, he stated:

By apparently voluntarily submitting to the doctor's advances on the various occasions, the plaintiff gave her implied consent to the sexual contact that constitutes the alleged battery. She obviously had deep misgivings about engaging in this conduct with the defendant. Clearly, she did not wish to do so. However, at no time did she express her feelings to the defendant that she did not wish to engage in sexual activities with him. In fact she went along with his demands.

Oppal J. recognized that for consent to be genuine, it must not be extorted by force or threats of force, or be obtained from an individual under the influence of drugs, but he held that these factors were not present in this case. The respondent did not exercise or threaten to use force, and there was no evidence that the appellant's addiction interfered with her capacity to consent to the sexual activity or with her ability to reason.

Oppal J. next considered the appellant's claim that the respondent was professionally negligent in continuing to prescribe Fiorinal to her. He held that the respondent's continued prescribing of Fiorinal to a known addict breached the standard of care required by law. However, since the appellant was not physically injured by this conduct, her action in negligence failed.

With respect to the appellant's claim that the respondent breached his fiduciary duty by engaging in sexual relations with her and by continuing to prescribe Fiorinal, Oppal J. held, at p. 246:

A relationship between a physician and a patient is one in which trust and confidence must be placed in the physician. Clearly, in the case at bar, the doctor breached a duty which was owed to his patient and, in

généraux et des dommages-intérêts punitifs pour agression sexuelle, négligence et manquement à une obligation fiduciaire.

^a Le juge Oppal, siégeant au procès, a débouté l'appelante de sa demande fondée sur l'agression sexuelle pour le motif qu'elle avait consenti aux rapports sexuels. Voici ce qu'il déclare, à la p. 244:

^b [TRADUCTION] En acquiesçant à maintes reprises, de son plein gré, semble-t-il, aux avances du médecin, la demanderesse a tacitement consenti aux contacts sexuels qui constituent les prétendues voies de fait. De toute évidence, elle avait de sérieuses réticences à s'adonner à de tels actes avec le défendeur. Manifestement, elle ne le souhaitait pas. Cependant, elle n'a jamais laissé savoir au défendeur qu'elle ne voulait pas avoir de rapports sexuels avec lui. En fait, elle a accédé à ses demandes.

^d Le juge Oppal a reconnu que, pour qu'il y ait véritablement consentement, celui-ci ne doit pas avoir été arraché grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, ni obtenu d'une personne sous l'effet de stupéfiants, mais il a statué que ces facteurs ne s'appliquaient pas en l'espèce. L'intimé n'a pas employé la force ni menacé de le faire, et rien ne prouvait que la dépendance de l'appelante avait nui à sa capacité de consentir aux rapports sexuels ou de raisonner.

^e Le juge Oppal a ensuite examiné la prétention de l'appelante que l'intimé avait fait preuve de négligence professionnelle en continuant de lui prescrire du Fiorinal. Il a conclu qu'en continuant de prescrire du Fiorinal à une toxicomane notoire, l'intimé avait violé la norme de diligence requise par la loi. Toutefois, comme la conduite de l'intimé n'a pas causé de lésions corporelles à l'appelante, il a rejeté l'action fondée sur la négligence.

^f Voici ce que statue le juge Oppal, à la p. 246, au sujet de la prétention de l'appelante que l'intimé a manqué à son obligation fiduciaire en ayant des rapports sexuels avec elle et en continuant de lui prescrire du Fiorinal:

[TRADUCTION] La relation entre un médecin et son patient est une relation dans laquelle le patient doit faire confiance au médecin. Il est manifeste, en l'espèce, que le médecin a manqué à une obligation qu'il avait envers

the ordinary course of events, she should be entitled to damages.

Oppal J., however, went on to find that the defence of *ex turpi causa non oritur actio* was available to the respondent. In this case, both parties voluntarily participated in an illicit relationship. Any injury the appellant sustained was a direct, natural consequence of her illegal and immoral acts.

The action was accordingly dismissed, and the appellant appealed to the Court of Appeal.

Court of Appeal (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47

The majority of the Court of Appeal, McEachern C.J. and Gibbs J.A., accepted, at p. 244, the trial judge's finding that the appellant "gave her implied consent to the sexual contact that constitutes the alleged battery" and that there was no evidence that her addiction to Fiorinal interfered with her capacity to consent to the sexual activity. It further agreed that the appellant was not at any time deprived of her ability to reason. In the majority's view, Oppal J. was correct in dismissing the appellant's sexual assault claim on the basis of consent.

The majority rejected, as well, the appellant's claim of breach of fiduciary duty. McEachern C.J. set forth his view in this way, at p. 52:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one.

With respect to the appellant's claim in negligence, McEachern C.J. noted that Oppal J. found that the respondent had breached his professional duty to the appellant. He agreed with this finding and further found that the physical harm done by the appellant's continued addiction was sufficient to support a cause of action. However, he held that

sa patiente et, normalement, celle-ci devrait avoir droit à des dommages-intérêts.

Le juge Oppal a ensuite conclu que l'intimé pouvait, en l'espèce, invoquer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*, les deux parties s'étant livrées de leur plein gré à des rapports illicites. Tout préjudice subi par l'appelante découlait directement et naturellement de ses actes illégaux et immoraux.

En conséquence, l'action a été rejetée et l'appelante a interjeté appel devant la Cour d'appel.

Cour d'appel (1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47

La Cour d'appel à la majorité (le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et le juge Gibbs) a accepté, à la p. 244, la conclusion du juge du procès que l'appelante [TRADUCTION] «a tacitement consenti aux contacts sexuels qui constituent les prétendues voies de fait» et qu'il n'était pas prouvé que sa dépendance au Fiorinal l'avait empêchée de consentir aux rapports sexuels. Elle a également convenu qu'à aucun moment l'appelante n'avait été privée de sa capacité de raisonner. Selon la majorité, c'est à bon droit que le juge Oppal a rejeté, pour cause de consentement, la demande de l'appelante fondée sur l'agression sexuelle.

La majorité a également rejeté la demande de l'appelante fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire. Voici comment s'exprime à ce sujet le juge en chef McEachern, à la p. 52:

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de le qualifier de manquement à une obligation fiduciaire.

En ce qui concerne la demande de l'appelante fondée sur la négligence, le juge en chef McEachern a fait remarquer que le juge Oppal a conclu que l'intimé avait manqué à son obligation professionnelle envers l'appelante. Reprenant cette conclusion à son compte, il a jugé par ailleurs que le préjudice physique causé par la dépendance pro-

the compensable period would only begin at the date the respondent became aware of her addiction, and damages would be reduced to account for the other drug sources and the appellant's own contributory negligence as a "knowing participant in her own misfortune".

At all events, the majority concluded that Oppal J. was correct in applying the principle *ex turpi causa non oritur actio* to bar the appellant's right to recover damages. McEachern C.J. stated, at p. 54:

In my view, the plaintiff and defendant in this case were both engaged in a joint or common criminal enterprise to traffic unlawfully in a prohibited drug at least from the end of 1983. Since I have already found that the plaintiff is nevertheless entitled to proper medical treatment from the defendant, this removes at least one branch from the *ex turpi* principle, that is that participants in a joint criminal activity do not owe a duty of care to each other.

That, however, does not exclude the other ground, namely that the court's assistance will not be furnished to a plaintiff who seeks damages for injuries resulting from illegal and immoral activity or out of an arrangement or transaction which had as one of its incidents an illegal or immoral consideration. The court, as Lord Mansfield said, will not lend its aid to such a plaintiff. In this case, of course, I rely far more heavily upon illegal than upon immoral conduct.

Locke J.A., dissenting, agreed with Oppal J. that the sexual assault claim failed because of the appellant's consent. Turning to the appellant's claim in negligence, he held that the respondent failed in his professional duty as a physician. Supplying medically unnecessary drugs to a known addict was a negligent act. There was sufficient damage to sustain the action in that the respondent's conduct "assisted in keeping [the appellant] addicted for a year or more when she might have

longée de l'appelante suffisait à conférer un droit d'action. Il a cependant statué que la période à l'égard de laquelle il pouvait y avoir indemnisation ne débutait qu'à la date à laquelle l'intimé a pris connaissance de la dépendance de l'appelante, et que les dommages-intérêts seraient réduits de manière à tenir compte des autres sources de médicaments et de la propre négligence contributive de l'appelante qui a [TRADUCTION] «contribué sciemment à son propre malheur».

Quoi qu'il en soit, la majorité a conclu que le juge Oppal avait eu raison d'appliquer le précepte *ex turpi causa non oritur actio* pour faire obstacle au droit de l'appelante de toucher des dommages-intérêts. Voici ce que dit le juge en chef McEachern, à la p. 54:

[TRADUCTION] J'estime que, dans la présente affaire, la demanderesse et le défendeur prenaient tous deux part à une entreprise criminelle conjointe ou commune consistant à faire illégalement le trafic d'une drogue prohibée, à tout le moins depuis la fin de 1983. Comme j'ai déjà conclu que la demanderesse avait néanmoins droit à des soins médicaux appropriés de la part du défendeur, cela a au moins pour effet de supprimer un volet du précepte *ex turpi*, savoir que les participants à une activité criminelle commune n'ont aucune obligation de diligence l'un envers l'autre.

Cela n'exclut cependant pas l'autre moyen, savoir qu'un tribunal ne saurait faire droit à une demande de dommages-intérêts fondée sur un préjudice qui résulte d'une activité illégale et immorale ou d'un arrangement ou d'une opération auxquels se rattache une considération illégale ou immorale. Comme l'a dit lord Mansfield, la cour n'accordera pas son soutien à l'auteur d'une telle demande. En l'espèce, je m'appuie beaucoup plus sur la conduite illégale que sur la conduite immorale.

Le juge Locke, dissident, a souscrit à l'avis du juge Oppal que la demande fondée sur l'agression sexuelle ne pouvait tenir en raison du consentement de l'appelante. Quant à la demande de l'appelante fondée sur la négligence, il a statué que l'intimé avait manqué à l'obligation professionnelle qui lui incombait à titre de médecin. Fournir à une toxicomane notoire des médicaments inutiles du point de vue médical constitue un acte négligent. Le préjudice subi était suffisant pour justifier

been receiving treatment" (at p. 60). The fact that she was subject to the disability of drug addiction for an extended period of time was foreseeable and inevitable.

Locke J.A. held that recovery on the basis of "breach of fiduciary duty" was not available. In his opinion, the evidence did not support any equitable rule operating to show the respondent in a fiduciary relationship with the appellant. He revealed her affairs to no one and he did not unduly influence her.

Locke J.A. disagreed with the majority that the maxim *ex turpi causa non oritur actio* barred the appellant's claim. Although there was joint sexual activity, there was no common purpose and there was no one criminal illegality to which both were parties. He observed that sexual intercourse between consenting adults is not a crime. Locke J.A. rejected the respondent's argument that immorality alone was sufficient to bar recovery. He held that sexual immorality is not relevant to the wrongful supply of drugs.

As to damages, Locke J.A. held that the appellant could succeed for her extended drug dependency as caused by the respondent's supply of drugs. He awarded only nominal damages of \$1,000, noting that the appellant had recovered from her drug addiction except for her craving which was not the sole fault of the respondent. He held that this was not an appropriate case for punitive damages.

The court, by majority, thus dismissed the appeal.

l'action, étant donné que la conduite de l'intimé [TRADUCTION] «a contribué à maintenir la dépendance [de l'appelante] pendant un an ou plus alors qu'elle aurait pu bénéficier d'un traitement» (à la p. 60). L'incapacité de l'appelante résultant de sa pharmacodépendance, pendant une période prolongée, était à la fois prévisible et inévitable.

Le juge Locke a statué qu'il n'y avait pas lieu d'accorder une indemnité fondée sur le «manquement à une obligation fiduciaire». Selon lui, la preuve ne révélait pas l'existence, en *equity*, d'une règle qui permettrait de démontrer l'existence d'un rapport fiduciaire entre l'intimé et l'appelante. L'intimé n'a pas communiqué de renseignements personnels sur celle-ci à qui que ce soit et il n'a pas exercé d'influence indue sur elle.

Contrairement à la majorité des juges, le juge Locke a conclu que la maxime *ex turpi causa non oritur actio* ne faisait pas obstacle à l'action de l'appelante. Même s'il y avait eu activité sexuelle commune, il y avait absence d'objectif commun et d'acte criminel auquel ils avaient participé à tous les deux. Il a fait remarquer que les rapports sexuels entre adultes consentants ne constituent pas un crime. Le juge Locke a rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'immoralité suffisait, à elle seule, à empêcher l'indemnisation. Il a statué que l'immoralité sexuelle n'a rien à voir avec la fourniture illégale de médicaments.

En ce qui a trait aux dommages-intérêts, le juge Locke a statué que l'appelante pouvait avoir gain de cause quant à la prolongation de sa pharmacodépendance imputable à la fourniture de médicaments par l'intimé. Il n'a accordé que des dommages-intérêts symboliques de 1 000\$ en faisant remarquer que l'appelante avait surmonté sa pharmacodépendance, à l'exception du besoin impérieux qu'elle continuait de ressentir et qui n'était pas imputable à l'intimé seulement. Il a conclu qu'il n'y avait pas lieu, en l'espèce, d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

La cour, à la majorité, a rejeté l'appel.

The Appeal to This Court

The appellant then appealed to this Court. In addition to the parties, the Women's Legal Education and Action Fund appeared as intervener. At trial and in the Court of Appeal, the appellant sought recovery on a number of grounds: sexual assault, negligence, breach of fiduciary duty, and breach of contract. In this Court, however, counsel particularly stressed the assault claim and I am content to dispose of the case on this basis. The other claims would appear to give rise to difficulties that would not arise in the ordinary doctor-client case. In particular, the appellant here did not come to the doctor for treatment. Rather she intended to use him to obtain drugs. Given the manner in which I propose to deal with the case, however, it is unnecessary for me to explore these matters.

Assault — The Nature of Consent

The alleged sexual assault in this case falls under the tort of battery. A battery is the intentional infliction of unlawful force on another person. Consent, express or implied, is a defence to battery. Failure to resist or protest is an indication of consent "if a reasonable person who is aware of the consequences and capable of protest or resistance would voice his objection": see Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 72-73. However, the consent must be genuine; it must not be obtained by force or threat of force or be given under the influence of drugs. Consent may also be vitiated by fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct. The courts below considered these to be the only factors that would vitiate consent.

In my view, this approach to consent in this kind of case is too limited. As Heuston and Buckley,

Le pourvoi devant notre Cour

L'appelante a ensuite formé un pourvoi devant notre Cour. Outre les parties au litige, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a comparu à titre d'intervenant. Au procès et en Cour d'appel, l'appelante a demandé à être indemnisée pour un certain nombre de motifs: agression sexuelle, négligence, manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat. Or, devant notre Cour, les avocats ont surtout mis l'accent sur la demande fondée sur l'agression et je me contente de statuer sur la présente affaire en fonction de ce moyen. Les autres demandes sembleraient soulever des difficultés qui ne se poseraient pas dans le cadre d'une relation ordinaire entre un médecin et son patient. Plus précisément, l'appelante en l'espèce n'est pas venue voir le médecin pour se faire traiter. Elle s'en est plutôt servi pour obtenir des médicaments. Compte tenu de la manière dont je compte statuer sur l'affaire, il ne m'est pas nécessaire d'examiner ces questions.

Aggression — La nature du consentement

L'agression sexuelle qui aurait été commise en l'espèce constitue un délit de voies de fait. Les voies de fait consistent à recourir délibérément à une force illégale contre une autre personne. Le consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait. L'omission de résister ou de protester est un signe de consentement [TRADUCTION] «lorsqu'une personne raisonnable consciente des conséquences et capable de protester ou de résister exprimerait son opposition»: voir Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 72 et 73. Le consentement doit toutefois être véritable; il ne doit pas avoir été obtenu grâce à l'emploi de la force ou à des menaces d'employer la force, ni donné par une personne sous l'effet de stupéfiants. Il peut également être entaché de nullité par la fraude ou la supercherie quant à la nature de la conduite du défendeur. Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé qu'il s'agissait là des seuls facteurs susceptibles de rendre nul le consentement.

Selon moi, cette façon d'aborder le consentement dans ce genre de cas est trop limitée. Comme

Salmond and Heuston on the Law of Torts (19th ed. 1987), at pp. 564-65, put it: "A man cannot be said to be 'willing' unless he is in a position to choose freely; and freedom of choice predicates the absence from his mind of any feeling of constraint interfering with the freedom of his will". A "feeling of constraint" so as to "interfere with the freedom of a person's will" can arise in a number of situations not involving force, threats of force, fraud or incapacity. The concept of consent as it operates in tort law is based on a presumption of individual autonomy and free will. It is presumed that the individual has freedom to consent or not to consent. This presumption, however, is untenable in certain circumstances. A position of relative weakness can, in some circumstances, interfere with the freedom of a person's will. Our notion of consent must, therefore, be modified to appreciate the power relationship between the parties.

An assumption of individual autonomy and free will is not confined to tort law. It is also the underlying premise of contract law. The supposition of contract law is that two parties agree or consent to a particular course of action. However, contract law has evolved in such a way that it recognizes that contracting parties do not always have equality in their bargaining strength. The doctrines of duress, undue influence, and unconscionability have arisen to protect the vulnerable when they are in a relationship of unequal power. For reasons of public policy, the law will not always hold weaker parties to the bargains they make. Professor Klippert in his book *Unjust Enrichment* refers to the doctrines of duress, undue influence, and unconscionability as "justice factors". He lumps these together under the general term "coercion" and states, at p. 156, that "[i]n essence the common thread is an illegitimate use of power or unlawful pressure which vitiates a person's freedom of choice". In a situation where a plaintiff is induced to enter into an unconscionable transaction because of an inequitable disparity in bargaining strength,

le précisent Heuston et Buckley, dans *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19^e éd. 1987), aux pp. 564 et 565: [TRADUCTION] «On ne peut dire d'une personne qu'elle est «consentante» à moins qu'elle ne soit en mesure de choisir librement, et la liberté de choix suppose l'absence, dans son esprit, de tout sentiment de contrainte limitant l'exercice du libre arbitre». Un «sentiment de contrainte» de nature à «limiter l'exercice du libre arbitre d'une personne» peut naître dans un certain nombre de cas où il n'est pas question d'emploi de la force, de menaces d'employer la force, de fraude ou d'incapacité. En matière de responsabilité délictuelle, la notion de consentement se fonde sur une présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre. On présume que chacun a la liberté de consentir ou de ne pas consentir. Toutefois, cette présomption ne saurait tenir dans certains cas. Une situation de faiblesse relative peut parfois limiter le libre arbitre d'une personne. Notre notion de consentement doit donc être modifiée de manière à tenir compte du rapport de force entre les parties.

La présomption d'autonomie individuelle et de libre arbitre n'est pas limitée au droit de la responsabilité délictuelle. Elle est également le principe fondamental du droit des contrats. En droit des contrats, on suppose que deux parties ont consenti à adopter une ligne de conduite donnée. Le droit des contrats a cependant évolué de manière à reconnaître que les parties contractantes ne jouissent pas toujours d'un pouvoir de négociation égal. Les théories de la contrainte, de l'abus d'influence et de l'iniquité ont été invoquées pour protéger la partie vulnérable lorsqu'il y a un rapport de force inégal. Pour des motifs d'ordre public, les parties plus faibles ne seront pas toujours juridiquement tenues de respecter les contrats qu'elles ont signés. Dans son ouvrage intitulé *Unjust Enrichment*, le professeur Klippert qualifie de [TRADUCTION] «facteurs de justice» les théories de la contrainte, de l'abus d'influence et de l'iniquité. Il les rassemble sous la notion générale de «coercition» et ajoute que [TRADUCTION] «[e]ssentiellement, elles ont en commun un recours illégitime à la force ou à la pression qui porte atteinte au libre arbitre d'une personne» (p. 156). Lorsqu'un demandeur est incité à conclure une opération inique en raison

it cannot be said that the plaintiff's act is voluntary: see Klippert, *supra*, at p. 170.

If the "justice factor" of unconscionability is used to address the issue of voluntariness in the law of contract, it seems reasonable that it be examined to address the issue of voluntariness in the law of tort. This provides insight into the issue of consent: for consent to be genuine, it must be voluntary. The factual context of each case must, of course, be evaluated to determine if there has been genuine consent. However, the principles that have been developed in the area of unconscionable transactions to negate the legal effectiveness of certain contracts provide a useful framework for this evaluation.

An unconscionable transaction arises in contract law where there is an overwhelming imbalance in the power relationship between the parties. In *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), at p. 713, Davey J.A. outlined the factors to be considered in a claim of unconscionability:

... a plea that a bargain is unconscionable invokes relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker. On such a claim the material ingredients are proof of inequality in the position of the parties arising out of the ignorance, need or distress of the weaker, which left him in the power of the stronger, and proof of substantial unfairness of the bargain obtained by the stronger. On proof of those circumstances, it creates a presumption of fraud which the stronger must repel by proving that the bargain was fair, just and reasonable. ...

In *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326, at p. 339, Lord Denning M.R. took a wider approach and developed the general principle of "inequality of bargaining power":

... I would suggest that through all these instances [i.e. duress of goods, unconscionable transactions, undue influence, undue pressure, salvage agreements] there

d'une disparité injuste quant au pouvoir de négociation, on ne saurait dire qu'il a agi volontairement: voir Klippert, *op. cit.*, à la p. 170.

Si on se sert du «facteur de justice» qu'est l'iniquité pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats, il semble raisonnable que l'on puisse également le faire pour aborder cette même question en matière délictuelle. Cela nous permet de comprendre la question du consentement qui, pour être véritable, doit avoir été donné volontairement. Il faut évidemment évaluer les faits de chaque cas pour déterminer si un consentement véritable a été donné. Les principes qui ont été dégagés en matière d'opérations iniques pour annuler l'effet juridique de certains contrats fournissent toutefois un cadre utile pour procéder à cette évaluation.

En droit des contrats, une opération est inique lorsqu'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties. Dans *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), à la p. 713, le juge Davey expose les facteurs qui doivent être pris en considération dans une demande fondée sur l'iniquité:

[TRADUCTION] ... la partie qui allègue l'iniquité d'un contrat cherche à obtenir un redressement à l'égard d'un avantage injuste découlant du fait qu'une partie a profité inéquitablement de la situation de force dans laquelle elle se trouvait par rapport à l'autre. Il importe alors de prouver l'inégalité entre les parties qui résulte de l'ignorance de la partie plus faible ou de l'indigence ou du désarroi dans lequel se trouve celle-ci, et qui l'a mise à la merci de la partie plus forte, et de prouver le caractère foncièrement inéquitable du contrat obtenu par cette dernière. La preuve de ces éléments a pour effet de créer une présomption de fraude que la partie plus forte doit repousser en établissant que le contrat passé était juste et raisonnable ...

Dans *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326, à la p. 339, le maître des rôles lord Denning propose une approche plus large et explique le principe général de l'«inégalité du pouvoir de négociation»:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que, dans tous ces exemples [c.-à-d. la contrainte sur les biens, les opérations iniques, l'influence ou les pressions indues, les

runs a single thread. They rest on “inequality of bargaining power”. By virtue of it, the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other. When I use the word “undue” I do not mean to suggest that the principle depends on proof of any wrongdoing. The one who stipulates for an unfair advantage may be moved solely by his own self-interest, unconscious of the distress he is bringing to the other. I have also avoided any reference to the will of the one being “dominated” or “overcome” by the other. One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself. Again, I do not mean to suggest that every transaction is saved by independent advice. But the absence of it may be fatal.

The Court of Appeal in the instant case was unwilling to characterize the relationship between the appellant and the respondent as a fiduciary relationship. Since I am dealing with the case on the basis of the assault claim, I need not consider this point. A fiduciary or confidential relationship is not a necessary ingredient for a claim involving inequality of bargaining power, even though such a relationship may be present. This principle was stated by Boyd C. in the early Ontario case of *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, at p. 401:

... if two persons, no matter whether a confidential relationship exists between them or not, stand in such a relation to each other that one can take an undue advantage of the other, whether by reason of distress, or recklessness, or wildness, or want of care, and when the facts shew that one party has taken undue advantage of the other by reason of the circumstances I have mentioned, a transaction resting upon such unconscionable dealing will not be allowed to stand. . . . [Emphasis added.]

An inequality of bargaining power may arise in a number of ways. As Boyle and Percy, *Contracts*:

conventions de sauvetage], il existe un lien commun. Ils reposent sur l'«*inégalité du pouvoir de négociation*». À cause de cela, le droit anglais accorde un recours à celui qui, sans avoir obtenu les conseils d'une personne indépendante, conclut un contrat dont les conditions sont très inéquitables ou cède un bien moyennant une contrepartie extrêmement inadéquate, lorsque son pouvoir de négociation est sérieusement compromis par ce dont il a besoin ou ce qu'il désire, ou encore, par sa propre ignorance ou faiblesse, conjugués à des influences ou à des pressions indues de la part de l'autre partie ou au profit de celle-ci. Lorsque j'utilise le terme «*indues*», je ne veux pas laisser entendre que l'application de ce principe dépend de la preuve d'un méfait. Il se peut que celui qui convient expressément d'un avantage injuste ne soit motivé que par son propre intérêt personnel sans être conscient du désarroi qu'il cause à l'autre partie. J'ai omis également de mentionner la volonté de la partie «*dominée*» ou «*subjuguée*» par l'autre. La personne qui se trouve dans un état d'indigence extrême peut, en toute connaissance de cause, consentir à un marché fort imprudent, uniquement aux fins de surmonter les difficultés auxquelles elle fait face. Encore là, je ne veux pas laisser entendre que toute opération est sauvegardée par les conseils d'une personne indépendante, mais plutôt leur absence peut être fatale.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel s'est refusée à qualifier de fiduciaire le rapport entre l'appelante et l'intimé. Vu que j'examine l'affaire sous l'angle de la demande fondée sur l'agression, je n'ai pas à examiner ce point. L'existence d'un rapport fiduciaire ou de confiance n'est pas un élément nécessaire d'une demande mettant en cause l'inégalité du pouvoir de négociation, bien qu'un tel rapport puisse exister. Le chancelier Boyd énonce ce principe dans l'ancien jugement ontarien *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, à la p. 401:

[TRADUCTION] . . . lorsque deux personnes, peu importe qu'il existe ou non une relation de confiance entre elles, ont des rapports qui permettent à l'une d'elle de tirer indûment avantage de l'autre en raison de son désarroi, de son insouciance, de sa témérité ou de son manque de diligence, et lorsqu'il ressort des faits qu'une partie a profité des circonstances que j'ai mentionnées pour tirer indûment avantage de l'autre, on ne saurait confirmer la validité de l'opération qui découle d'une telle conduite inique. . . . [Je souligne.]

L'inégalité du pouvoir de négociation peut revêtir un certain nombre de formes. Comme le souli-

Cases and Commentaries (4th ed. 1989), note, at pp. 637-38:

[A person] may be intellectually weaker by reason of a disease of the mind, economically weaker or simply situationally weaker because of temporary circumstances. Alternatively, the "weakness" may arise out of a special relationship in which trust and confidence has been reposed in the other party. The comparative weakness or special relationship is, in every case, a fact to be proven.

As the last sentence of this passage suggests, the circumstances of each case must be examined to determine if there is an overwhelming imbalance of power in the relationship between the parties.

It may be argued that an unconscionable transaction does not, in fact, vitiate consent: the weaker party retains the power to give real consent but the law nevertheless provides relief on the basis of social policy. This may be more in line with Lord Denning's formulation of "inequality of bargaining power" in *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, *supra*, when one takes into account his statement that it is not necessary to establish that the will of the weaker party was "dominated" or "overcome" by the other party. But whichever way one approaches the problem, the result is the same: on grounds of public policy, the legal effectiveness of certain types of contracts will be restricted or negated. In the same way, in certain situations, principles of public policy will negate the legal effectiveness of consent in the context of sexual assault. In particular, in certain circumstances, consent will be considered legally ineffective if it can be shown that there was such a disparity in the relative positions of the parties that the weaker party was not in a position to choose freely.

There is some support in the criminal law for an approach that takes into account the relative positions of the parties. This can be seen from the definition of assault, which includes assault, sexual assault, under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C.,

gnent Boyle et Percy, dans *Contracts: Cases and Commentaries* (4^e éd. 1989), note, aux pp. 637 et 638:

[TRADUCTION] Il se peut qu'[une personne] soit plus faible sur le plan intellectuel à cause d'une maladie mentale, ou plus faible sur le plan économique ou tout simplement conjoncturel, à cause de circonstances temporaires. Subsidiairement, cette «faiblesse» peut découler d'un rapport spécial fondé sur la confiance de l'une des parties envers l'autre. L'existence d'une faiblesse relative ou d'un rapport spécial doit, dans tous les cas, être prouvée.

Comme le laisse entendre la dernière phrase de cet extrait, il faut examiner les circonstances de chaque cas pour déterminer s'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties.

On peut soutenir que, dans les faits, une opération inique ne rend pas nul le consentement: la partie plus faible demeure en mesure de donner un consentement véritable, mais la loi prévoit néanmoins un redressement pour des motifs de politique sociale. Cela est peut-être davantage compatible avec la notion d'«inégalité du pouvoir de négociation» formulée par lord Denning dans *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, précité, si on tient compte de ses propos selon lesquels il n'est pas nécessaire de prouver que la volonté de la partie plus faible était «dominée» ou «subjuguée» par l'autre partie. Mais quel que soit l'angle sous lequel on aborde le problème, le résultat est le même: pour des raisons d'ordre public, l'effet juridique de certains types de contrats sera restreint ou annulé. De même, dans certaines circonstances, des principes d'ordre public annuleront l'effet juridique d'un consentement dans le cas d'une agression sexuelle. Dans certains cas, en particulier, le consentement sera considéré comme sans effet en droit s'il peut être prouvé qu'il existait une telle disparité dans la situation relative des parties que la partie plus faible n'était pas en mesure de choisir librement.

On peut, jusqu'à un certain point, s'appuyer sur le droit criminel pour justifier la prise en considération de la situation relative des parties. C'est ce qui ressort de la définition des voies de fait, qui comprennent une attaque, une agression et une

1985, c. C-46. That provision, so far as relevant, reads:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority. . . . [Emphasis added.]

Although s. 265 is a statutory provision, the principles underlying it are not irrelevant to an analysis of assault at common law since the offence was derived from the common law crimes of assault and battery (*R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at pp. 727-28).

Section 265(3) expressly specifies the circumstances in which consent is vitiated on the basis of a coerced or ill-informed will, thereby rendering the consent legally ineffective. Although this provision was added to the *Criminal Code* in 1983 by amendment (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19), the circumstances outlined in the provision were not new to the law. As Gonthier J. explains in *Jobidon*, *supra*, at p. 730: "[These factors] had already been part of the law previous to the proclamation of the *Code* of 1892. Any novelty of s. 244(3) [now s. 265(3)] lay in its more explicit and general expression in the *Code*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19." As an example of the principle enunciated in s. 265(3)(c), Gonthier J., at p. 740 of

agression sexuelle, qui figure à l'art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici la partie pertinente:

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles . . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité [Je souligne.]

Bien que l'art. 265 soit une disposition législative, ses principes sous-jacents peuvent être pris en considération aux fins d'une analyse des voies de fait en common law, étant donné que cette infraction a pour origine les crimes, prévus en common law, des voies de fait (*assault*) et des coups et blessures (*battery*) (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, aux pp. 727 et 728).

Le paragraphe 265(3) précise les circonstances dans lesquelles le consentement est vicié parce qu'il a été donné par contrainte ou d'une manière mal informée, de sorte qu'il est dénué de tout effet juridique. Bien que cette disposition soit le fruit d'une modification apportée au *Code criminel* en 1983 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19), les circonstances qu'elle mentionne ne sont pas nouvelles en droit. Comme l'explique le juge Gonthier dans l'arrêt *Jobidon*, précité, à la p. 730, «[Ces éléments] faisaient déjà partie de la loi avant la promulgation du *Code* de 1892. Ce qui serait nouveau dans le par. 244(3) [maintenant le par. 265(3)], c'est leur énoncé plus explicite et général dans le *Code*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.» À

Jobidon, cites the case of *R. v. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, in which it was held that:

... eight-year-old boys were too young to understand the nature of a sexual act with a grown man to be able to consent to it. Submission by a young child to an older, stronger person, an authority figure, would not be considered consensual. The consent would in all probability have been obtained under a coerced and ill-informed will.

The general notion of submission to an "authority" figure indicates an inequality of power between the parties such that the existence of genuine consent is questionable. Section 265(3) is an expression of the fact that in certain circumstances, considerations of public policy will negate the legal validity of consent as a defence to a charge of assault. The analogy between developments in contract law and the issue of consent in the criminal offence of assault is referred to in *Jobidon*, *supra*, at p. 735:

Just as the common law has built up a rich jurisprudence around the concepts of agreement in contract law, and *volenti non fit injuria* in the law of negligence, it has also generated a body of law to illuminate the meaning of consent and to place certain limitations on its legal effectiveness in the criminal law. It has done this in respect of assault. In the same way that the common law established principles of public policy negating the legal effectiveness of certain types of contracts — contracts in restraint of trade for example — it has also set limits on the types of harmful actions to which one can validly consent, and shelter an assailant from the sanctions of our criminal law.

There has been some recognition in the lower courts that an unequal power relationship is a relevant consideration in cases of sexual misconduct. *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (S.C.) (QL Systems), has some similarities with the present case. There the plaintiff sued for damages in contract and tort for unwelcome sexual conduct by her doctor extending over two years. At the time the doctor-patient relationship was established, the

titre d'exemple de l'application du principe énoncé à l'al. 265(3)c), le juge Gonthier mentionne, à la p. 740 de l'arrêt *Jobidon*, l'arrêt *R. c. Lock* (1872), L.R. 2 C.C.R. 10, où on a jugé que:

... des garçons de huit ans étaient trop jeunes pour comprendre la nature d'un acte sexuel avec un homme mûr de façon à pouvoir y consentir. La soumission d'un jeune enfant à une personne plus âgée et plus forte, représentant l'autorité, ne serait pas considérée comme un consentement car il aurait probablement été donné par contrainte et d'une manière mal informée.

La notion générale de soumission à une personne représentant l'«autorité» indique une inégalité du rapport de force entre les parties susceptible de remettre en question l'existence d'un consentement véritable. Le paragraphe 265(3) traduit le fait que, dans certains cas, des considérations d'ordre public annuleront la validité juridique d'un consentement invoqué comme moyen de défense à l'égard d'une accusation de voies de fait. L'analogie entre l'évolution du droit des contrats et la question du consentement dans le cadre de l'infraction criminelle de voies de fait est évoquée dans l'arrêt *Jobidon*, précité, à la p. 735:

De même que la common law s'est exprimée dans une abondante jurisprudence sur les notions de consentement en droit des contrats et le principe *volenti non fit injuria* en matière de négligence, elle a également engendré un ensemble de règles juridiques visant à faire la lumière sur le sens du consentement et à imposer certaines limites à son effet juridique en droit criminel. Elle l'a fait à l'égard des voies de fait. De la même manière qu'elle a établi des principes d'intérêt public annulant l'effet juridique de certains types de contrats, comme ceux portant sur la restriction du commerce, par exemple, la common law a également fixé des limites au genre d'actions préjudiciables auxquelles il est légitimement possible de consentir et de protéger ainsi l'assaillant contre les sanctions de notre droit criminel.

Dans une certaine mesure, les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que l'inégalité du rapport de force entre les parties est une considération pertinente dans les cas d'inconduite sexuelle. L'affaire *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (C.S.) (QL Systems), s'apparente quelque peu à la présente instance. Dans cette affaire, la demanderesse avait intenté une action en dommages-intérêts sur les plans contractuel et délictuel, pour la conduite

plaintiff was in a vulnerable state owing to matrimonial, financial and personal problems. The first sexual advance occurred when the plaintiff asked the doctor for medication to help her calm down. She testified that the doctor directed her into one of his examining rooms where he said he would give her medication. In the examining room, he kissed her and touched her breasts and lower body. She "stormed out of his office" on that occasion but continued to see the doctor. When asked why, she responded that she needed medication and counselling to help her cope. The intimacy between them progressed and eventually led to intercourse. She testified that she had considered changing doctors and that she had discussed this with the defendant. However, she was afraid that he would fix her file to make her appear mentally ill. McKenzie J. found for the plaintiff on the basis that the doctor was in breach of his fiduciary duty of care to his patient and that he breached his contract of professional services. In the course of his remarks, however, he had made the following remarks that show the effect of a power relationship on consent:

I find that he dominated her when she was in a vulnerable state wholly to satisfy his sexual desires and with no intention to carry the relationship beyond that.

On the other hand she offered little or no resistance. While she may not have welcomed the crude opening gestures of this seduction she gave him the opportunity to accomplish and perpetuate it. She could and should have left him for another doctor upon his first approach. Instead she lingered for two years to be subjected to repeated sexual acts which she apparently consented to after being excited by him. Had it not been for his initiative an affair would have been unlikely.

This lady had her problems which I do not pretend to diagnose but I believe that Dr. Mellor knew what he was

sexuelle importune que son médecin avait adoptée pendant plus de deux ans. Au moment où la relation entre le médecin et sa patiente a été établie, la demanderesse était vulnérable en raison de difficultés conjugales, financières et personnelles. Les premières avances sexuelles avaient été faites lorsque la patiente avait demandé à son médecin de lui prescrire un sédatif. La demanderesse a témoigné que le médecin l'avait alors dirigée vers une de ses salles d'examen pour lui remettre le sédatif. Une fois dans la salle d'examen, il l'avait embrassée et lui avait caressé les seins et la partie inférieure du corps. Elle était alors «sortie en coup de vent de son cabinet», mais elle avait néanmoins continué de le consulter. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi, la demanderesse a répondu qu'elle avait besoin de médicaments et de conseils pour l'aider à surmonter ses difficultés. Leur liaison a évolué et a finalement abouti à des rapports sexuels. La demanderesse a témoigné qu'elle avait envisagé de changer de médecin et qu'elle en avait parlé avec le défendeur. Elle avait craint toutefois que celui-ci ne trafique son dossier de manière à la faire passer pour une malade mentale. Le juge McKenzie a tranché en faveur de la demanderesse pour le motif que le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire de diligence envers sa patiente et qu'il n'avait pas respecté son contrat de prestation de services professionnels. Dans ses motifs, il a cependant formulé les observations suivantes qui montrent l'effet d'un rapport de force sur le consentement:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il l'a dominée au moment où elle était vulnérable, uniquement aux fins d'assouvir ses besoins sexuels et sans intention d'approfondir la relation.

Par contre, elle n'a pas opposé de résistance, ou très peu. Quoiqu'elle n'ait peut-être pas bien accueilli les gestes grossiers posés en vue de la séduire, elle lui a permis de les accomplir et de les répéter. Elle aurait pu et aurait dû, dès les premières avances, changer de médecin. Au lieu de cela, elle a persisté, pendant deux ans, à se prêter à des actes sexuels répétés auxquels elle consentait apparemment après avoir été excitée par le défendeur. N'eût été l'initiative du défendeur, une liaison entre les parties aurait été improbable.

Cette dame avait ses problèmes que je ne prétends pas diagnostiquer, mais je crois que le Dr Mellor savait à

dealing with and from his advantageous position as her doctor he thought he could get away with what he did.

Viewed in human terms they both bear responsibility for this affair — he for initiating and perpetuating it and she for allowing him to perpetuate it. But he has special responsibilities and obligations of care imposed upon him as a doctor. He committed himself to an elevated duty of care upon entering the medical profession. This was spelled out for him in several ways and prominent among them was the Hippocratic Oath he swore. . . [Emphasis added.]

Lyth v. Dagg (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), is another lower court decision in which the defence of consent was rejected even though there was no evidence of force or threat of force and the plaintiff did not actively resist the sexual advances. This case involved a sexual relationship between a teacher and a 15-year-old student. In reaching his decision, Trainor J., at pp. 31-32, considered the following factors:

Sexual abuse is merely one particular way in which one person can assault another. It demands careful examination of the relationship between the parties to appreciate whether both had capacity to consent, understanding the nature and consequences of the conduct, and also whether one of the parties had such a greater amount of power or control over the other as to be in a position to force compliance. This is an examination to determine whether, in all the circumstances, force was applied by one person to another and whether any consent apparently given was genuine. [Emphasis added.]

Trainor J. concluded that no genuine consent was given to the first sexual contact between the parties. The defendant “dominated and influenced” the plaintiff.

The respondent contends that *Lyth v. Dagg* is distinguishable from the present case in that it involved the sexual exploitation of a child by a teacher. I do not agree. In my view, it was the ability of the defendant to “dominate and influence”

quoi s’en tenir et, vu l’avantage dont il bénéficiait en qualité de médecin de celle-ci, il a cru qu’il pourrait faire impunément ce qu’il a fait.

Du point de vue humain, les deux parties sont responsables de la liaison — lui pour en avoir été l’instigateur et l’avoir fait durer et elle, pour avoir permis au défendeur de la faire durer. Or, le défendeur assume, à titre de médecin, des responsabilités et des obligations particulières en matière de diligence. En accédant à la profession médicale, il a contracté une lourde obligation de diligence, ce qui lui a été expliqué bien clairement de diverses manières, surtout lorsqu’il a prêté le serment d’Hippocrate. . . [Je souligne.]

L’affaire *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.) est une autre décision d’un tribunal d’instance inférieure où on a rejeté le moyen de défense fondé sur le consentement malgré l’absence de preuve concernant l’emploi de la force ou la menace d’emploi de la force et même si le demandeur n’avait pas activement résisté aux avances sexuelles. Il s’agissait dans ce cas de rapports sexuels entre un enseignant et un élève de 15 ans. Pour arriver à sa décision, le juge Trainor a examiné les facteurs suivants, aux pp. 31 et 32:

[TRADUCTION] L’agression sexuelle n’est que l’une des manières dont une personne peut en agresser une autre. Elle requiert l’examen attentif du lien existant entre les parties afin de déterminer si chacune d’elles avait la capacité de consentir, compte tenu de la nature et des conséquences de la conduite en cause et, également, si l’une des parties avait plus de pouvoir ou d’ascendant que l’autre de manière à être en mesure de forcer l’autre à se soumettre à sa volonté. L’examen vise à déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne a eu recours à la force à l’égard d’une autre et si tout consentement apparemment donné était véritable. [Je souligne.]

Le juge Trainor a conclu que les premiers contacts sexuels entre les parties n’avaient été précédés d’aucun consentement véritable, car le défendeur avait [TRADUCTION] «dominé et influencé» le demandeur.

L’intimé fait valoir que la décision *Lyth c. Dagg* peut être distinguée de la présente affaire du fait qu’elle porte sur l’exploitation sexuelle d’un enfant par un enseignant. Je ne suis pas d’accord. Selon moi, ce qui importait dans l’affaire *Lyth c. Dagg*,

the plaintiff that was the important element in the *Lyth v. Dagg* case. This is borne out by Trainor J.'s assessment that this was more than a student-teacher relationship. He stated, at p. 32:

... Dagg rose in importance and stature in the eyes of his young student. Lyth wanted to be accepted in the performing arts group which drank and smoked marijuana. He had talents in that field and was ambitious to further himself. Dagg is an intelligent person and must have perceived Lyth's devotion to his schoolwork and a keen desire to be accepted by Dagg. In those circumstances, Dagg became much more than the teacher in a student-teacher relationship. He dominated and influenced the 15-year-old Lyth, who did not want to offend Dagg or do anything which would disrupt their relationship [Emphasis added.]

An ability to "dominate and influence" is not restricted to the student-teacher relationship. Professor Coleman outlines a number of situations which she calls "power dependency" relationships: see Coleman, "Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex" (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95. Included in these relationships are parent-child, psychotherapist-patient, physician-patient, clergy-penitent, professor-student, attorney-client, and employer-employee. She asserts that "consent" to a sexual relationship in such relationships is inherently suspect. She notes, at p. 96:

The common element in power dependency relationships is an underlying personal or professional association which creates a significant power imbalance between the parties. ...

Exploitation occurs when the "powerful" person abuses the position of authority by inducing the "dependent" person into a sexual relationship, thereby causing harm.

While the existence of one of these special relationships is not necessarily determinative of an

c'était la capacité du défendeur de «dominer et d'influencer» le demandeur. C'est ce qui ressort de la conclusion du juge Trainor selon laquelle il s'agissait de quelque chose de plus que des rapports entre un élève et un enseignant. Voici ce qu'il dit, à la p. 32:

[TRADUCTION] ... l'importance et l'envergure de Dagg se sont accrues aux yeux de son jeune élève. Lyth voulait être accepté au sein du groupe des arts d'interprétation dont les membres consommaient de l'alcool et fumaient de la marijuana. Il avait des aptitudes dans ce domaine et il était ambitieux. Dagg, qui est une personne intelligente, a dû se rendre compte de l'ardeur que mettait Lyth à ses travaux scolaires ainsi que de son profond désir d'être accepté par lui. Dans ces circonstances, Dagg est devenu beaucoup plus qu'un enseignant dans le cadre d'une relation entre un élève et un enseignant. Il a dominé et influencé Lyth qui était âgé de 15 ans et qui ne voulait pas contrarier Dagg ni faire quoi que ce soit susceptible de perturber leurs rapports. [Je souligne.]

La capacité de «dominer et d'influencer» n'est pas limitée à la relation entre un élève et un enseignant. Le professeur Coleman énumère un certain nombre de situations qu'elle qualifie de rapports [TRADUCTION] «de force et de dépendance»; voir Coleman, «Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the 'Fair' Sex» (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95. Au nombre de ces rapports, il y a ceux existant entre le parent et l'enfant, le psychothérapeute et le patient, le médecin et le patient, le membre du clergé et le fidèle, l'enseignant et l'élève, l'avocat et le client ainsi que l'employeur et l'employé. Elle soutient que le «consentement» à des relations sexuelles dans le cadre de tels rapports est douteux en soi. Elle fait remarquer, à la p. 96:

[TRADUCTION] Le point commun dans les rapports de force et de dépendance est l'existence d'une association personnelle ou professionnelle sous-jacente qui engendre un déséquilibre marqué quant à la force respective des parties. ...

L'exploitation survient lorsque la personne «puissante» profite de sa situation d'autorité pour amener la personne «dépendante» à avoir des relations sexuelles et lui cause ainsi un préjudice.

Bien que l'existence de l'un de ces rapports spéciaux ne soit pas nécessairement déterminante

overwhelming power imbalance, it will, at least in the ordinary case, be required.

It must be noted that in the law of contracts proof of an unconscionable transaction involves a two-step process: (1) proof of inequality in the positions of the parties, and (2) proof of an improvident bargain. Similarly, a two-step process is involved in determining whether or not there has been legally effective consent to a sexual assault. The first step is undoubtedly proof of an inequality between the parties which, as already noted, will ordinarily occur within the context of a special "power dependency" relationship. The second step, I suggest, is proof of exploitation. A consideration of the type of relationship at issue may provide a strong indication of exploitation. Community standards of conduct may also be of some assistance. In *Harry v. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), an unconscionable transaction case dealing with the sale of a commercial fishing boat for less than its value, Lambert J.A., at p. 177, approached the issue of unconscionability from a different angle:

... questions as to whether use of power was unconscionable, an advantage was unfair or very unfair, a consideration was grossly inadequate, or bargaining power was grievously impaired, to select words from both statements of principle, the *Morrison* case and the *Bundy* case, are really aspects of one single question. That single question is whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded.

If the type of sexual relationship at issue is one that is sufficiently divergent from community standards of conduct, this may alert the court to the possibility of exploitation.

Application to This Case

The trial judge held that the appellant's implied consent to the sexual activity was voluntary. Dr. Wynrib, he stated, exercised neither force nor

quant à l'existence d'une inégalité écrasante du rapport de force, elle est nécessaire tout au moins dans les circonstances normales.

^a Il convient de remarquer qu'en droit des contrats, la preuve de l'existence d'une opération inique est un processus à deux étapes: (1) la preuve de l'inégalité des situations respectives des parties et (2) celle d'un marché imprudent. Il en est de même lorsqu'il s'agit de déterminer si le consentement à une agression sexuelle était efficace sur le plan juridique. La première étape consiste sans aucun doute à prouver l'existence d'une inégalité entre les parties, laquelle survient normalement, comme nous l'avons vu, dans le contexte d'un rapport spécial «de force et de dépendance». La seconde étape, selon moi, consiste à prouver qu'il y a eu exploitation. L'examen du genre de relation en cause peut indiquer fortement qu'il y a exploitation. Les normes sociales de conduite peuvent également avoir une certaine utilité. Dans l'arrêt *Harry c. Kreutziger* (1978), 9 B.C.L.R. 166 (C.A.), portant sur une opération inique relative à la vente d'un bateau de pêche commerciale à un prix inférieur à sa valeur, le juge Lambert aborde, à la p. 177, la question de l'iniquité sous un angle différent:

^f [TRADUCTION] ... les questions de savoir si l'utilisation d'une situation de force est inique, si un avantage est injuste ou très injuste, si une contrepartie est nettement insuffisante ou si le pouvoir de négociation est sérieusement compromis, pour reprendre les termes employés dans les deux énoncés de principe, les affaires *Morrison* et *Bundy*, constituent en réalité des aspects d'une seule et même question. Cette unique question est celle de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée.

^g Si le genre de relation sexuelle en cause s'écarte suffisamment des normes sociales de conduite, cela peut faire prendre conscience à la cour de la possibilité qu'il y ait eu exploitation.

Application à la présente affaire

ⁱ Le juge du procès a statué que le consentement tacite de l'appelante aux activités sexuelles était volontaire. Selon lui, le Dr Wynrib n'avait pas

threats of force and the appellant's capacity to consent was not impaired by her drug use. The Court of Appeal agreed that the appellant voluntarily engaged in the sexual encounters. However, it must be asked if the appellant was truly in a position to make a free choice. It seems clear to me that there was a marked inequality in the respective powers of the parties. The appellant was a young woman with limited education. More important, she was addicted to the heavy use of tranquilizers and painkillers. On this ground alone it can be said that there was an inequality in the position of the parties arising out of the appellant's need. The appellant's drug dependence diminished her ability to make a real choice. Although she did not wish to engage in sexual activity with Dr. Wynrib, her reluctance was overwhelmed by the driving force of her addiction and the unsettling prospect of a painful, unsupervised chemical withdrawal. That the appellant's need for drugs placed her in a vulnerable position is evident from the comments of the trial judge, at p. 243:

[The appellant] stated that at first she ignored his suggestions and managed to stall him off. For a short period of time she stopped seeing him and managed to secure her drugs through other doctors. However, when the other doctors reduced her supply, she returned to Dr. Wynrib. She stated that she was desperate. She said that she complied with his demands.

And at p. 244, he added:

She obviously had deep misgivings about engaging in this conduct with the defendant. Clearly, she did not wish to do so.

... her willingness to engage in sexual activity was obviously inspired by the prescriptions which the doctor would provide. ...

The appellant's vulnerability on the basis of need is also evident from the following report of Dr. Fleming of the Department of Psychiatry, Faculty of Medicine, University of British Columbia and entered as expert evidence:

employé la force ni menacé de le faire et la consommation de médicaments par l'appelante n'avait pas nui à sa capacité de consentir. La Cour d'appel a convenu que l'appelante avait, de son plein gré, participé aux rapports sexuels. Toutefois, il faut se demander si l'appelante était vraiment en mesure de choisir librement. Il me semble évident qu'il y avait une inégalité marquée du rapport de force entre les parties. L'appelante était une jeune femme peu instruite. Qui plus est, elle était une consommatrice invétérée de calmants et d'analgésiques. On peut conclure, pour ce seul motif, qu'il y avait inégalité quant à la situation des parties en raison du besoin de médicaments de l'appelante. Cette pharmacodépendance de l'appelante limitait sa capacité d'exercer un véritable choix. Même si elle ne voulait pas s'adonner à des activités sexuelles avec le Dr Wynrib, sa réticence s'est dissipée sous l'impulsion de sa dépendance et en raison de la perspective inquiétante d'un sevrage pénible non contrôlé. Il ressort clairement des observations du juge du procès, à la p. 243, que c'est le besoin de médicaments de l'appelante qui l'a rendue vulnérable:

[TRADUCTION] [L'appelante] a déclaré qu'au début elle avait feint de ne pas comprendre ses allusions et avait réussi à se soustraire à ses avances. Pendant une courte période, elle a cessé de le consulter et s'est arrangée pour se procurer ses médicaments auprès d'autres médecins. Toutefois, lorsque ceux-ci ont réduit son approvisionnement, elle est retournée voir le Dr Wynrib. Elle a déclaré qu'elle était désespérée. Elle a affirmé qu'elle avait accédé à ses demandes.

Et d'ajouter, à la p. 244:

[TRADUCTION] Elle était, de toute évidence, très réticente à faire cela avec le défendeur. Manifestement, elle ne voulait pas le faire.

... son acceptation d'avoir des rapports sexuels était certainement motivée par les ordonnances que le médecin lui délivrerait. ...

La vulnérabilité de l'appelante, due à son besoin de médicaments, ressort également du rapport suivant du Dr Fleming du département de psychiatrie de la Faculté de médecine de l'Université de la Colombie-Britannique, qui a été inscrit comme témoignage d'expert:

As she herself states, she wished to obtain a supply at any cost, and was willing to compromise her beliefs concerning appropriate behaviour in order to obtain supply. In the absence of dependence on and tolerance to Fiorinal it is my impression that Ms. Norberg would not have consented to have any social or sexual activity with Dr. Wynrib. On the basis of my clinical examination and the material provided it is my belief that she did so in order to obtain a supply of medication.

On the other side of the equation was an elderly, male professional — the appellant's doctor. An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship. As it is stated in *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, An Independent Task Force Commissioned by The College of Physicians and Surgeons of Ontario (November 25, 1991) (Chair: Marilou McPhedran), at p. 11:

Patients seek the help of doctors when they are in a vulnerable state — when they are sick, when they are needy, when they are uncertain about what needs to be done.

The unequal distribution of power in the physician-patient relationship makes opportunities for sexual exploitation more possible than in other relationships. This vulnerability gives physicians the power to exact sexual compliance. Physical force or weapons are not necessary because the physician's power comes from having the knowledge and being trusted by patients.

In this case, Dr. Wynrib knew that the appellant was vulnerable and driven by her compulsion for drugs. It is likely that he knew or at least strongly suspected that she was dependant upon Fiorinal before she admitted her addiction to him. It was he who ferreted out that she was addicted to drugs. As a doctor, the respondent knew how to assist the appellant medically and he knew (or should have known) that she could not "just quit" taking drugs without treatment. Dr. Fleming stated:

It is known that withdrawal from continuous use of short-acting barbiturates is an extremely unpleasant experience and it is natural that Ms. Norberg would attempt to maintain her supply in the absence of a com-

[TRADUCTION] Comme elle le dit elle-même, elle voulait se procurer des médicaments à tout prix et elle était disposée à mettre de côté ses principes moraux à cette fin. Il me semble que, si M^{me} Norberg n'avait eu ni dépendance ni tolérance à l'égard du Fiorinal, elle n'aurait jamais accepté de s'adonner à des activités sociales ou sexuelles avec le D^r Wynrib. Compte tenu de mon examen clinique et des documents fournis, je crois qu'elle l'a fait pour obtenir des médicaments.

De l'autre côté, il y avait un homme âgé, un professionnel de sexe masculin — le médecin de l'appelante. L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient. Voici ce que mentionne à cet égard le *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, rédigé par un groupe de travail indépendant mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario (25 novembre 1991) (présidente: Marilou McPhedran), à la p. 11:

[TRADUCTION] Un patient demande l'aide d'un médecin lorsqu'il est vulnérable, c'est-à-dire lorsqu'il est malade, lorsqu'il est dans le besoin, lorsqu'il n'est pas sûr de ce qui doit être fait.

L'inégalité du rapport de force dans la relation entre un médecin et son patient rend davantage possible l'exploitation sexuelle que dans toute autre relation. Cette vulnérabilité confère au médecin le pouvoir d'obtenir des faveurs sexuelles de l'autre partie. L'emploi de la force physique ou d'une arme est inutile, car le pouvoir du médecin découle de ses connaissances et de la confiance qu'il inspire au patient.

En l'espèce, le D^r Wynrib savait que l'appelante était vulnérable et qu'elle était animée par le désir de se procurer des médicaments. Il est probable qu'il était au courant de sa dépendance au Fiorinal ou qu'il avait, tout au moins, de forts soupçons à ce sujet, avant qu'elle ne le lui avoue. C'est lui qui a découvert qu'elle était pharmacodépendante. À titre de médecin, l'intimé connaissait les soins médicaux dont l'appelante avait besoin et il savait (ou aurait dû savoir) qu'elle ne pouvait pas « simplement arrêter » de prendre des médicaments sans subir de traitement. Le D^r Fleming a affirmé:

[TRADUCTION] On sait que le sevrage de la consommation continue de barbituriques à action brève constitue une expérience extrêmement déplaisante et il est normal que M^{me} Norberg ait tenté de maintenir son approvi-

prehensive treatment program that would address her needs (pharmacological and psychological) during a withdrawal program.

The respondent's medical knowledge and knowledge of the appellant's addiction, combined with his authority to prescribe drugs, gave him power over her. It was he who suggested the sex-for-drugs arrangement.

However, it must still be asked if there was exploitation. In my opinion there was. Dr. Herbert of the Department of Family Practice, Faculty of Medicine, University of British Columbia, expressed the opinion that "a reasonable practitioner would have taken steps to attempt to help Ms. Norberg end her addiction by, for example, suggesting drug counselling, or, at the very least, by discontinuing her prescriptions of Fiorinal". However, Dr. Wynrib did not use his medical knowledge and expertise to address the appellant's addiction. Instead, he abused his power over her and exploited the information he obtained concerning her weakness to pursue his own personal interests. It seems to me that a sex-for-drugs arrangement initiated by a doctor with his drug addict patient is a relationship which is divergent from what the community would consider acceptable. The trial judge (at p. 246) stated that "Dr. Wynrib's conduct would in all likelihood be regarded by members of the medical profession and the community at large as disgraceful and unprofessional". McEachern C.J. (at p. 51) referred to the relationship as a "sordid arrangement".

There is also a body of opinion which regards sexual contact in any doctor-patient relationship as exploitative. In the opinion of the Task Force on Sexual Abuse of Patients, *supra*, at p. 12:

Due to the position of power the physician brings to the doctor-patient relationship, there are NO circumstances—NONE—in which sexual activity between a physician and a patient is acceptable. Sexual activity

sionnement en l'absence d'un programme de traitement complet adapté à ses besoins (tant pharmacologiques que psychologiques) pendant un sevrage.

Lès connaissances médicales de l'intimé et le fait que ce dernier était au courant de la dépendance de l'appelante, conjugués à son pouvoir de prescrire des médicaments, sont à l'origine de l'empire qu'il exerçait sur elle. C'est lui qui a proposé d'échanger des services sexuels contre des médicaments.

Cependant, il reste encore à déterminer s'il y a eu exploitation. Selon moi, il y en a eu. Le Dr Herbert du département de médecine familiale de la Faculté de médecine de l'Université de la Colombie-Britannique a exprimé l'avis qu' [TRADUCTION] «un praticien raisonnable aurait pris des mesures pour tenter d'aider M^{me} Norberg à mettre fin à sa dépendance en lui recommandant, par exemple, de faire appel à des services de consultation en toxicomanie ou, à tout le moins, en cessant de lui prescrire du Fiorinal». Toutefois, le Dr Wynrib n'a pas mis à contribution ses connaissances et sa compétence médicales pour aider l'appelante à surmonter sa dépendance. Il a plutôt abusé du pouvoir qu'il exerçait sur elle et profité des renseignements qu'il avait obtenu au sujet de sa faiblesse pour servir ses intérêts personnels. Il me semble que l'échange de faveurs sexuelles contre des médicaments, à l'instigation d'un médecin, avec une patiente pharmacodépendante, est une relation divergente de ce que la société jugerait acceptable. Le juge du procès (à la p. 246) a affirmé que [TRADUCTION] «[s]elon toute vraisemblance, les membres du corps médical et la société en général jugeraient la conduite du Dr Wynrib honteuse et contraire à la déontologie». Pour sa part, le juge en chef McEachern (à la p. 51) qualifie la relation d' [TRADUCTION] «entente sordide».

Il existe également un courant de pensée selon lequel tout contact sexuel dans le cadre d'une relation entre médecin et un patient constitue de l'exploitation. Selon le Task Force on Sexual Abuse of Patients, *op. cit.*, à la p. 12:

[TRADUCTION] En raison de la position de force dont jouit le médecin dans la relation entre le médecin et son patient, il n'existe AUCUNE circonstance—AUCUNE—où les rapports sexuels entre un médecin et son

between a patient and a doctor ALWAYS represents sexual abuse, regardless of what rationalization or belief system the doctor chooses to use to excuse it. Doctors need to recognize that they have power and status, and that there may be times when a patient will test the boundaries between them. It is ALWAYS the doctor's responsibility to know what is appropriate and never to cross the line into sexual activity.

Indeed, the Hippocratic Oath indicates that sexual contact between a doctor and his or her patient is fundamentally improper:

In every house where I come I will enter only for the good of my patients, keeping myself far from all intentional ill-doing and all seduction, and especially from the pleasures of love with women or with men, be they free or slaves.

(*Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (27th ed. 1988), at p. 768.)

These observations were directed at the regulation of the doctor-patient relationship, rather than civil liability and I need not consider their precise implications in the latter context. For we are not here dealing with just a doctor-patient relationship but a doctor-drug addict relationship, and it was not just a sexual relationship but a sex-for-drugs relationship. These circumstances suggest that the appellant's consent was not genuine for the purposes of the law.

The respondent argues that the appellant exploited the weakness and loneliness of an elderly man to obtain drugs. While Dr. Wynrib, no doubt, had vulnerabilities of his own, it seems to me that the determining factor in this case is that he instigated the relationship — it was he, not the appellant, who used his power and knowledge to initiate the arrangement and to exploit her vulnerability. The respondent's argument might be more persuasive if it had been the appellant who had suggested that she would exchange sex for drugs. I am also not convinced by assertions that the respondent showed compassion and interest in the appellant's well-being. This does not square with his flagrant

patient sont acceptables. Les rapports sexuels entre un patient et un médecin représentent TOUJOURS une agression sexuelle, peu importe l'explication ou le système de valeurs invoqué par le médecin pour se justifier. Les médecins doivent admettre qu'ils ont du pouvoir et du prestige et qu'il peut arriver qu'un patient mette à l'épreuve l'étanchéité de la frontière qui les sépare. Il appartient TOUJOURS au médecin de savoir ce qui est opportun et de ne jamais permettre que la relation en vienne à revêtir un caractère sexuel.

En fait, selon le serment d'Hippocrate, tout contact sexuel entre un médecin et son patient est foncièrement répréhensible:

Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves.

(*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1, 1986, Paris, à la p. 608.)

Ces observations visent à régir les rapports entre le médecin et son patient, et non la responsabilité civile, et je n'ai pas à examiner leur incidence précise dans ce dernier contexte. En effet, il ne s'agit pas simplement, en l'espèce, d'une relation entre un médecin et son patient, mais d'une relation entre un médecin et une personne pharmacodépendante, et il ne s'agit pas simplement non plus de rapports sexuels, mais d'un échange de services sexuels contre des médicaments. Compte tenu des circonstances, je crois que le consentement de l'appelante n'était pas véritable du point de vue juridique.

L'intimé prétend que l'appelante a tiré profit de la faiblesse et de la solitude d'un homme âgé pour obtenir des médicaments. Bien que, sans aucun doute, le Dr Wynrib ait eu ses propres points faibles, il me semble déterminant, en l'espèce, qu'il ait été l'instigateur de la relation, c'est-à-dire que ce soit lui, et non l'appelante, qui s'est servi de sa position de force et de ses connaissances pour proposer l'échange et tirer parti de sa vulnérabilité. L'argument de l'intimé pourrait être plus convaincant si c'était l'appelante qui avait proposé d'échanger des services sexuels contre des médicaments. Je ne suis pas persuadé non plus que l'intimé ait démontré de la compassion et de l'intérêt

disregard for her need for treatment. If he were truly interested in her well-being, he would have helped her overcome her addiction.

The respondent argues that the position of the plaintiff is tantamount to an assertion that an addict cannot give consent. An addict, he continues, will thus not be held responsible for his or her actions. Although an addiction may indicate an inequality in power, this will not by itself render consent legally ineffective. Under the formulation I have suggested, there must also be exploitation. In *Black v. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192 (Ont. C.A.), at p. 197, Evans J.A., in discussing the principle of unconscionability stated:

... the Court will invoke the equitable rule that a person who is not equal to protecting himself will be protected, not against his own folly or carelessness, but against his being taken advantage of by those in a position to do so by reason of their commanding and superior bargaining position. The combination of inequality of position and improvidence is the foundation upon which the doctrine is based. [Emphasis added.]

The aim is not to absolve an addict from all responsibility; rather it is to protect an addict from abuse from those in special positions of power.

To summarize, in my view, the defence of consent cannot succeed in the circumstances of this case. The appellant had a medical problem—an addiction to Fiorinal. Dr. Wynrib had knowledge of the problem. As a doctor, he had knowledge of the proper medical treatment, and knew she was motivated by her craving for drugs. Instead of fulfilling his professional responsibility to treat the appellant, he used his power and expertise to his own advantage and to her detriment. In my opinion, the unequal power between the parties and the exploitative nature of the relationship removed the possibility of the appellant's providing meaningful consent to the sexual contact.

pour le bien-être de l'appelante. Cela est incompatible avec son mépris flagrant du besoin de l'appelante d'être traitée. Si le bien-être de l'appelante lui avait vraiment tenu à cœur, il l'aurait aidée à surmonter sa dépendance.

L'intimé prétend que la thèse de l'appelante revient à dire qu'un toxicomane ne saurait donner de consentement. Un toxicomane, poursuit-il, ne serait donc pas jugé responsable de ses actes. Même si un état de dépendance peut indiquer une inégalité du rapport de force, cela n'a pas pour effet en soi de dépouiller un consentement de tout effet juridique. Suivant la formulation que j'ai proposée, il doit également y avoir une exploitation. Dans *Black c. Wilcox* (1976), 70 D.L.R. (3d) 192 (C.A. Ont.), à la p. 197, le juge Evans affirme au sujet de l'iniquité:

[TRADUCTION] ... la cour invoquera la règle d'*equity* selon laquelle la personne dont la situation d'infériorité l'empêche d'assurer elle-même sa protection sera protégée non pas contre sa propre sottise ou insouciance, mais contre son exploitation par une personne ayant une position dominante ou supérieure en matière de négociation. La combinaison de l'inégalité de la position des parties et de l'imprudence est à la base de ce principe. [Je souligne.]

Il s'agit non pas de dégager le toxicomane de toute responsabilité, mais de le protéger contre toute oppression de la part de personnes jouissant d'une position de force particulière.

En résumé, selon moi, le moyen de défense fondé sur le consentement ne saurait tenir en l'espèce. L'appelante avait un problème médical—la dépendance au Fiorinal. Le Dr Wynrib connaissait l'existence de ce problème. À titre de médecin, il connaissait le traitement médical approprié et il savait que l'appelante agissait sous l'empire de sa pharmacodépendance. Au lieu de s'acquitter de son devoir de médecin, c'est-à-dire de traiter l'appelante, il s'est servi de sa position de force et de sa compétence à son propre bénéfice et au détriment de l'appelante. J'estime que l'inégalité du rapport de force entre les parties et l'exploitation qui caractérise la relation ont empêché l'appelante de donner un consentement significatif aux contacts sexuels.

Ex Turpi Causa

In my opinion, the principle of *ex turpi causa non oritur actio* does not bar the appellant's recovery for damages. It is wise to recall the statement of Estey J. in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 476, that "cases where a tort action has been defeated by the *ex turpi causa* maxim are exceedingly rare". In my view, this is not one of those "rare" cases. The respondent forced the sex-for-drugs transaction on the appellant by virtue of her weakness. He initiated the arrangement for his own sexual gratification and then impelled her to engage in it. She was unwilling to participate but did so because of her addiction to drugs. It was only because the respondent prolonged the appellant's chemical dependency that the illicit relationship was available to him. The respondent has been found liable in this appeal because he took advantage of the appellant's addiction. To apply the doctrine of *ex turpi causa* in this case would be to deny the appellant damages on the same basis that she succeeded in the tort action: because she acted out of her desperation for Fiorinal. Surely public policy would not countenance giving to the appellant with one hand and then taking away with the other.

It is true that the appellant engaged in the offence of "double-doctoring" during the period in question. However, Estey J. in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*, p. 477, indicated that there must be a sufficient causal link between the appellant's participation in the illegal activity and the injury suffered. In my view, the offence of "double-doctoring" was irrelevant to the transaction between the appellant and the respondent. There was no causative link between the injury and the crime committed by the appellant. If the appellant had been relying on the respondent alone

Ex turpi causa

À mon avis, le principe *ex turpi causa non oritur actio* n'empêche pas l'appelante de réclamer des dommages-intérêts. Il est sage de rappeler les propos tenus par le juge Estey dans *Ciment Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la p. 476, selon lesquels «les affaires où une action délictuelle a été rejetée par l'application de la maxime *ex turpi causa* sont extrêmement rares». Je ne crois pas qu'il s'agisse, en l'occurrence, d'un de ces «rares» cas. L'intimé a profité de la faiblesse de l'appelante pour la contraindre à consentir à un échange de services sexuels contre des médicaments. Il a proposé l'échange pour assouvir ses propres besoins sexuels, puis il l'a incitée à s'y livrer. Elle ne voulait pas y participer, mais elle l'a fait en raison de sa pharmacodépendance. L'intimé n'a pu établir la relation illicite qu'en prolongeant la pharmacodépendance de l'appelante. On a jugé, dans le présent pourvoi, que l'intimé était responsable parce qu'il a profité de la dépendance de l'appelante. L'application du principe *ex turpi causa* en l'espèce reviendrait à refuser d'accorder des dommages-intérêts à l'appelante pour la même raison qu'elle a eu gain de cause dans l'action délictuelle, c'est-à-dire parce qu'elle a agi sous l'empire de son besoin désespéré de Fiorinal. L'ordre public ne saurait certes pas permettre que l'on donne d'une main à l'appelante pour ensuite lui retirer de l'autre ce qu'on lui a donné.

Il est vrai que, pendant la période en cause, l'appelante a commis l'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples. Toutefois, le juge Estey, dans *Ciment Canada LaFarge Ltée*, précité, a indiqué, à la p. 477, qu'il doit exister un lien de causalité suffisant entre la participation de l'appelante à l'activité illégale et le préjudice subi. Je suis d'avis que l'infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples n'a rien à voir avec le marché intervenu entre l'appelante et l'intimé. Il n'y a pas de lien de causalité entre le préjudice subi et l'infraction commise par l'appelante. Si l'appelante n'avait compté que sur l'intimé pour se procurer des médicaments au lieu d'obtenir des ordon-

for her drug supply rather than “double-doctoring”, she would have suffered the same harm.

In sum, I do not believe that it is in the public interest to absolve a doctor of civil liability where he deliberately abuses his position of power and influence by suggesting and pursuing a sex-for-drugs arrangement with a self-admitted drug addict. Accordingly, the *ex turpi causa* maxim does not operate in the circumstances of this case to bar relief.

Damages

The appellant asks for an award of damages which includes the following: (1) compensatory damages for wrongful supply of drugs and prolongation of addiction, (2) aggravated damages for the remorse, shame, damaged self-confidence and emotional harm caused by the continued supply of drugs and the sexual exploitation of the appellant, and (3) punitive damages for the respondent’s breach of trust. The courts below were unwilling to award damages. Only Locke J.A., dissenting, would have awarded \$1,000 nominal damages for the respondent’s negligence which prolonged the appellant’s chemical dependence. I am concerned here, however, with damages for the sexual assault, which I have held constitutes the tort of battery at common law.

I begin by noting that the battery is actionable without proof of damage. Moreover, liability is not confined to foreseeable consequences. Aggravated damages may be awarded if the battery has occurred in humiliating or undignified circumstances. These damages are not awarded in addition to general damages. Rather, general damages are assessed “taking into account any aggravating features of the case and to that extent increasing the amount awarded”: see *N. (J.L.) v. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65 (Man. Q.B.), at p. 71, *per* Lockwood J. These must be distinguished from punitive or exemplary damages. The latter are awarded to punish the defendant and to make an

nances multiples, elle aurait subi le même préjudice.

Somme toute, je ne crois pas qu’il soit dans l’intérêt public de dégager de toute responsabilité civile le médecin qui, délibérément, abuse de sa position de force et de son influence en proposant un échange de services sexuels contre des médicaments à une personne qui lui a révélé être pharmacodépendante, et qui donne suite à sa proposition. En conséquence, la maxime *ex turpi causa* n’empêche pas, en l’espèce, de demander réparation.

Les dommages-intérêts

L’appelante sollicite des dommages-intérêts comprenant: (1) des dommages-intérêts compensatoires pour la fourniture illégale de médicaments et la prolongation de sa dépendance, (2) des dommages-intérêts majorés pour les remords, la honte, la perte de confiance en soi et les troubles émotifs causés par la continuation de l’approvisionnement en médicaments et pour l’exploitation sexuelle de l’appelante, et (3) des dommages-intérêts punitifs pour l’abus de confiance commis par l’intimé. Les tribunaux d’instance inférieure ont refusé d’accorder des dommages-intérêts. Seul le juge Locke, dissident, de la Cour d’appel aurait accordé des dommages-intérêts symboliques de 1 000\$ pour la négligence dont a fait preuve l’intimé en prolongeant la pharmacodépendance de l’appelante. Cependant, je m’intéresse ici aux dommages-intérêts pour l’agression sexuelle qui constitue, selon moi, le délit de voies de fait en common law.

Je fais d’abord remarquer que les voies de fait confèrent un droit d’action sans qu’il ne soit nécessaire de prouver l’existence d’un préjudice. De plus, la responsabilité n’est pas limitée aux conséquences prévisibles. Des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés si les voies de fait ont été commises dans des circonstances humiliantes ou portant atteinte à la dignité. Ils ne sont pas accordés en sus des dommages-intérêts généraux. La façon d’évaluer ces derniers consiste plutôt [TRADUCTION] «à tenir compte des circonstances aggravantes de l’espèce et à augmenter en conséquence le montant accordé»: voir *N. (J.L.) c. L. (A.M.)* (1988), 47 C.C.L.T. 65 (B.R. Man.), à la

example of him or her in order to deter others from committing the same tort; see Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 54-55. In *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at pp. 1107-8, McIntyre J. thus set forth the circumstances where the defendant's conduct would merit punishment:

... punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

Although aggravated damages will frequently cover conduct which could also be the subject of punitive damages, as I noted, the two types of damages are distinguishable; punitive damages are designed to punish whereas aggravated damages are designed to compensate. See *Vorvis*, at pp. 1098-99.

An award of damages should reflect the nature of the assault. In *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, this Court noted that a sexual assault results in a greater impact on the complainant than a non-sexual assault. Given that one can obtain considerable damages for an assault of a non-sexual nature, the appellant, in my opinion, is entitled to significant aggravated damages for the indignity of the coerced sexual assault. For example, in *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (Sask. C.A.), the defendant was found liable for grabbing the plaintiff by the nose even though there was no evidence that the plaintiff was physically injured. The court held that the plaintiff could recover substantial damages for injury to his personal dignity. Clearly the indignity of a sexual assault outweighs the

p. 71, le juge Lockwood. Les dommages-intérêts généraux doivent être distingués des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Ces derniers sont accordés pour punir le défendeur et pour en faire un exemple afin de dissuader d'autres personnes de commettre le même délit; voir Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), aux pp. 67 et 68). Dans *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, aux pp. 1107 et 1108, le juge McIntyre précise les circonstances dans lesquelles la conduite du défendeur justifierait une peine:

... il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

Même s'il arrive fréquemment, comme je l'ai souligné, que des dommages-intérêts majorés soient accordés à l'égard d'une conduite qui pourrait également justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, les deux types de dommages-intérêts peuvent être distingués: les dommages-intérêts punitifs visent à punir alors que les dommages-intérêts majorés ont pour but d'indemniser. Voir *Vorvis*, aux pp. 1098 et 1099.

Les dommages-intérêts accordés devraient refléter la nature de l'agression. Dans l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, notre Cour a fait remarquer qu'une agression sexuelle a un effet plus important sur la plaignante qu'une agression qui n'est pas de nature sexuelle. Comme il est possible d'obtenir des dommages-intérêts considérables pour une agression qui n'est pas de nature sexuelle, je suis d'avis que l'appelante a droit à des dommages-intérêts majorés importants pour l'affront découlant de l'agression sexuelle sous la contrainte. Par exemple, dans *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (C.A. Sask.), le défendeur a été condamné pour avoir saisi le demandeur par le nez malgré l'absence de toute preuve de lésion corporelle. Le tribunal a statué que le demandeur avait

indignity of having one's nose pulled. In *McCraw, supra*, Justice Cory stated, at p. 85, that "[i]t is hard to imagine a greater affront to human dignity" than non-consensual sexual intercourse. Although this statement was made in the context of rape, it has relevance to the circumstances at issue here as well.

General damages (including aggravated damages in some cases) have been awarded by the lower courts in a number of recent sexual assault cases. In *N. (J.L.) v. L. (A.M.)*, *supra*, the plaintiff was repeatedly sexually abused by the common law husband of the plaintiff's mother over a period of six years beginning when the plaintiff was six. Evidence was adduced as to the actual and expected effects of the abuse. Damages were assessed at \$65,000. In *Glendale v. Drozdik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839 (S.C.), the plaintiff was forcibly raped. After the incident, the plaintiff became frequently depressed and suffered from post-traumatic shock syndrome. She became reclusive for almost two years, was unable to cope with work or her family, drank excessively for a time, and did not seek counselling for six months. The evidence showed that she suffered humiliation and loss of dignity. Taking into account the aggravated damages to which the plaintiff was entitled, general damages were assessed at \$15,000. In *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (Ont. H.C.), the landlord's employee raped the plaintiff in her apartment. The plaintiff underwent pain, suffering, indignity and humiliation and suffered emotional and psychological injury including fear, distress and anxiety and continued to do so over two years later. General damages were assessed at \$40,000. In *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.), the plaintiff, when still a minor, was sexually assaulted a number of times over a seven-year period by the defendant, an elderly friend of her grandfather. The assaults consisted of kissing, fondling and attempted intercourse. The defendant also required the plaintiff to undress and took photographs of her during the

droit à des dommages-intérêts importants pour atteinte à sa dignité personnelle. Il est évident qu'une agression sexuelle porte davantage atteinte à la dignité que le fait d'être tiré par le nez. Dans l'arrêt *McCraw*, précité, le juge Cory a d'ailleurs dit, à la p. 85, qu'«[i]l est difficile d'imaginer un plus grand affront à la dignité humaine» qu'un rapport sexuel sans consentement. Bien que ces propos aient été tenus dans le contexte d'une affaire de viol, ils s'appliquent tout autant dans les circonstances de la présente affaire.

Les tribunaux d'instance inférieure ont accordé des dommages-intérêts généraux (y compris, dans certains cas, des dommages-intérêts majorés) dans un certain nombre de décisions récentes en matière d'agression sexuelle. Dans *N. (J.L.) c. L. (A.M.)*, précité, la plaignante avait, depuis l'âge de six ans, été agressée sexuellement par le conjoint de fait de sa mère, à maintes reprises, et ce, pendant six années. Des éléments de preuve ont été présentés quant aux conséquences réelles et prévues de l'agression. Des dommages-intérêts de 65 000\$ ont été accordés. Dans *Glendale c. Drozdik*, [1990] B.C.W.L.D. 1839 (C.S.), on avait eu recours à la force pour violer la demanderesse qui avait souffert par la suite de dépression chronique et d'un syndrome de choc post-traumatique. Elle s'était repliée sur elle-même pendant presque deux ans, elle avait été incapable de travailler ou de s'occuper de sa famille, elle avait bu à l'excès pendant un certain temps et elle n'avait pas cherché à obtenir des conseils pendant six mois. La preuve a révélé qu'elle souffrait d'humiliation et de perte de dignité. Compte tenu des dommages-intérêts majorés auxquels la demanderesse avait droit, des dommages-intérêts généraux de 15 000\$ lui ont été accordés. Dans *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (H.C. Ont.), l'employé du locateur avait violé la demanderesse dans son appartement. La demanderesse avait éprouvé douleur, souffrance, perte de dignité et humiliation et avait subi un préjudice émotif et psychologique comportant des sentiments de crainte, de désarroi et d'angoisse qu'elle continuait d'éprouver deux ans plus tard. Des dommages-intérêts généraux de 40 000\$ lui ont été accordés. Dans *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.), au

assaults. As a result of the assaults, the plaintiff felt worthless and dirty, lost the capacity to trust people, particularly men, found it difficult to form intimate and lasting relationships, and had flashbacks and recurrent nightmares. Wood J. held that the circumstances of the case aggravated the plaintiff's general damages and awarded \$40,000 general damages. *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (Sask. Q.B.), was another case involving a brutal rape. After the rape, the plaintiff had difficulty in her sexual relations with her husband (fiancé at the time of the rape), experienced anxiety, insecurity, embarrassment, humiliation and loss of self-worth, lost sleep, no longer trusted men, and experienced periods of depression. General damages of \$10,000 were awarded. In *Lyth v. Dagg*, the student-teacher case cited earlier, general damages of \$5,000 were awarded. In *W.(B.) v. Mellor*, *supra*, damages of \$10,000 were awarded for the additional emotional stress the defendant-doctor caused the plaintiff for two years of improper sexual conduct.

cours d'une période de sept ans, la demanderesse, qui était encore mineure, avait été agressée sexuellement un certain nombre de fois par le défendeur, un vieil ami de son grand-père. Les agressions avaient consisté en des baisers, des caresses et des tentatives de rapports sexuels. Le défendeur avait également exigé de la demanderesse qu'elle se déshabille et il l'avait photographiée pendant les agressions. Suite à ces agressions, la demanderesse s'était sentie méprisable et sale, ne pouvait plus faire confiance aux gens, en particulier aux hommes, avait éprouvé de la difficulté à établir des relations intimes et durables et avait été aux prises avec des mauvais souvenirs et des cauchemars fréquents. Le juge Wood a statué que les circonstances de l'affaire justifiaient la majoration des dommages-intérêts généraux de la demanderesse et il les a fixés à 40 000\$. L'affaire *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (B.R. Sask.) portait également sur un viol brutal. Après le viol, la demanderesse avait éprouvé des difficultés à avoir des rapports sexuels avec son mari (qui était son fiancé au moment du viol), de l'angoisse, de l'insécurité, de la gêne, de l'humiliation, une perte d'estime de soi, de l'insomnie, de la méfiance à l'égard des hommes et avait connu des périodes de dépression. Des dommages-intérêts généraux de 10 000\$ ont été accordés. Dans l'affaire *Lyth c. Dagg*, précitée, mettant en cause un élève et un enseignant, des dommages-intérêts généraux de 5 000\$ ont été accordés. Dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, des dommages-intérêts de 10 000\$ ont été accordés pour le stress émotionnel supplémentaire que le défendeur, un médecin, avait causé à la demanderesse suite à deux années de comportement sexuel inopportun.

In the present case, there were repeated sexual encounters over a substantial period of time with a person in a position of power. The respondent used his power as a doctor to take advantage of the fact that the appellant was addicted to drugs. There is some distinction between this case and the rape cases cited above in that the assault here was not physically violent. However, the respondent's conduct has caused the appellant humiliation and loss of dignity as is evident from her testimony. She testified at trial that she thinks about the events with Dr. Wynrib on a daily basis and that she has

Dans la présente affaire, des contacts sexuels ont eu lieu à maintes reprises, pendant une longue période, avec une personne en position de force. L'intimé s'est servi de sa position de force en tant que médecin pour tirer profit de la pharmacodépendance de l'appelante. La présente affaire se distingue, jusqu'à un certain point, des affaires de viol susmentionnées du fait que l'agression n'a comporté ici aucune violence physique. Cependant, la conduite de l'intimé a humilié l'appelante et lui a fait perdre sa dignité, comme le révèle le témoignage de celle-ci. Au procès, l'appelante a

felt a great deal of shame. In fact, she felt that she did not deserve to have her son because of what she had done with Dr. Wynrib. In view of the circumstances, I would award general damages of \$20,000.

In several of the sexual assault cases, punitive damages were not awarded because the defendant had been convicted. An award of punitive damages in such circumstances would have amounted to double punishment. Punitive damages in the amount of \$10,000 were, however, awarded in *Harder v. Brown, supra*, in the amount of \$15,000 in *W.(B.) v. Mellor, supra*, and in the amount of \$40,000 in *Myers v. Haroldson, supra*. In awarding damages in the latter case, Osborn J. noted, at p. 614, that punitive damages are often awarded "where the tortfeasor has offended the ordinary standards of morality or decent conduct in the community, or is guilty of moral turpitude. . . . They are also awarded where the defendant's conduct amounts to arrogance and callousness". He held that the defendant's conduct attracted punitive damages for a number of reasons including the facts that the sexual assault involved excessive force, the defendant acted arrogantly and callously in carrying out the assault, and the defendant offended the ordinary standards of morality and decency in a cold and calculating way. He concluded, at p. 614, that the defendant's conduct was

. . . conduct needing deterrence as the predominance of sexual assaults primarily by adult males upon females in our society is real and unabating. This court is aware of the many studies and reports as will evidence the number of sexual assaults upon women in Canada, many of which go unreported, and others reported but where requisite evidence is lacking, allowing the offender to escape without penalty of law;

témoigné qu'elle pensait quotidiennement à ce qui s'était passé avec le Dr Wynrib et qu'elle ressentait une très grande honte. En fait, elle se croyait indigne d'être la mère de son fils à cause de ce qu'elle avait fait avec le médecin. Étant donné les circonstances, j'accorderais des dommages-intérêts généraux de 20 000\$.

Dans plusieurs des cas d'agression sexuelle, des dommages-intérêts punitifs n'ont pas été accordés parce que le défendeur avait été déclaré coupable. En pareil cas, l'attribution de dommages-intérêts punitifs aurait équivalu à imposer une double peine. On a toutefois accordé des dommages-intérêts punitifs de 10 000\$ dans *Harder c. Brown*, précité, de 15 000\$ dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, et de 40 000\$ dans *Myers c. Haroldson*, précité. En accordant les dommages-intérêts dans cette dernière affaire, le juge Osborn fait remarquer, à la p. 614, que des dommages-intérêts punitifs sont souvent consentis [TRADUCTION] «lorsque l'auteur du délit a agi au mépris des normes sociales habituelles en matière de moralité et de décence, ou lorsqu'il a fait preuve de turpitude morale [. . .] Ils sont également accordés lorsque la conduite du défendeur est empreinte d'arrogance ou d'insensibilité . . . » Il a statué que la conduite du défendeur justifiait l'attribution de dommages-intérêts punitifs, pour un certain nombre de raisons, dont le fait que l'agression sexuelle avait comporté l'emploi d'une force excessive, que le défendeur avait agi de façon arrogante et impitoyable en commettant l'agression et qu'il avait enfreint les normes habituelles de moralité et de décence d'une manière impassible et calculée. Il a conclu, à la p. 614, que la conduite du défendeur était

[TRADUCTION] . . . une conduite devant être découragée puisqu'il est constant, dans notre société, que les agressions sexuelles sont essentiellement le fait d'adultes de sexe masculin dont les victimes sont des personnes de sexe féminin. Le tribunal est conscient des multiples études et rapports qui font état des innombrables agressions sexuelles dont sont victimes les femmes au Canada, dont bon nombre ne sont pas signalées et d'autres, qui sont signalées mais qui n'entraînent pas la condamnation du contrevenant à cause de l'absence de preuve requise;

The question that must be asked is whether the conduct of Dr. Wynrib was such as to merit condemnation by the Court. It was not harsh, vindictive or malicious to use the terms cited in *Vorvis, supra*. However, it was reprehensible and it was of a type to offend the ordinary standards of decent conduct in the community. Further, the exchange of drugs for sex by a doctor in a position of power is conduct that cries out for deterrence. As is stated in *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients, supra*, at p. 80:

The limited understanding of sexual abuse involving a breach of trust has been a major barrier to effective self-regulation. Both the actual harm and the risk of harm to other patients posed by a physician who chooses to abuse his position of power to sexually exploit and abuse are rarely identified; moreover, when harm and risk of harm are identified, both are profoundly underestimated.

An award of punitive damages is of importance to make it clear that this trend of underestimation cannot continue. Dr. Wynrib's use of power to gain sexual favours in the context of a doctor-patient relationship is conduct that is offensive and reprehensible. In all the circumstances, I would award an additional \$10,000 in punitive damages.

Disposition

I would allow the appeal and enter judgment for the plaintiff against the defendant. The plaintiff is entitled to aggravated damages in the amount of \$20,000 and punitive damages in the amount of \$10,000, the whole with costs throughout.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Sopinka. With respect, I do not find that the doctrines of tort or contract capture

Il faut se demander si la conduite du Dr Wynrib était de nature à justifier sa condamnation par notre Cour. Sa conduite n'était pas, pour reprendre les termes employés dans *Vorvis*, précité, dure, vengeance ou malicieuse. Elle était toutefois répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence. En outre, l'échange de médicaments contre des services sexuels, par un médecin en position de force, est une conduite qu'il faut à tout prix décourager. Voici à ce sujet un extrait du *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, précité, à la p. 80:

[TRADUCTION] Le manque de compréhension manifesté à l'endroit des agressions sexuelles comportant un abus de confiance est l'un des principaux obstacles à une autoréglementation efficace. L'existence d'un préjudice réel ou d'un préjudice susceptible d'être causé à d'autres patients par le médecin qui choisit d'abuser de sa position de force pour s'adonner à l'exploitation sexuelle, est rarement établie; de plus, lorsque le préjudice et le risque de préjudice sont prouvés, ils sont largement sous-estimés.

Il importe d'accorder des dommages-intérêts punitifs afin de signifier clairement que cette tendance à la sous-estimation ne saurait continuer. Le fait que le Dr Wynrib se soit servi de sa position de force pour obtenir des faveurs sexuelles dans le cadre d'une relation médecin-patiente est choquant et répréhensible. Compte tenu de toutes les circonstances, j'accorderais, en outre, des dommages-intérêts punitifs de 10 000\$.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre jugement en faveur de la demanderesse contre le défendeur. La demanderesse a droit à 20 000\$ de dommages-intérêts majorés et à 10 000\$ de dommages-intérêts punitifs, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Après avoir pris connaissance des motifs de mes collègues les juges La Forest et Sopinka, je ne puis conclure, en toute déférence, que les théories de la responsabilité

the essential nature of the wrong done to the plaintiff. Unquestionably, they do catch aspects of that wrong. But to look at the events which occurred over the course of the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg from the perspective of tort or contract is to view that relationship through lenses which distort more than they bring into focus. Only the principles applicable to fiduciary relationships and their breach encompass it in its totality. In my view, that doctrine is clearly applicable to the facts of this case on principles articulated by this Court in earlier cases. It alone encompasses the true relationship between the parties and the gravity of the wrong done by the defendant; accordingly, it should be applied.

The facts, recited in detail by La Forest J., need not detain me at length. The plaintiff was a young woman, who began under prescription to take painkillers to alleviate the pain associated with an abscessed tooth. By the time her dental problem was diagnosed and properly treated, she was addicted. Her physicians at that time did nothing to assist her in making a gradual withdrawal from the painkillers. She no longer had any medical condition which would indicate the continued ingestion of analgesics, but her craving for the drugs continued. Her drug of choice was Fiorinal, a pharmaceutical legally obtainable only on prescription, whose active ingredients include both codeine, an opiate, and butalbital, a barbiturate. Her life became one long search for the drug. It was illegal; it was hard to get. At first she was able to get it from her sister, but the best way to get it was through doctors. So the plaintiff consulted doctors, many doctors. The doctor who had been supplying her sister with prescriptions proved a fertile source, but then he retired. His replacement refused to give her more pills. She went to Dr. Wynrib with a tale of a painful ankle and asked for Fiorinal. He gave her the prescription. She kept going back for more, on the pretext of this and other illnesses. Dr. Wynrib quickly realized that she was addicted to Fiorinal and confronted her with the addiction. But he coupled the confrontation with a request: "if

délictuelle ou des contrats permettent de cerner la nature fondamentale du méfait commis à l'égard de la demanderesse. Bien que ces théories s'appliquent manifestement à certains aspects du méfait, l'analyse des événements qui se sont produits pendant la durée de la relation établie entre le Dr Wynrib et M^{me} Norberg sous l'angle de la responsabilité délictuelle ou contractuelle fausse l'image au lieu d'y apporter l'éclairage voulu. Seuls les principes applicables aux rapports fiduciaires et à leur violation permettent de l'analyser intégralement. Selon moi, cette théorie s'applique indiscutablement aux faits de l'espèce compte tenu des principes établis par notre Cour dans d'autres arrêts. Elle seule rend compte de la véritable relation établie entre les parties et de la gravité du méfait commis par le défendeur, et c'est pourquoi notre Cour devrait l'appliquer.

Le juge La Forest ayant déjà relaté les faits en détail, je ne m'y attarderai pas. La demanderesse, une jeune femme, a commencé à prendre des analgésiques sur ordonnance, afin de soulager la douleur causée par un abcès dentaire. Avant même que le diagnostic ait été établi et le traitement appliqué, la demanderesse était pharmacodépendante. Ses médecins n'ont rien fait à cette époque pour l'aider à se soustraire progressivement à cette dépendance. Son état de santé ne justifiait plus la prise d'analgésiques, mais le besoin impérieux persistait. Son médicament de prédilection était le Fiorinal, un produit pharmaceutique ne pouvant légalement être obtenu que sur ordonnance, dont les ingrédients actifs comprennent la codéine, un opiacé et le butalbital, un barbiturique. Sa vie s'est alors transformée en une longue recherche du moyen de s'en procurer. S'agissant d'une substance illégale, il était difficile d'en trouver. Au début, sa sœur lui en a fourni, mais il était plus commode de s'en procurer par l'entremise d'un médecin. La demanderesse s'est donc adressée à plusieurs médecins. Jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite, le médecin de sa sœur lui a fourni de nombreuses ordonnances, mais un remplaçant a refusé de lui prescrire d'autres comprimés. Elle est alors allée voir le Dr Wynrib pour obtenir une ordonnance de Fiorinal, prétextant une douleur à la cheville. Le médecin lui a remis une ordonnance. Elle

you're good to me I will be good to you", a request whose meaning was made clear by his pointing upstairs where he lived. The plaintiff refused and left. He continued to make similar suggestions to her and she stopped seeing him. For a while she got Fiorinal from other doctors and off the street. As the other doctors reduced both her supply and the strength of the medication prescribed, she became, as she put it, desperate. She went back to Dr. Wynrib. She gave him what he wanted — sexual favours. He gave her Fiorinal. At one point she begged Dr. Wynrib for help. He did not advise treatment. He merely told her "to quit". The medical evidence establishes that it is virtually impossible "to quit" without the aid of a professional anti-addiction program. After being charged with the offence of "double-doctoring", the plaintiff of her own initiative went to a rehabilitation centre for drug addicts. She left the centre after one month and has not taken any drugs for non-medical reasons since.

It is not disputed that Dr. Wynrib abused his duty to the plaintiff. He provided her with drugs he knew she should not have. He failed to advise her to enrol in an anti-addiction program, thereby prolonging her addiction. Instead, he took advantage of her addiction to obtain sexual favours from her over a period of more than two years.

The relationship of physician and patient can be conceptualized in a variety of ways. It can be viewed as a creature of contract, with the physician's failure to fulfil his or her obligations giving rise to an action for breach of contract. It undoubt-

y est retournée par la suite en se plaignant de la même douleur ou d'autres malaises. Rapidement, le Dr Wynrib s'est rendu compte que la demanderesse avait une dépendance à l'égard du Fiorinal et il l'a interrogée à ce sujet. Or, ce faisant, il a ajouté [TRADUCTION] «si tu es gentille avec moi, je serai gentil avec toi», pointant alors du doigt l'étage supérieur où il résidait, de manière à préciser la nature de son offre. La demanderesse a refusé et a quitté les lieux. Le défendeur persistant à faire des offres similaires, la demanderesse a cessé de le consulter. Pendant un certain temps, elle s'est procuré des comprimés Fiorinal auprès d'autres médecins et sur le marché noir. Mais lorsque les autres médecins consultés ont diminué la quantité et la dose des médicaments prescrits, la demanderesse est devenue, selon ses propres dires, désespérée. Elle est donc retournée voir le Dr Wynrib et elle a accepté d'avoir des rapports sexuels avec lui. Il lui a alors donné des comprimés Fiorinal. À un moment donné, elle a supplié le médecin de l'aider, mais celui-ci ne lui a conseillé aucun traitement, lui disant seulement «d'arrêter». Selon la preuve médicale, il est presque impossible «d'arrêter» sans participer à un programme de désintoxication sous surveillance. Après avoir été accusée d'avoir obtenu des ordonnances multiples, la demanderesse s'est rendue, de son propre chef, dans un centre de réadaptation pour toxicomanes. Elle en est repartie au bout d'un mois et s'abstient, depuis lors, de prendre des médicaments à des fins non thérapeutiques.

Le fait que le Dr Wynrib a manqué à ses obligations envers la demanderesse n'est pas contesté. Il lui a prescrit des médicaments dont il savait qu'elle n'avait pas médicalement besoin. Il a omis de lui conseiller de s'inscrire à un programme de désintoxication, prolongeant ainsi sa dépendance. Au lieu de cela, il a tiré avantage de sa dépendance pour avoir des rapports sexuels avec la demanderesse pendant plus de deux ans.

La relation entre un médecin et son patient peut être analysée de diverses manières. On peut l'assimiler à un contrat où l'omission du médecin de s'acquitter de ses obligations confère un droit d'action pour inexécution de contrat. Par ailleurs, elle

edly gives rise to a duty of care, the breach of which constitutes the tort of negligence. In common with all members of society, the doctor owes the patient a duty not to touch him or her without his or her consent; if the doctor breaches this duty he or she will have committed the tort of battery. But perhaps the most fundamental characteristic of the doctor-patient relationship is its fiduciary nature. All the authorities agree that the relationship of physician to patient also falls into that special category of relationships which the law calls fiduciary.

The recent judgment of La Forest J. in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 148-49, a case recognizing a patient's right of access to her medical records, canvasses those authorities and confirms the fiduciary nature of the doctor-patient relationship. I can do no better than to quote the following passage from his judgment:

A physician begins compiling a medical file when a patient chooses to share intimate details about his or her life in the course of medical consultation. The patient "entrusts" this personal information to the physician for medical purposes. It is important to keep in mind the nature of the physician-patient relationship within which the information is confided. In *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), Hodgins J.A. stated, at p. 155, that the relationship between physician and patient is one in which "trust and confidence" must be placed in the physician. This statement was referred to with approval by LeBel J. in *Henderson v. Johnston*, [1956] O.R. 789, who himself characterized the physician-patient relationship as "fiduciary and confidential", and went on to say: "It is the same relationship as that which exists in equity between a parent and his child, a man and his wife, an attorney and his client, a confessor and his penitent, and a guardian and his ward" (p. 799). Several academic writers have similarly defined the physician-patient relationship as a fiduciary or trust relationship: see, for example, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 3; A. Hopper, "The Medical Man's Fiduciary Duty" (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr and R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), at p. 2; M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988) at p. 10-1. I agree with this characterization.

fait naître, sans aucun doute, une obligation de diligence dont le non-respect correspond au délit de négligence. Comme tout citoyen, le médecin a l'obligation de ne toucher un patient qu'avec son consentement; le médecin qui manque à cette obligation commet le délit de voies de fait (*battery*). Toutefois, ce qui distingue peut-être le plus la relation médecin-patient de tout autre rapport, c'est son caractère fiduciaire. Il est bien établi que la relation entre un médecin et son patient appartient également à cette catégorie particulière de rapports que la loi qualifie de fiduciaires.

Le récent jugement prononcé par le juge La Forest dans *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 148 et 149, une affaire où est reconnu le droit d'une patiente de consulter son dossier médical, fait état de la jurisprudence et de la doctrine en la matière et confirme le caractère fiduciaire de la relation médecin-patient. Voici un extrait de ce jugement:

Un médecin commence à constituer un dossier médical quand un patient choisit de lui faire partager des détails intimes sur sa vie pendant une consultation. Le patient «confie» ces renseignements personnels au médecin à des fins médicales. Il importe de ne pas oublier la nature de la relation médecin-patient dans le cadre de laquelle ces renseignements sont confiés. Dans l'arrêt *Kenny c. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (C.A.), le juge Hodgins affirme, à la p. 155, que la relation entre le médecin et son patient en est une dans laquelle il faut faire «confiance» au médecin. Dans l'affaire *Henderson c. Johnston*, [1956] O.R. 789, ces propos ont été mentionnés et approuvés par le juge LeBel qui a lui-même qualifié la relation médecin-patient de [TRADUCTION] «fiduciaire et confidentielle», pour ensuite ajouter: [TRADUCTION] «Il s'agit de la même relation que celle qui existe, en *equity*, entre un parent et son enfant, un époux et son épouse, un avocat et son client, un confesseur et son pénitent, et un tuteur et son pupille» (p. 799). Plusieurs auteurs ont eux aussi qualifié de fiduciaire la relation entre le médecin et son patient; voir, par exemple, E. I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 3; A. Hopper, «The Medical Man's Fiduciary Duty» (1973), 7 *Law Teacher* 73; A. J. Meagher, P. J. Marr et R. A. Meagher, *Doctors and Hospitals: Legal Duties* (1991), à la p. 2, M. V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), à la p. 10-1. Je souscris à cette qualification.

So do I. I think it is readily apparent that the doctor-patient relationship shares the peculiar hallmark of the fiduciary relationship — trust, the trust of a person with inferior power that another person who has assumed superior power and responsibility will exercise that power for his or her good and only for his or her good and in his or her best interests. Recognizing the fiduciary nature of the doctor-patient relationship provides the law with an analytic model by which physicians can be held to the high standards of dealing with their patients which the trust accorded them requires. This point has been well made by Jorgenson and Randles in “Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases” (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

The foundation and ambit of the fiduciary obligation are conceptually distinct from the foundation and ambit of contract and tort. Sometimes the doctrines may overlap in their application, but that does not destroy their conceptual and functional uniqueness. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation when those obligations are breached, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party exercises power on behalf of another and pledges himself or herself to act in the best interests of the other.

Frankel, in “Fiduciary Law” (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795, compares the fiduciary relationship with status and contract relationships, with both of which fiduciary relationships may overlap. Like a status relationship (the relationship of parent and child is perhaps the archetypical status relationship), the fiduciary relationship is characterized by dependency, but the scope of that dependency is usually not as all-encompassing and pervasive as that obtaining in a status relationship. The benefi-

J’y souscris également. Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance, la confiance d’une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu’une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts. La reconnaissance du caractère fiduciaire de la relation médecin-patient permet de recourir, en droit, à des paramètres d’analyse qui assujettissent les médecins à des normes élevées dans leurs rapports avec les patients, comme l’exige la confiance qu’ils accordent aux médecins. C’est ce que font valoir Jorgenson et Randles dans «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

L’obligation fiduciaire, dans sa portée et son fondement, diffère sur le plan notionnel de l’obligation contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Elles peuvent parfois se chevaucher dans leur application, mais leurs fondements théoriques et leur fonctions demeurent distincts. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, le droit recherche l’équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité en cas d’inobservation des obligations et préserver une liberté optimale pour les parties au rapport en question. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l’une des parties exerce un pouvoir au nom de l’autre et s’engage à agir dans le meilleur intérêt de celle-ci.

Dans son ouvrage «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795, Frankel compare le rapport fiduciaire avec le rapport fondé sur le statut et celui issu d’un contrat, entre lesquels il peut y avoir des chevauchements. À l’instar des rapports fondés sur le statut (la relation entre parent et enfant constituant peut-être l’archétype de tels rapports), le rapport fiduciaire se caractérise par la dépendance, bien que celle-ci ne soit habituellement pas aussi étendue et générale que celle qui est

ciary entrusts the fiduciary with information or other sources of power over the beneficiary, but does so only within a circumscribed area, for example entrusting his or her lawyer with power over his or her legal affairs or his or her physician with power over his or her body. Although fiduciary relationships may properly be recognized in the absence of consent by the beneficiary—the consent of a child to his or her parents' acting in a fiduciary capacity for the child's benefit is not required—they are more typically the product of the voluntary agreement of the parties that the beneficiary will cede to the fiduciary some power, and are always dependent on the fiduciary's undertaking to act in the beneficiary's interests. In this respect fiduciary relationships resemble contractual relationships. In contrast to both status and contract relationships, however,

... fiduciary relations are designed not to satisfy both parties' needs, but only those of the entrustor. Thus, a fiduciary may enter into a fiduciary relation without regard to his own needs. Moreover, an entrustor does not owe the fiduciary anything by virtue of the relation except in accordance with the agreed-upon terms or legally fixed status duties. Therefore, in a fiduciary relation, the entrustor is free from domination by the fiduciary, although he may still be coerced in parallel status relation. Thus, fiduciary relations combine the bargaining freedom inherent in contract relations with a limited form of the power and dependence of status relations.

Accordingly, the law of fiduciary relations should, if possible, preserve the best aspects of status and contract relations. It is desirable for the entrustor to depend on the fiduciary to satisfy certain needs. But it would not be desirable for fiduciary law to impose the relation on either party or to allow the fiduciary to abuse his power. Therefore, fiduciary law should permit the parties to enter into the relation freely and ensure that the fiduciary will not coerce the entrustor. [At p. 801.]

propre au rapport fondé sur le statut. Le bénéficiaire confie au fiduciaire des renseignements le concernant ou lui fournit d'autres moyens d'exercer un pouvoir sur lui, mais seulement dans un domaine bien précis, par exemple, en confiant à son avocat un pouvoir sur ses affaires d'ordre juridique et à son médecin un pouvoir sur son corps. Bien que l'on puisse conclure, à juste titre, à l'existence d'un rapport fiduciaire malgré l'absence de consentement du bénéficiaire—le consentement de l'enfant à ce que ses parents agissent à titre fiduciaire à son bénéfice n'est pas requis—ce rapport résulte le plus souvent d'un accord entre les parties, aux termes duquel le bénéficiaire investit le fiduciaire d'un certain pouvoir et il dépend toujours du fait que le fiduciaire s'engage à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire. De ce point de vue, le rapport fiduciaire s'apparente au lien contractuel. Toutefois, contrairement au lien fondé sur le statut ou issu d'un contrat,

[TRADUCTION] ... le rapport fiduciaire ne vise pas à satisfaire les besoins des deux parties, mais seulement ceux du bénéficiaire. Ainsi, un fiduciaire peut établir un rapport fiduciaire sans égard à son intérêt personnel. De plus, le bénéficiaire n'est nullement redevable de quoi que ce soit envers le fiduciaire en raison du rapport établi, sous réserve de ce que prévoit la loi ou quelque entente à ce sujet. Par conséquent, dans un rapport fiduciaire, le fiduciaire n'exerce aucune domination sur le bénéficiaire, même s'il peut exercer une certaine coercition dans le cadre d'un rapport parallèle fondé sur le statut. Partant, le rapport fiduciaire joint à la liberté de négociation, qui caractérise le rapport contractuel, le pouvoir et la dépendance, sous une forme plus restreinte, qui sont inhérents au rapport fondé sur le statut.

En conséquence, le droit régissant les rapports fiduciaires devrait, dans la mesure du possible, retenir les aspects les plus positifs du droit applicable aux rapports fondés sur le statut ou issus d'un contrat. Il importe que le bénéficiaire puisse compter sur le fiduciaire pour la satisfaction de certains besoins, mais il n'est pas souhaitable que le droit applicable en la matière impose le rapport à l'une ou l'autre des parties ou permette que le fiduciaire abuse de son pouvoir. Ainsi, le droit applicable aux rapports fiduciaires devrait permettre aux parties d'établir le rapport de leur gré et faire en sorte que le fiduciaire n'exerce aucune coercition à l'égard du bénéficiaire. [À la p. 801.]

The fiduciary relationship has trust, not self-interest, at its core, and when breach occurs, the balance favours the person wronged. The freedom of the fiduciary is limited by the obligation he or she has undertaken—an obligation which “betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest”: *Canadian Aero Service Ltd. v. O’Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 606. To cast a fiduciary relationship in terms of contract or tort (whether negligence or battery) is to diminish this obligation. If a fiduciary relationship is shown to exist, then the proper legal analysis is one based squarely on the full and fair consequences of a breach of that relationship.

As La Forest J. went on to note in *McInerney*, *supra*, at p. 149, characterizing the doctor-patient relationship as fiduciary is not the end of the analysis: “not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. A relationship may properly be described as “fiduciary” for some purposes, but not for others”. So the question must be asked, did a fiduciary relationship exist between Dr. Wynrib and Ms. Norberg? And assuming that such a relationship did exist, is it properly described as fiduciary for the purposes relevant to this appeal?

Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136, (approved by Sopinka and La Forest JJ. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 598 and 646, and by McLachlin J., Lamer C.J. and L’Heureux-Dubé J. concurring, in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 543-44), attributed the following characteristics to a fiduciary relationship: “(1) [t]he fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests; (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the

C’est la confiance, et non l’intérêt personnel, qui est au cœur du rapport fiduciaire et, en cas de manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée. La liberté du fiduciaire est restreinte par la nature de l’obligation contractée, savoir une obligation qui «commande [...] la loyauté, la bonne foi et l’absence de conflits d’intérêts et d’obligations» (*Canadian Aero Service Ltd. c. O’Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 606). L’analyse d’un rapport fiduciaire en fonction du droit des contrats ou du droit de la responsabilité délictuelle (qu’il s’agisse de négligence ou de voies de fait) a pour effet d’atténuer l’obligation qui en découle. Lorsque l’existence d’un rapport fiduciaire est établie, l’analyse juridique qui convient est celle qui se fonde franchement sur toutes les conséquences d’un manquement à l’obligation qui découle de ce rapport.

Comme le fait remarquer le juge La Forest, à la p. 149 de l’arrêt *McInerney*, précité, le fait de qualifier de fiduciaire la relation médecin-patient ne marque pas la fin de l’analyse, car «les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. Une relation peut être qualifiée à juste titre de «fiduciaire» à certaines fins, mais non à d’autres». On doit alors poser la question de savoir si un rapport fiduciaire existait entre le Dr Wynrib et M^{me} Norberg. Et en supposant que tel ait été le cas, est-il juste de qualifier ce rapport de fiduciaire aux fins du présent pourvoi?

Dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136 (jugement auquel ont souscrit les juges Sopinka et La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, aux pp. 598 et 646, ainsi que le juge McLachlin, le juge en chef Lamer et le juge L’Heureux-Dubé dans *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 543 et 544), le juge Wilson attribue les caractéristiques suivantes au rapport fiduciaire: «(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à influencer sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire;

mercy of the fiduciary holding the discretion or power.”

Dr. Wynrib was in a position of power vis-à-vis the plaintiff; he had scope for the exercise of power and discretion with respect to her. He had the power to advise her, to treat her, to give her the drug or to refuse her the drug. He could unilaterally exercise that power or discretion in a way that affected her interests. And her status as a patient rendered her vulnerable and at his mercy, particularly in light of her addiction. So Wilson J.’s test appears to be met. All the classic characteristics of a fiduciary relationship were present. Dr. Wynrib and Ms. Norberg were on an unequal footing. He pledged himself—by the act of hanging out his shingle as a medical doctor and accepting her as his patient—to act in her best interests and not permit any conflict between his duty to act only in her best interests and his own interests—including his interest in sexual gratification—to arise. As a physician, he owed her the classic duties associated with a fiduciary relationship—the duties of “loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest”.

Closer examination of the principles enunciated by Wilson J. in *Frame* confirms the applicability of the fiduciary analysis in this case. The possession of power or discretion needs little elaboration. That one party in a fiduciary relationship holds such power over the other is not in and of itself wrong; on the contrary, “the fiduciary must be entrusted with power in order to perform his function”: Frankel, *supra*, at p. 809. What will be a wrong is if the risk inherent in entrusting the fiduciary with such power is realized and the fiduciary abuses the power which has been entrusted to him or her. As Wilson J. noted in *Frame*, at p. 136, in the absence of such a discretion or power and the possibility of abuse of power which it entails, “there is no need for a superadded obligation to

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.»

^a Le Dr Wynrib se trouvait en situation d’autorité vis-à-vis de la demanderesse et pouvait exercer un certain pouvoir discrétionnaire à l’égard de celle-ci. Il avait le pouvoir de la conseiller, de la traiter et de lui prescrire ou non des médicaments. Il pouvait exercer cette autorité ou ce pouvoir discrétionnaire unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts de sa patiente. À titre de patiente et, surtout, en raison de sa dépendance, la demanderesse était vulnérable et à la merci du médecin. Les critères énoncés par le juge Wilson semblent donc respectés, et toutes les caractéristiques classiques du rapport fiduciaire sont réunies. Le Dr Wynrib et M^{me} Norberg n’étaient pas sur un pied d’égalité. ^b En offrant ses services à titre de médecin et en acceptant M^{me} Norberg comme patiente, le défendeur s’est engagé à agir au mieux des intérêts de celle-ci et à faire en sorte que son obligation d’agir ^c uniquement au mieux des intérêts de sa patiente n’entre jamais en conflit avec son intérêt personnel, y compris son désir de gratification sexuelle. ^d En sa qualité de médecin, il était tenu au respect des obligations qui découlent traditionnellement du ^e rapport fiduciaire, savoir «la loyauté, la bonne foi et l’absence de conflits d’intérêts et d’obligations».

Un examen plus attentif des principes énoncés par le juge Wilson dans *Frame* confirme l’applicabilité en l’espèce de l’analyse fondée sur l’existence d’un rapport fiduciaire. Point n’est besoin d’élaborer sur l’existence d’un pouvoir discrétionnaire ou d’une autorité. Le fait que, dans un rapport fiduciaire, une personne ait un tel pouvoir vis-à-vis d’une autre n’est pas en soi répréhensible. Au contraire, [TRADUCTION] «le fiduciaire doit être investi de pouvoirs pour s’acquitter de son mandat»: (Frankel, précité, à la p. 809). La faute survient lorsque se réalise le risque qui découle de l’attribution d’un tel pouvoir au fiduciaire et que ce dernier abuse du pouvoir dont il est investi. Comme le fait remarquer le juge Wilson à la p. 136 de l’arrêt *Frame*, précité, en l’absence d’un tel pouvoir discrétionnaire et du risque d’abus qu’il implique, «il n’est pas nécessaire d’ajouter l’obli-

restrict the damaging use of the discretion or power”.

As to the second characteristic, it is, as Wilson J. put it at p. 136, “the fact that the power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way that makes the imposition of a fiduciary duty necessary”. Wilson J. went on to state that fiduciary duties are not confined to the exercise of power which can affect the legal interests of the beneficiary, but extend to the beneficiary’s “vital non-legal or ‘practical’ interests”. This negates the suggestion inherent in some of the other judgments which this case has engendered that the fiduciary obligation should be confined to legal rights such as confidentiality and conflict of interest and undue influence in the business sphere. Wilson J. cited the following examples, at p. 137:

... in *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), a British soldier who was able to smuggle items past Egyptian guards because these guards excused uniformed soldiers from their inspections was held to be a fiduciary. The Crown’s interest was a “practical” or even a “moral” one, namely that its uniform should not be used in corrupt ways. The soldier-fiduciary had no power to change the legal position of the British Crown, so how could the Crown’s legal interests have been affected by the soldier’s action? The same can be said of the Crown’s interest in *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, where the Crown was able to recover bribes which had been paid to its employee, a sergeant in the Metropolitan Police. In my view, what was protected in that case was not a “legal” interest but a vital and substantial “practical” interest.

The case at bar is not concerned with the protection of what has traditionally been regarded as a legal interest. It is, however, concerned with the protection of interests, both societal and personal, of the highest importance. Society has an abiding interest in ensuring that the power entrusted to physicians by us, both collectively and individually, not be used in corrupt ways, to borrow the language of *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.). On the other side of the coin, the

gation de limiter l’utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire».

En ce qui concerne la deuxième caractéristique, il s’agit, selon les termes du juge Wilson, à la p. 136, du «fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire qui rend nécessaire l’imposition d’un devoir fiduciaire». Le juge Wilson ajoute que l’obligation fiduciaire ne se limite pas à l’exercice de pouvoir qui peut porter atteinte aux intérêts juridiques du bénéficiaire, mais elle s’étend également à ses «intérêts vitaux non juridiques ou »pratiques«, ce qui va à l’encontre de la proposition issue d’autres jugements dans cette affaire, selon laquelle l’obligation fiduciaire ne vise que les intérêts juridiques, comme le secret, les conflits d’intérêts et les pressions indues dans le domaine commercial. Le juge Wilson donne les exemples suivants, à la p. 137:

... dans *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), on a conclu qu’un soldat britannique qui a pu passer des marchandises en contrebande devant les gardes égyptiens parce que ceux-ci n’inspectaient pas les soldats en uniforme, était un fiduciaire. L’intérêt du gouvernement était «pratique» ou même «moral», c’est-à-dire que son uniforme ne devrait pas être utilisé de manière malhonnête. Puisque le soldat-fiduciaire n’avait pas le pouvoir de modifier la position juridique du gouvernement britannique, de quelle manière les intérêts juridiques du gouvernement avaient-ils pu être touchés par l’action du soldat? On peut dire la même chose de l’intérêt du gouvernement dans *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, où Sa Majesté a été en mesure de recouvrer des pots-de-vin qui avaient été versés à son employé, un sergent de la police métropolitaine. À mon avis, ce qui était protégé dans cette affaire n’était pas un intérêt «juridique» mais un intérêt «pratique» vital et important.

La présente affaire ne porte pas sur la protection d’intérêts juridiques au sens traditionnel. Il s’agit plutôt de la protection d’intérêts sociaux et personnels de la plus haute importance. La société a un intérêt permanent à ce que la confiance dont nous investissons les médecins, tant collectivement qu’individuellement, ne soit pas employée, pour reprendre les termes de l’arrêt *Reading c. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), de manière malhonnête. Pour sa part, la demanderesse, comme

plaintiff, as indeed does every one of us when we put ourselves in the hands of a physician, has a striking personal interest in obtaining professional medical care free of exploitation for the physician's private purposes. These are not collateral duties and rights created at the whim of an aggrieved patient. They are duties universally recognized as essential to the physician-patient relationship. The Hippocratic Oath reflects this universal concern that physicians not exploit their patients for their own ends, and in particular, not for their own sexual ends:

The regimen I adopt shall be for the benefit of my patients according to my ability and judgment, and not for their hurt or for any wrong. . . . Whatsoever house I enter, there will I go for the benefit of the sick, refraining from all wrongdoing or corruption, and especially from any act of seduction, of male or female, of bond or free. Whatsoever things I see or hear concerning the life of men, in my attendance on the sick or even apart therefrom, which ought not to be noised abroad, I will keep silence thereon, counting such things to be as sacred secrets. [Quoted in Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (1988), at p. 10-1.]

To the extent that the law requires that physicians who breach them be disciplined, these duties have legal force. The interests which the enforcement of these duties protect are, to be sure, different from the legal and economic interests which the law of fiduciary relationships has traditionally been used to safeguard. But as Wilson J. said in *Frame v. Smith* at p. 143, "[t]o deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human or personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme". At the very least, the societal and personal interests at issue here constitute "a vital and substantial "practical" interest" (at p. 137), within the meaning of the second characteristic of a fiduciary duty set out in *Frame v. Smith*.

The third requirement is that of vulnerability. This is the other side of the differential power equation which is fundamental to all fiduciary relationships. In order to be the beneficiary of a fiduci-

chacun d'entre nous lorsque nous nous en remettons aux soins d'un médecin, a un intérêt personnel particulier quant à l'obtention de soins médicaux adéquats excluant toute forme d'exploitation à des fins personnelles par le médecin. Il ne s'agit pas d'obligations et de droits accessoires créés au gré des caprices d'un patient qui souffre. Ce sont des obligations universellement reconnues comme fondamentales au rapport médecin-patient. Le serment d'Hippocrate traduit cette réprobation universelle de l'exploitation du patient par le médecin à des fins personnelles, notamment pour assouvir ses besoins sexuels.

Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant les forces et mon jugement et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. [. . .] Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves. Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas. [*Grand dictionnaire encyclopédique médical*, vol. 1, 1986, Paris, à la p. 608.]

Dans la mesure où le droit exige que les médecins qui ne les respectent pas s'exposent à des sanctions disciplinaires, ces obligations ont force obligatoire en droit. Les intérêts que l'exécution de ces obligations protègent diffèrent bien sûr des intérêts juridiques et économiques que le droit applicable aux rapports fiduciaires a traditionnellement préservés. Mais comme le précise le juge Wilson à la p. 143 de l'arrêt *Frame c. Smith*, «[r]efuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire». Les intérêts sociaux et personnels qui sont en cause en l'espèce constituent, à tout le moins, «un intérêt «pratique» vital et important» (à la p. 137) au sens de la deuxième caractéristique de l'obligation fiduciaire énoncée dans cet arrêt.

La troisième exigence est liée à la vulnérabilité. Il s'agit de l'autre élément du déséquilibre des pouvoirs qui est à la base de tout rapport fiduciaire. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le bénéfici-

ary relationship a person need not be *per se* vulnerable. As Frankel put it, at p. 810:

... the entrustor's vulnerability to abuse of power does not result from an initial inequality of bargaining power between the entrustor and the fiduciary. . . . The relation may expose the entrustor to risk even if he is sophisticated, informed and able to bargain effectively. Rather, the entrustor's vulnerability stems from the *structure* and *nature* of the fiduciary relation. [Emphasis in original.]

It is only where there is a material discrepancy, in the circumstances of the relationship in question, between the power of one person and the vulnerability of the other that the fiduciary relationship is recognized by the law. Where the parties are on a relatively equal footing, contract and tort provide the appropriate analysis. As Wilson J. put it in *Frame* at pp. 137-38:

Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

In the case at bar, this requirement too is fulfilled. A physician holds great power over the patient. The recent decision of the Ontario Court (General Division) in *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710, contains a reminder that a patient's vulnerability may be as much physical as emotional, given the fact that a doctor (at p. 713) "has the right to examine the patient in any state of dress or undress and to administer drugs to render the patient unconscious". Visits to doctors occur in private: the door is closed, there is rarely a third party present, everything possible is done to encourage the

ciaire d'un rapport fiduciaire soit vulnérable en soi. Voici ce que dit à ce sujet Frankel, à la p. 810:

[TRADUCTION]. . . la vulnérabilité du bénéficiaire face à l'abus du pouvoir ne découle d'une inégalité initiale du pouvoir de négociation entre le bénéficiaire et le fiduciaire [. . .] Le rapport établi peut exposer le bénéficiaire à un risque même lorsque celui-ci est une personne avertie et capable de négocier véritablement. La vulnérabilité du bénéficiaire résulte plutôt de la *structure* et de la *nature* même du rapport fiduciaire. [En italique dans l'original.]

Ce n'est qu'en cas de déséquilibre important, tenant aux circonstances du rapport en cause, entre le pouvoir de l'un et la vulnérabilité de l'autre, que l'existence d'un rapport fiduciaire est reconnue en droit. Lorsque les parties sont relativement égales, le droit des contrats et le droit de la responsabilité délictuelle s'appliquent. Dans *Frame*, le juge Wilson exprime ce principe de la manière suivante, aux pp. 137 et 138:

Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé, c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Dans la présente affaire, cette exigence est également remplie. Un médecin détient un pouvoir important à l'égard du patient. Dans la récente décision *College of Physicians and Surgeons of Ontario c. Gillen* (1990), 1 O.R. (3d) 710, la Cour de l'Ontario (Division générale) rappelle que la vulnérabilité du patient peut être tant physique qu'émotionnelle, puisque le médecin (à la p. 713) [TRADUCTION] «a le droit d'examiner un patient vêtu ou dévêtu et de lui administrer un médicament de nature à le rendre inconscient». La consultation d'un médecin se déroule en privé; la porte est fermée, il est rare qu'un tiers soit présent et tout

patient to feel that the patient's privacy will be respected. This is essential to the meeting of the patient's medical and emotional needs; the unfortunate concomitant is that it also creates the conditions under which the patient may be abused without fear of outside intervention. Whether physically vulnerable or not, however, the patient, by reason of lesser expertise, the "submission" which is essential to the relationship, and sometimes, as in this case, by reason of the nature of the illness itself, is typically in a position of comparative powerlessness. The fact that society encourages us to trust our doctors, to believe that they will be persons worthy of our trust, cannot be ignored as a factor inducing a heightened degree of vulnerability: see Feldman-Summers, "Sexual Contact in Fiduciary Relationships", in Gabbard, ed., *Sexual Exploitation in Professional Relationships*, at pp. 204-5. The recently issued *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, commissioned by The College of Physicians and Surgeons of Ontario, makes highly instructive reading in this regard. In the words of the Task Force, at p. 79:

Patients seek the help of doctors when they are vulnerable—when the [*sic*] are sick, when they are needy, when they are uncertain about their physical or emotional health. The physician has the knowledge, the skills, and the expertise the patient needs to heal. The patient often suspends both judgement and personal power idealizing the doctor in order to feel secure. The physician, therefore, has more power than the patient, and this power can be used to invade sexual boundaries and to force sexual compliance. Physical force is not necessary.

Women, who can so easily be exploited by physicians for sexual purposes, may find themselves particularly vulnerable. That female patients are disproportionately the targets of sexual exploitation by physicians is borne out by the Task Force's report. Of the 303 reports they received of sexual exploitation at the hands of those in a position of trust (the vast majority of whom were physicians), 287 were by female patients, 16 by males: at p. 10. On this point see also Feldman-Summers, *supra*, at p. 195. Relying in part on the work of Morgan in

incite le patient à croire que sa vie privée sera protégée. Ces mesures sont essentielles à la satisfaction des besoins médicaux et émotionnels du patient, mais elles ont malheureusement pour effet de créer des conditions favorables à l'exploitation du patient sans risque d'intervention extérieure. Toutefois, qu'il soit physiquement vulnérable ou non, en raison de son manque de connaissances, de la «soumission» nécessaire au rapport établi et parfois, comme en l'espèce, de la nature de la maladie elle-même, le patient est en situation d'impuissance relative. Le fait que la société nous incite à faire confiance aux médecins et à croire qu'ils sont dignes de notre confiance doit être pris en considération comme un facteur de vulnérabilité accrue; voir Feldman-Summers, «Sexual Contact in Fiduciary Relationships», dans Gabbard, dir., *Sexual Exploitation in Professional Relationships*, aux pp. 204 et 205. Le récent rapport commandé par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario, intitulé *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients*, renferme une analyse très intéressante à cet égard. Voici un extrait du rapport, à la p. 79:

[TRADUCTION] Un patient demande l'aide d'un médecin lorsqu'il est vulnérable, c'est-à-dire lorsqu'il est malade, lorsqu'il est en état de faiblesse et lorsqu'il est dans l'incertitude quant à sa santé physique ou psychologique. Le médecin a les connaissances et la compétence dont le patient a besoin pour guérir. Le patient renonce souvent à exercer son jugement et son pouvoir personnel pour s'en remettre totalement au médecin qu'il idéalise pour se sécuriser. Ainsi, le médecin a plus de pouvoir que le patient et peut tirer avantage de cet état de fait pour sexualiser la relation et obtenir des faveurs sexuelles. Le recours à la force physique n'est pas nécessaire.

Les femmes, qui peuvent facilement être exploitées à des fins sexuelles par des médecins, peuvent être particulièrement vulnérables à cet égard. Le rapport du groupe de travail révèle en effet que, parmi les victimes d'exploitation sexuelle par des médecins, le nombre de femmes est disproportionné. Sur 303 cas portés à la connaissance du groupe de travail, concernant l'exploitation sexuelle par des personnes en situation de confiance (dont la très grande majorité étaient des médecins), 287 des patients en cause étaient des

Philosophical Analysis: Permissibility of Sexual Contact Between Physicians and Patients (Part III)—Department of Philosophy and Centre for Bioethics, University of Toronto, the Task Force noted (at Legal Appendix, p. 2) that the power imbalance inherent in the physician-patient relationship:

... is exacerbated when the doctor/patient roles are combined with certain other factors relating to the personal characteristics of the parties. For example, an adult doctor and a child patient have a relationship with an even greater element of vulnerability present. The same may be argued for other groups in society, such as the handicapped and visible minorities, etc. Since the overwhelming majority of sexual abuse/impropriety cases involve female patients and male doctors, the gender dynamic cannot be ignored. Professor Kathleen Morgan has argued that the stereotypical norms of behaviour for males and females throughout society correlate to the paternalistic model of doctor/patient relationships. [Emphasis added.]

The principles outlined by Wilson J. in *Frame v. Smith* may apply with varying force depending on the nature of the particular doctor-patient relationship. For example, the uniquely intimate nature of the psychotherapist-patient relationship, the potential for transference, and the emotional fragility of many psychotherapy patients make the argument for a fiduciary obligation resting on psychotherapists, and in particular an obligation to refrain from any sexualizing of the relationship, especially strong in that context: see Jorgenson and Randles, *supra*. American courts have, as a result, imposed higher duties on psychiatrists than they have on other physicians: *Mazza v. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983). The Task Force of the Ontario College of Physicians and Surgeons has in its report also recognized the greater danger of breach of trust inherent in psychotherapeutic relationships, and has as a consequence recommended even more stringent guidelines for appropriate psychotherapist behaviour than it has for physicians practising

femmes et 16 des hommes (à la p. 10). Se reporter également, à ce sujet, à Feldman-Summers, *loc. cit.*, à la p. 195. S'appuyant en partie sur les travaux de Morgan dans *Philosophical Analysis: Permissibility of Sexual Contact Between Physicians and Patients* (partie III), département de philosophie et centre de bioéthique, Université de Toronto, le groupe de travail fait remarquer (à Legal Appendix, p. 2) que l'inégalité des pouvoirs inhérente à la relation médecin-patient:

[TRADUCTION] ... s'accroît lorsque, aux rôles respectifs de médecin et de patient, s'ajoutent d'autres facteurs liés aux caractéristiques personnelles des personnes en cause. Par exemple, une plus grande vulnérabilité caractérise la relation établie entre un médecin adulte et un patient en bas âge. On peut soutenir qu'il en est de même pour d'autres catégories de personnes, comme les personnes handicapées et les minorités visibles. Étant donné que la très grande majorité des cas d'exploitation ou d'inconduite sexuelle mettent en cause des patients de sexe féminin et des médecins de sexe masculin, on ne peut écarter l'effet de la sexualité. Le professeur Kathleen Morgan soutient que les stéréotypes concernant les modèles de comportement des hommes et des femmes qui ont cours dans notre société sont en corrélation avec le modèle paternaliste des rapports entre médecins et patientes. [Je souligne.]

Les principes énoncés par le juge Wilson dans *Frame c. Smith* s'appliquent à des degrés divers, selon la nature de la relation médecin-patient en cause. Par exemple, le caractère particulièrement intime du rapport établi entre un psychothérapeute et un patient, le risque de transfert et la fragilité émotionnelle de bon nombre de patients en psychothérapie militent en faveur de l'imposition d'une obligation fiduciaire au psychothérapeute et, en particulier, une obligation, particulièrement stricte dans un tel contexte, de s'abstenir de sexualiser la relation: (voir Jorgenson and Randles, précité). En conséquence, les tribunaux américains ont imposé des obligations plus contraignantes aux psychiatres qu'aux autres médecins: *Mazza c. Huffaker*, 300 S.E.2d 833 (1983). Le groupe de travail mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario a également reconnu, dans son rapport, que le risque d'abus de confiance était plus grand en psychothérapie; il a donc recommandé l'application de normes de conduite encore plus

in other areas: at pp. 139-40. While the medical relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg was not psychotherapeutic in orientation, the treatment of a patient dependent on drugs would seem to me to share many of the same characteristics, thereby rendering the addicted patient even more vulnerable and in need of the protection which the law of fiduciary obligations can afford than other patients might be.

Why then have so many of the jurists who looked at this case declined to consider it as an example of breach of fiduciary duty? The trial judge, Oppal J. ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, at p. 246), while finding in the end that the plaintiff was barred from recovering by her own illegal and immoral acts, clearly felt the relationship was one of trust, traditionally the hallmark of a fiduciary duty:

A relationship between a physician and a patient is one in which trust and confidence must be placed in the physician. Clearly, in the case at bar, the doctor breached a duty which was owed to his patient and, in the ordinary course of events, she should be entitled to damages.

The majority of the Court of Appeal ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), per McEachern C.J., addressed the question only in passing, stating at p. 52:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one.

The majority went on to find that there was no compensable breach of any duty owed by Dr. Wynrib to Ms. Norberg until after such time as Dr. Wynrib discovered her addiction, and that in any event the plaintiff's conduct barred her from recovering. Locke J.A., dissenting, would have

strictes à l'égard des psychothérapeutes, par rapport aux médecins exerçant dans d'autres domaines (aux pp. 139 et 140). Même si la relation médicale établie entre le Dr Wynrib et M^{me} Norberg n'était pas de caractère psychothérapique, le traitement requis à l'égard d'un patient pharmacodépendant me semble avoir de nombreux points communs avec la psychothérapie, de sorte que le patient pharmacodépendant est encore plus vulnérable et a davantage besoin de la protection assurée par le droit applicable aux rapports fiduciaires que tout autre patient.

Mais alors, pourquoi les nombreux juristes qui ont étudié la présente affaire ont-ils refusé de la considérer comme un cas de manquement à une obligation fiduciaire? En première instance, le juge Oppal ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240, à la p. 246), même s'il conclut en fin de compte que la demanderesse ne peut obtenir réparation en raison de ses propres actes illégaux et immoraux, estime clairement qu'il s'agit d'une relation de confiance, ce qui est traditionnellement la marque d'une obligation fiduciaire:

[TRADUCTION] La relation entre un médecin et son patient est une relation dans laquelle le patient doit faire confiance au médecin. Il est manifeste, en l'espèce, que le médecin a manqué a une obligation qu'il avait envers sa patiente et, normalement, celle-ci devrait avoir droit à des dommages-intérêts.

Au nom de la majorité de la Cour d'appel ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), le juge en chef McEachern ne fait qu'effleurer la question, affirmant, à la p. 52:

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire.

La majorité a statué alors qu'il n'y avait pas eu manquement aux obligations du Dr Wynrib envers M^{me} Norberg donnant droit à indemnisation avant que le Dr Wynrib ait pris conscience de la pharmacodépendance et que, quoi qu'il en soit, le comportement de la demanderesse faisait obstacle à toute

allowed the plaintiff's claim in negligence. He held that recovery on the basis of breach of fiduciary duty was not available because Dr. Wynrib had revealed Ms. Norberg's affairs to no one and did not unduly influence her, effectively confining fiduciary obligations in the doctor-patient relationship to the duty of confidence and the duty to avoid undue influence, and construing "undue influence" in such a narrow fashion that the obvious influence which Dr. Wynrib exercised over Ms. Norberg was excluded from consideration.

In this Court, La Forest J. (at p. 249) says with respect to the Court of Appeal's refusal to characterize the relationship between the parties as fiduciary simply that, "[s]ince I am dealing with the case on the basis of the assault claim, I need not consider this point." He goes on to treat the plaintiff's claim under the rubric of the tort of battery, using the equitable doctrine of unconscionable transactions to negate the defence of consent. As Sopinka J. notes, this approach is not without difficulty. First, the doctrine of unconscionable transactions has hitherto been confined to setting aside unconscionable contracts, not negating defences to tort actions. Second, where applicable, it serves not to negate the consent, but to set aside a consensual agreement on grounds of inequality of bargaining power and fairness: *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326 (C.A.), per Lord Denning M.R.

Having rejected, by reason of the plaintiff's consent, La Forest J.'s battery approach, Sopinka J. treats the matter simply as the contractual or tortious breach of the physician's duty to his patient. He recognizes that some aspects of the physician-patient relationship may be fiduciary, but finds no such duty relevant to the acts alleged by the plaintiff. He adopts the conclusion of McEachern C.J., at p. 52, that "unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one." The only applicable

indemnisation. Dissident, le juge Locke aurait fait droit à l'action de la demanderesse sur le fondement de la négligence. Il conclut qu'il n'y avait pas eu manquement à une obligation fiduciaire puisque le Dr Wynrib n'avait divulgué à personne des renseignements sur M^{me} Norberg ni exercé de pressions indues sur celle-ci, limitant ainsi l'obligation fiduciaire, dans le cadre du rapport médecin-patient, au respect du secret et à l'interdiction des pressions indues, et interprétant les mots «pressions indues» de manière tellement étroite que l'influence que le Dr Wynrib avait exercée sur M^{me} Norberg n'avait pas été prise en considération.

En ce qui concerne le refus de la Cour d'appel de qualifier de fiduciaire la relation entre les parties, le juge La Forest de notre Cour dit simplement, à la p. 249, que «[v]u que j'examine l'affaire sous l'angle de la demande fondée sur l'agression, je n'ai pas à examiner ce point». Il analyse ensuite l'action de la demanderesse sous l'angle du délit des voies de fait en ayant recours à la théorie de l'*equity* en matière d'opérations iniques pour écarter la défense de consentement. Comme le fait remarquer le juge Sopinka, cette approche n'est pas exempte de difficultés. Tout d'abord, la théorie de l'iniquité n'a servi, jusqu'à ce jour, qu'à annuler des contrats iniques, et non à repousser des moyens de défense à des actions en responsabilité délictuelle. Deuxièmement, lorsqu'elle s'applique, elle n'a pas pour effet d'annuler le consentement, mais plutôt une entente consensuelle sur le fondement de l'inégalité du pouvoir de négociation et de l'équité: *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326 (C.A.), le maître des rôles lord Denning.

Après avoir rejeté l'approche adoptée par le juge La Forest, fondée sur les voies de fait, en raison du consentement de la demanderesse, le juge Sopinka traite la question simplement comme un cas de violation, selon le droit des contrats ou le droit de la responsabilité délictuelle, des obligations du médecin envers sa patiente. Il reconnaît que certains aspects du rapport médecin-patient peuvent revêtir un caractère fiduciaire, mais conclut qu'il n'existe aucune obligation pertinente aux actes reprochés par la demanderesse. Il adhère plutôt au point de vue du juge en chef McEachern, à la

duty, according to Sopinka J. (at p. 313) “is the obligation of a physician to treat the patient in accordance with standards in the profession”.

I would summarize the situation as follows: the trial judge appears to have found a duty of trust and confidence and abuse thereof. None of the appellate judges who have written on the case offers a convincing demonstration of why it is wrong to characterize the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg as a fiduciary relationship; indeed none of the judgments seriously discusses the legal requirements for establishing the existence of a fiduciary duty or its breach, much less considers the facts in relation to those requirements. While the majority of the Court of Appeal and Sopinka J. suggest that the fiduciary duties to which Dr. Wynrib was subject go no further than his duties in tort or contract, they offer no basis for this suggestion in principle, policy or authority, appearing to rest their case on the assumption that the only additional duties which a fiduciary relationship could impose would be akin to the duty of confidence. This closed, commercial view of fiduciary obligations is neither defended nor reconciled with the authorities, including those of this Court. Nor can thorough consideration of the plaintiff's rights as the victim of a breach of fiduciary obligation be avoided, with respect, on the ground that it was not a live issue or argued; it has been a central issue since the trial judge found the relationship to be one of trust, it was alluded to by all the judgments below, and it was argued before us.

I proceed then to consider the matter on the footing that the essential elements of breach of a

p. 52, selon lequel [TRADUCTION] «à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire». Selon le juge Sopinka (à la p. 313), la seule obligation dont il faille tenir compte est «l'obligation du médecin de traiter son patient conformément aux normes de la profession».

Voici comment je résumerais la situation. Le juge de première instance semble avoir conclu à l'existence d'une obligation de confiance et à l'abus de cette confiance. Aucun des juges de la Cour d'appel qui ont rédigé des motifs dans cette affaire n'établit de manière convaincante qu'il est erroné de qualifier de fiduciaire la relation établie entre le Dr Wynrib et M^{me} Norberg; en fait, les jugements n'abordent pas sérieusement les exigences juridiques qui permettent de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire ou d'un manquement à son égard, et ils examinent encore moins les faits en fonction de ces exigences. Même si la majorité en Cour d'appel, et le juge Sopinka laissent entendre que les obligations fiduciaires du Dr Wynrib n'allaient pas au-delà de ses obligations en matière contractuelle ou délictuelle, ils ne s'appuient sur aucun principe ni aucune doctrine ou jurisprudence, semblant tenir pour acquis que les seules obligations supplémentaires imposées par un rapport fiduciaire s'apparenteraient à l'obligation de garder le secret. Cette vision étroite, strictement commerciale, de l'obligation fiduciaire n'est pas appuyée par la jurisprudence, y compris celle de notre Cour, ni compatible avec elle. En toute déférence, l'examen approfondi des droits de la demanderesse en tant que victime d'un manquement à une obligation fiduciaire ne peut être mis de côté pour le motif que la question n'a été ni soulevée ni plaidée; cette question est au cœur même de la présente affaire puisque le juge de première instance a conclu que la relation en cause en était une de confiance, que tous les jugements des tribunaux d'instance inférieure y ont fait allusion et qu'on l'a plaidée devant notre Cour.

Partant, je trancherai la question en tenant pour acquis que les éléments fondamentaux du manque-

fiduciary relationship are made out. Dr. Wynrib, in accepting Ms. Norberg as his patient, pledged himself to act in her best interests and undertook a duty of loyalty, good faith and avoidance of conflict of interest. Theirs was, as the trial judge observed, a relationship of trust, obliging him to exercise his power—including the power to provide or refuse drugs—solely to her benefit. The doctor breached that relationship when he prescribed drugs which he knew she should not have, when he failed to advise her to obtain counselling when her addiction became or should have become apparent to him, and most notoriously, when he placed his own interest in obtaining sexual favours from Ms. Norberg in conflict with and above her interest in obtaining treatment and becoming well.

But, it is said, there are a number of reasons why the doctrine of breach of fiduciary relationship cannot apply in this case. I turn then to these alleged conditions of defeasibility.

The first factor which is said to prevent application of the doctrine of breach of fiduciary duty is Ms. Norberg's conduct. Two terms have been used to raise this consideration to the status of a legal or equitable bar—the equitable maxim that he who comes into equity must come with clean hands and the tort doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*. For our purposes, one may think of the two respectively as the equitable and legal formulations of the same type of bar to recovery. The trial judge found that although Dr. Wynrib was under a trust obligation to Ms. Norberg, she was barred from claiming damages against him because of her “immoral” and “illegal” conduct. While he referred to the doctrine of *ex turpi*, there seems to be little doubt that in equity the appropriate term is “clean hands” and consequently that is the expression I will use.

ment à l'obligation fiduciaire sont réunis. En acceptant M^{me} Norberg comme patiente, le Dr Wynrib s'est engagé à agir au mieux de ses intérêts ainsi qu'à faire preuve de loyauté et de bonne foi et à éviter tout conflit d'intérêts. Comme le fait remarquer le juge de première instance, une relation de confiance a été établie entre les parties, obligeant le médecin à exercer son pouvoir, y compris celui de fournir ou non des médicaments à sa patiente, au seul bénéfice de cette dernière. Le médecin a manqué à cette obligation en prescrivant en toute connaissance de cause un médicament qu'il n'aurait pas dû prescrire à sa patiente, en omettant de lui dire de faire appel à des services spécialisés lorsqu'il s'est rendu compte ou aurait dû se rendre compte de sa dépendance et surtout en privilégiant son propre intérêt personnel, soit l'obtention des faveurs sexuelles de M^{me} Norberg, par rapport à l'intérêt de sa patiente, soit l'obtention d'un traitement et la guérison.

Or, on prétend qu'un certain nombre de motifs s'opposent à ce que la théorie du manquement à une obligation fiduciaire s'applique en l'espèce. J'examinerai donc maintenant ces prétendus motifs.

Le premier facteur qui empêcherait l'application de la théorie du manquement à l'obligation fiduciaire est la conduite de M^{me} Norberg. Ce facteur a été qualifié de deux manières afin de justifier l'empêchement en common law ou en *equity*, soit la maxime selon laquelle quiconque invoque l'*equity* doit «avoir les mains nettes» et le principe *ex turpi causa non oritur actio*, en responsabilité délictuelle. Aux fins de la présente affaire, on pourrait considérer qu'il s'agit d'un même empêchement à l'indemnisation qui est formulé, dans un cas, sur le fondement de l'*equity* et, dans l'autre, en common law. Selon le juge de première instance, même si le Dr Wynrib avait une obligation de confiance envers M^{me} Norberg, celle-ci ne pouvait réclamer des dommages-intérêts en raison de ses actes «immoraux» et «illégaux». Bien qu'il fasse mention de la maxime *ex turpi*, il semble assez certain que, en *equity*, il s'agisse en fait de la théorie des «mains nettes», de sorte que j'emploierai plutôt cette expression.

The short answer to the arguments based on wrongful conduct of the plaintiff is that she did nothing wrong in the context of this relationship. She was not a sinner, but a sick person, suffering from an addiction which proved to be uncontrollable in the absence of a professional drug rehabilitation program. She went to Dr. Wynrib for relief from that condition. She hoped he would give her relief by giving her the drug; "hustling" doctors for drugs is a recognized symptom of her illness: Wilford, *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician* (1981), at pp. 280-82. Such behaviour is commonly seen by family physicians. Patients may, as did Ms. Norberg, feign physical problems which, if *bona fide*, would require analgesic relief. They may, as Ms. Norberg also did, specify the drug they wish to receive. Once a physician has diagnosed a patient as an addict who is "hustling" him for drugs the recommended response is to "(1) maintain control of the doctor-patient relationship, (2) remain professional in the face of ploys for sympathy or guilt and (3) regard the drug seeker as a patient with a serious illness": Wilford, at p. 282.

We do not know when Dr. Wynrib first identified Ms. Norberg as a person suffering from drug addiction; we do know that he confronted her with his knowledge in the first year of their doctor-patient relationship. But whenever he became aware of the true nature of her medical condition, at that point only one form of relief was appropriate: Dr. Wynrib, if he were to discharge properly the trust relationship he had assumed, was obliged to refuse Ms. Norberg further drugs and to refer her for professional addiction treatment. He did neither, but instead took advantage of her sickness to obtain sexual favours in exchange for the drugs she craved. While there is no doubt that he maintained control of the relationship following his realization, he did so not by retaining a professional attitude and treating Ms. Norberg as the suf-

La réponse à ces arguments fondés sur les actes fautifs de la demanderesse est que celle-ci n'a commis aucune faute dans le cadre de la relation établie. Il ne s'agissait pas d'une pécheresse, mais d'une personne malade, souffrant d'une dépendance qu'elle ne pouvait surmonter sans recourir à un programme structuré de désintoxication. Elle a consulté le Dr Wynrib pour obtenir un soulagement. Elle espérait qu'il lui prescrirait le médicament voulu; la «sollicitation» de médecins en vue d'obtenir des médicaments est un symptôme reconnu de la maladie dont elle était atteinte: Wilford, *Drug Abuse, A Guide for the Primary Care Physician* (1981), aux pp. 280 à 282. Les médecins de famille sont souvent aux prises avec de tels comportements. Le patient peut, comme l'a fait M^{me} Norberg, prétexter un problème d'ordre physique qui, s'il était réel, nécessiterait la prise d'un analgésique. Il peut également, à l'instar de M^{me} Norberg, demander une ordonnance pour un médicament précis. Au médecin qui détermine qu'un patient est un pharmacodépendant qui le «sollicite» pour obtenir des médicaments, on recommande ce qui suit: [TRADUCTION] «(1) demeurer maître de la relation médecin-patient, (2) continuer d'agir de manière professionnelle malgré tout stratagème visant à susciter la compassion ou la culpabilité et (3) considérer la personne pharmacodépendante comme un patient atteint d'une maladie grave»: Wilford, à la p. 282.

Nous ne savons pas à quel moment le Dr Wynrib a déterminé que M^{me} Norberg souffrait de pharmacodépendance, mais nous savons qu'il lui a fait part de ce diagnostic au cours de la première année de la relation médecin-patiente. Mais quel que soit le moment où il a pris conscience de la véritable nature de ses problèmes médicaux, dès ce moment, une seule mesure s'imposait. En effet, pour s'acquitter adéquatement de l'obligation issue de la relation de confiance établie, le Dr Wynrib devait refuser de fournir d'autres comprimés à M^{me} Norberg et l'orienter vers un centre de désintoxication reconnu. Il ne l'a pas fait. Au lieu de cela, il a tiré avantage de son état pour obtenir des faveurs sexuelles en échange du médicament dont elle avait un besoin impérieux. Il ne fait aucun doute qu'il est demeuré maître de la situation après

ferer of a serious illness who needed his help, but by exploiting his knowledge, position and the power they gave him over her to coerce her to satisfy his sexual desires. A more grievous breach of the obligations, legal and ethical, which he owed her as his patient can scarcely be imagined.

The law might accuse Ms. Norberg of “double doctoring” and moralists might accuse her of licentiousness; but she did no wrong because not she but the doctor was responsible for this conduct. He had the power to cure her of her addiction, as her successful treatment after leaving his “care” demonstrated; instead he chose to use his power to keep her in her addicted state and to use her for his own sexual purposes.

It is difficult not to see the attempt to bar Ms. Norberg from obtaining redress for the wrong she has suffered through the application of the clean hands maxim as anything other than “blaming the victim”. While for the purposes of this case we need not decide whether any and all sexual contact between a doctor and his patient is a breach of the doctor’s fiduciary obligation, I do note that the Task Force on Sexual Abuse of Patients, at p. 73, has recommended that any sexual contact between a patient and physician be sanctioned as “sexual violation” under the Ontario *Regulated Health Professions Act, 1991* and, whether initiated by the patient or not, subject to a mandatory penalty of the revocation of the physician’s licence for a minimum of five years. The philosophy which underlies this recommendation—aptly named “Zero Tolerance”—has already been adopted by the Council of the College of Physicians and Surgeons of Ontario. In essence, the Task Force has asked us to recognize that there is a power imbalance inherent in any doctor-patient relationship, and that that imbalance means that any sexualizing of that relationship will always be a breach of the patient’s

avoir établi son diagnostic, mais il ne l’a pas fait en agissant de manière professionnelle ni en traitant M^{me} Norberg comme une personne atteinte d’une maladie grave et qui avait besoin de son aide, mais en tirant avantage de ses connaissances, de sa situation et du pouvoir qui s’y rattachait pour la contraindre à assouvir ses propres besoins sexuels. Il est difficile d’imaginer plus grave manquement à ses obligations juridiques et déontologiques envers sa patiente.

On peut reprocher à M^{me} Norberg, du point de vue juridique, d’avoir obtenu des ordonnances multiples et, du point de vue moral, d’avoir agi de manière licencieuse. Elle n’a cependant commis aucune faute, puisque c’était le médecin, et non elle, qui était responsable de cette conduite. Il avait le pouvoir de la guérir de sa dépendance, comme l’a prouvé le traitement fructueux suivi après qu’eurent cessé ses «soins»; au lieu de cela, il a choisi d’exercer son pouvoir pour maintenir l’état de dépendance de sa patiente et se servir d’elle pour assouvir ses propres besoins sexuels.

Il est difficile de ne pas considérer le prétendu obstacle à l’octroi d’une réparation à M^{me} Norberg, fondé sur la théorie des mains nettes, comme une manière de «blâmer la victime». Bien que, aux fins de la présente affaire, nous n’ayons pas à déterminer si tout contact sexuel entre un médecin et son patient constitue un manquement à l’obligation fiduciaire du médecin, je constate que le Task Force on Sexual Abuse of Patients recommande, à la p. 73, que tout contact sexuel entre un patient et son médecin soit considéré comme un «manquement de caractère sexuel» au sens de la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées* de l’Ontario, et ce, que le patient en ait été l’instigateur ou non, et que la peine prescrite soit la révocation du droit d’exercice pendant au moins cinq ans. L’Ordre des médecins et chirurgiens de l’Ontario a déjà fait siens les principes sous-jacents à cette recommandation que l’on appelle, avec justesse, «tolérance zéro». En somme, le groupe de travail nous exhorte à reconnaître qu’il existe, dans toute relation médecin-patient, un déséquilibre quant aux pouvoirs respectifs des parties, de telle sorte que le

trust, and that the responsibility to at all costs avoid such exploitation rests at all times with the doctor. Such a bright, bold line approach to the question of doctor-patient sexual involvement may be appropriate to the statutory regulation of the medical profession—on this difficult question I do not offer an opinion. But I tend not to think it appropriate to the delineation of a physician's fiduciary obligations, particularly given that the scope of such obligations can only be determined on a case by case basis, having reference to the degree of power imbalance and patient vulnerability present in the relationship under examination. Even taking a somewhat more cautious approach than that recommended by the Task Force as to when a doctor-patient relationship is characterized by sufficient power imbalance to render sexual contact between the parties a breach of the physician's fiduciary obligations, I can only agree that where such a power imbalance exists it matters not what the patient may have done, how seductively she may have dressed, how compliant she may have appeared, or how self-interested her conduct may have been—the doctor will be at fault if sexual exploitation occurs. In the words of a victim of physician sexual exploitation heard by the Task Force, at p. 120: "Abuse is abuse, regardless of the reason the patient walked into the office".

In my opinion those words apply with full force to the relationship between Ms. Norberg and Dr. Wynrib. It matters not that she walked into his office in an attempt to obtain drugs to which she was addicted. Even if that purpose had not been merely symptomatic of her illness, but in some sense immoral, Dr. Wynrib's conduct in exploiting her dependency for his own ends would have in any event constituted a breach of that aspect of his fiduciary obligation enshrined, thousands of years ago, in the words of the Hippocratic Oath: "Whatsoever house I enter, there will I go for the benefit of the sick, refraining from all wrongdoing or cor-

fait de sexualiser cette relation constitue toujours un abus de la confiance du patient et qu'il incombe toujours au médecin d'éviter à tout prix une telle exploitation. Cette façon claire et catégorique d'aborder la question des rapports sexuels entre médecin et patient peut convenir à la réglementation de l'exercice de la profession médicale mais je m'abstiens de me prononcer sur ce sujet épineux. Toutefois, je ne crois pas qu'elle doive servir à déterminer quelles sont les obligations fiduciaires du médecin, étant donné, tout particulièrement, que l'étendue de ces obligations ne peut être établie qu'en fonction des circonstances de chaque cas, compte tenu de l'ampleur du déséquilibre des pouvoirs respectifs et de la vulnérabilité du patient dans le cadre de la relation en cause. Même en privilégiant une approche plus modérée que celle proposée par le groupe de travail lorsqu'il s'agit de déterminer si une relation médecin-patient comporte un déséquilibre des pouvoirs suffisamment important pour que les rapports sexuels entre les parties deviennent un manquement aux obligations fiduciaires du médecin, je suis d'accord pour dire que lorsqu'un tel déséquilibre existe, peu importe ce que le patient a fait ou qu'il se soit vêtu de manière séduisante ou ait pu sembler consentant ou personnellement intéressé, le médecin sera toujours fautif s'il y a exploitation sexuelle. Pour citer ce que dit une victime d'exploitation sexuelle par un médecin, entendue par le groupe de travail (à la p. 120): [TRADUCTION] «l'exploitation est l'exploitation, indépendamment du motif pour lequel le patient consulte le médecin».

Selon moi, ces dires s'appliquent tout à fait aux rapports qui existaient entre M^{me} Norberg et le D^r Wynrib. Peu importe que la demanderesse soit allée voir ce médecin dans le but d'obtenir le médicament dont elle était dépendante. Même si la fin poursuivie n'était pas seulement symptomatique de sa maladie, mais était en quelque sorte immorale, le fait que le D^r Wynrib ait tiré avantage de la dépendance de M^{me} Norberg à des fins personnelles constituait néanmoins un manquement à l'aspect de l'obligation fiduciaire que prévoit, depuis des milliers d'années, le serment d'Hippocrate: «Dans quelque maison que j'entre, j'y entre-

ruption, and especially from any act of seduction, of male or female, of bond or free.”

The matter may appear in clearer perspective if we consider an example from the paradigmatic trust situation—that of a trustee holding a minor’s estate. Assume the 14-year-old minor develops an addiction to cocaine. He asks his trustee to supply it out of the trust funds held for him. The trustee does so. Five years later, the youth enters an addiction clinic of his own volition and is successful in controlling his addiction. He sues his trustee for having dissipated his estate. Would equity say that the youth is debarred from claiming damages because of his own illegal or immoral act? I think not. The essence of trust and all fiduciary relationships is that the trustee, the person in power, assumes responsibility for the welfare of the cestui qui trust for matters falling within the scope of the trust relationship. Having assumed that responsibility, the fiduciary cannot rely on the other party’s weakness or infirmity as a defence to an action grounded on his failure to discharge his fiduciary duty properly.

This brings us to a second objection to treating this case on the basis of breach of fiduciary duty—that nothing that the law would not otherwise accord flows from categorizing the duty as fiduciary; in short, that the fiduciary obligation adds nothing, except perhaps a duty of confidence and non-disclosure, to an action in tort or contract. This appears to have been the view of the majority of the Court of Appeal below, per McEachern C.J. Sopinka J. adopts that same view. Neither authority nor principle is offered in support of this proposition.

rai pour l’utilité des malades, me préserverai de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves».

a

L’optique pourrait être plus nette si nous prenons un exemple du paradigme de la situation de confiance: celle d’un tuteur chargé de la gestion des biens d’un mineur. Supposons que le mineur âgé de 14 ans devienne cocaïnoman. Il demande au tuteur de l’approvisionner en prélevant pour lui des fonds sur la somme en fiducie. Le tuteur accède à la demande. Cinq ans plus tard, l’adolescent se rend en clinique de désintoxication de son propre gré et réussit à vaincre sa dépendance. Il poursuit alors le tuteur pour dilapidation de ses biens. Le mineur serait-il empêché, en *equity*, d’obtenir des dommages-intérêts en raison de ses propres actes illégaux ou immoraux? Je ne pense pas. L’essence même du rapport de confiance ou fiduciaire est que le fiduciaire, qui est investi de pouvoirs, assume la responsabilité d’assurer le bien-être du bénéficiaire dans les domaines qui relèvent du rapport de confiance. Ayant assumé cette responsabilité, le fiduciaire ne peut invoquer la faiblesse ou l’incapacité de l’autre partie pour se défendre contre une action fondée sur son défaut de s’acquitter convenablement de son obligation fiduciaire.

g

Cela nous amène à la deuxième objection à l’application, en l’espèce, du manquement à une obligation fiduciaire qui consiste à dire que le fait de qualifier l’obligation de fiduciaire n’apporterait rien de plus que ce que le droit prévoit par ailleurs. En bref, que l’obligation soit fiduciaire n’ajoute rien, sinon peut-être une obligation de secret et de non-divulgateion, par rapport à une action fondée sur le droit des contrats ou le droit de la responsabilité délictuelle. Tel paraît être le point de vue de la majorité de la Cour d’appel, exprimé par le juge en chef McEachern. Le juge Sopinka adopte le même point de vue. Aucune jurisprudence ni aucun principe juridique n’ont été invoqués à l’appui de cette proposition.

j

What is really at issue here is the scope of the fiduciary obligation. The majority in the Court of Appeal and Sopinka J. would confine it to matters akin to the duty not to disclose confidential information, the situation dealt with in *Lac Minerals Ltd.* If that restriction is accepted, then they are right; there is little reason to refer to it in this case. But I do not think that narrow view of the scope of the fiduciary obligation is correct. Accepting Sopinka J.'s statement for the majority in *Lac Minerals Ltd.* (cited by him at p. 312 of his reasons in this case) that fiduciary obligations "must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords", I assert that the situation at issue in the present case is precisely one that is "truly in need of the special protection that equity affords". The principles alluded to by Wilson J. in *Frame v. Smith* and applied by this Court in its earlier decision in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, are principles of general application, translatable to different situations and the protection of different interests than those hitherto recognized. They are capable of protecting not only narrow legal and economic interests, but can also serve to defend fundamental human and personal interests, as recognized by Wilson J. in *Frame v. Smith*.

If we accept that the principles can apply in this case to protect the plaintiff's interest in receiving medical care free of exploitation at the hands of her physician, as I think we must, then the consequences are most significant. As we have just seen, the defences based on the alleged fault of the plaintiff, so pressing in tort, may carry little weight when raised against the beneficiary of a fiduciary relationship. This is because the fiduciary approach, unlike those based on tort or contract, is founded on the recognition of the power imbalance inherent in the relationship between fiduciary and beneficiary, and to giving redress where that power imbalance is abused. Another consequence that flows from considering the matter on the basis of

La véritable question en litige en l'espèce est l'étendue de l'obligation fiduciaire. La majorité de la Cour d'appel et le juge Sopinka la limiteraient aux questions liées à l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels comme dans l'affaire *Lac Minerals Ltd.* Si cette limite est acceptée, alors ils ont raison de penser qu'il est inutile de l'examiner en l'espèce. Je ne crois pas cependant que cette vision étroite de l'obligation fiduciaire soit juste. Si je reprends l'avis exprimé par le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans *Lac Minerals Ltd.* (cité à la p. 312 de ses motifs en l'espèce), selon lequel «on ne doit avoir recours [à l'obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire», j'estime que les circonstances de la présente affaire constituent justement une situation «où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». Les principes auxquels le juge Wilson fait allusion dans *Frame c. Smith* et que notre Cour a appliqués dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, sont d'application générale, peuvent être adaptés à différentes situations et peuvent servir à protéger d'autres intérêts que ceux qui ont été reconnus jusqu'à maintenant. Ils peuvent assurer non seulement la protection d'intérêts juridiques et économiques, mais également celle d'intérêts humains et personnels fondamentaux, comme le reconnaît le juge Wilson dans *Frame c. Smith*.

Si nous reconnaissons, comme je crois que nous devons le faire, que ces principes peuvent s'appliquer en l'espèce afin de protéger le droit de la demanderesse d'obtenir des soins médicaux à l'exclusion de toute exploitation par son médecin, il en résulte des conséquences très importantes. Comme nous venons de le voir, les moyens de défense fondés sur le prétendu comportement fautif de la demanderesse, qui revêtent une grande importance en responsabilité délictuelle, peuvent n'avoir que peu d'incidence lorsqu'ils sont opposés au bénéficiaire dans des rapports fiduciaires. Il en est ainsi parce que, contrairement à l'approche fondée sur le droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle, le modèle fiduciaire s'appuie sur la recon-

breach of fiduciary obligation may be a more generous approach to remedies, as I will come to presently. Equity has always held trustees strictly accountable in a way the tort of negligence and contract have not. Foreseeability of loss is not a factor in equitable damages. Certain defences, such as mitigation, may not apply.

But the most significant consequence of applying the doctrine of fiduciary obligation to a person in the position of Dr. Wynrib is this. Tort and contract can provide a remedy for a physician's failure to provide adequate treatment. But only with considerable difficulty can they be bent to accommodate the wrong of a physician's abusing his or her position to obtain sexual favours from his or her patient. The law has never recognized consensual sexual relations as capable of giving rise to an obligation in tort or in contract. My colleagues, with respect, strain to conclude the contrary. La Forest J. does so by using the contractual doctrine of relief from unconscionable transactions to negate the consent which the plaintiff, as found by the trial judge, undoubtedly gave. The problems inherent in this approach have already been noted. Sopinka J., at p. 317, finds himself tacking damages for the sexual encounters onto the breach of the duty to treat on the ground that "[t]he sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant". But can damages flow from acts the law finds lawful simply on the ground they are "connected" to damages for an actionable wrong? And what of the patient whose medical needs are fully met but who is sexually exploited? On Sopinka J.'s reasoning she has no cause of action. These examples underline the importance of treating the consequences of this relationship on the

naissance du déséquilibre des pouvoirs qui est inhérent au rapport liant un fiduciaire et un bénéficiaire et prévoit une réparation en cas d'abus de ce déséquilibre des pouvoirs. En outre, l'analyse sous l'angle du manquement à une obligation fiduciaire peut également impliquer une approche plus générale en matière de réparation, ce dont je ferai état ci-après. Contrairement au droit applicable en matière de négligence et au droit des contrats, l'*equity* a toujours imputé une responsabilité plus stricte au fiduciaire. La prévisibilité de la perte n'est pas un facteur pertinent dans l'octroi de dommages-intérêts en *equity*. Certains moyens de défense, comme la limitation du dommage, peuvent ne pas s'appliquer.

Toutefois, la principale conséquence de l'application de la théorie de l'obligation fiduciaire à une personne se trouvant dans la situation du Dr Wynrib est la suivante: le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des contrats prévoient une réparation pour le défaut du médecin de fournir un traitement adéquat. Mais ce n'est qu'avec grande difficulté que ces règles peuvent être adaptées pour sanctionner la faute du médecin qui tire avantage de sa situation pour obtenir les faveurs sexuelles d'un(e) patient(e). Il n'a jamais été admis en droit que des rapports sexuels librement consentis de part et d'autre pouvaient faire naître une obligation en matière délictuelle ou contractuelle. Mes collègues s'efforcent pourtant de démontrer le contraire. Le juge La Forest s'appuie sur la théorie contractuelle des opérations iniques pour annuler le consentement que la demanderesse a de toute évidence donné, selon le juge de première instance. Les difficultés inhérentes à cette approche ont déjà été mentionnées. Pour sa part, le juge Sopinka se trouve, à la p. 317, à lier les dommages-intérêts accordés pour les rapports sexuels à un manquement à l'obligation de fournir un traitement adéquat pour le motif qu'«[i]l y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante». Or, des actes qui ne sont pas illicites peuvent-ils donner lieu à des dommages-intérêts pour le seul motif qu'il existe un

footing of what it is—a fiduciary relationship—rather than forcing it into the ill-fitting molds of contract and tort. Contrary to the conclusion of the court below, characterizing the duty as fiduciary does add something; indeed, without doing so the wrong done to the plaintiff can neither be fully comprehended in law nor adequately compensated in damages.

A third objection raised to viewing the relationship between Dr. Wynrib and Ms. Norberg as fiduciary is that it will open the floodgates to unfounded claims based on the abuse of real or perceived inequality of power. The spectre is conjured up of a host of actions based on exploitation—children suing parents, wives suing husbands, mistresses suing lovers, all for abuse of superior power. The answer to this objection lies in defining the ambit of the fiduciary obligation in a way that encompasses meritorious claims while excluding those without merit. The prospect of the law's recognizing meritorious claims by the powerless and exploited against the powerful and exploitive should not alone serve as a reason for denying just claims. This Court has an honourable tradition of recognizing new claims of the disempowered against the exploitive: see, for example, *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834 (constructive trust benefiting "common law" wife whose husband had been unjustly enriched); *Guerin, supra* (aboriginal people the beneficiaries of fiduciary relationship with the Crown, which consequently has obligations with respect to dealings with land subject to aboriginal title); and *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (expert evidence on the psychological effects of battered wife syn-

«lien causal» avec des dommages-intérêts découlant d'une faute qui confère un droit d'action? Et qu'en est-il de la patiente à qui des soins médicaux appropriés sont fournis mais qui est néanmoins victime d'exploitation sexuelle? Suivant le raisonnement du juge Sopinka, cette patiente n'a aucune cause d'action. Ces exemples démontrent qu'il est important d'analyser les conséquences de la relation en cause en fonction de ce qu'elle est vraiment, savoir un rapport fiduciaire, au lieu de la forcer dans le moule inadapté du droit des contrats et du droit de la responsabilité délictuelle. Contrairement à l'avis des tribunaux d'instance inférieure, le fait de qualifier l'obligation de fiduciaire apporte quelque chose, car faute de le faire, le tort fait à la demanderesse ne peut être entièrement analysé en droit ni donner lieu à des dommages-intérêts suffisants.

La troisième objection à la qualification de la relation entre le Dr Wynrib et M^{me} Norberg de rapport fiduciaire est qu'une telle conclusion susciterait une avalanche de demandes non fondées concernant des abus de pouvoir découlant d'une inégalité réelle ou perçue comme telle. On agite le spectre d'une multitude d'actions fondées sur l'exploitation: les enfants poursuivant leurs parents, les épouses leurs maris, des amants leurs partenaires, et ce, sur le fondement d'un abus imputable au déséquilibre des pouvoirs. Cette objection peut être repoussée en déterminant la portée de l'obligation fiduciaire de manière à inclure les demandes fondées et à exclure les demandes non fondées. La possibilité que le droit reconnaisse des demandes fondées formulées par les faibles et les exploités contre les puissants et les exploités ne devrait pas justifier, à elle seule, le rejet de demandes justes. Notre Cour s'est honorée dans la reconnaissance de revendications nouvelles présentées par des démunis contre l'exploitation, comme, par exemple, dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834 (fiducie par interprétation au profit d'une femme dont le «conjoint de fait» s'était injustement enrichi), *Guerin*, précité (peuples autochtones bénéficiaires dans un rapport fiduciaire avec l'État, qui a par conséquent certaines obligations

drome admissible for the purposes of establishing defence of self-defence).

The criteria for the imposition of a fiduciary duty already enunciated by this Court in cases such as *Frame, Lac Minerals* and *Guerin* provide a good starting point for the task of defining the general principles which determine whether such a relationship exists. As we have seen, an imbalance of power is not enough to establish a fiduciary relationship. It is a necessary but not sufficient condition. There must also be the potential for interference with a legal interest or a non-legal interest of "vital and substantial 'practical' interest." And I would add this. Inherent in the notion of fiduciary duty, inherent in the judgments of this Court in *Guerin* and *Canson*, is the requirement that the fiduciary have assumed or undertaken to "look after" the interest of the beneficiary. As I put it in *Canson* at p. 543, quoting from this Court's decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley, supra*, at p. 606, "[t]he freedom of the fiduciary is diminished by the nature of the obligation he or she has undertaken—an obligation which 'betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest'". It is not easy to bring relationships within this rubric. Generally people are deemed by the law to be motivated in their relationships by mutual self-interest. The duties of trust are special, confined to the exceptional case where one person assumes the power which would normally reside with the other and undertakes to exercise that power solely for the other's benefit. It is as though the fiduciary has taken the power which rightfully belongs to the beneficiary on the condition that the fiduciary exercise the power entrusted exclusively for the good of the beneficiary. Thus the trustee of an estate takes the financial power that would normally reside with the beneficiaries and must exercise those powers in their stead and for their exclusive benefit. Similarly, a physician takes the power which a patient nor-

quant aux opérations relatives à des terres visées par un titre aborigène) et *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852 (témoignage d'expert sur les conséquences psychologiques du syndrome de la femme battue jugé recevable aux fins d'établir un moyen de défense de légitime défense).

Notre Cour a déjà énoncé les critères applicables à l'imposition de l'obligation fiduciaire, notamment dans *Frame, Lac Minerals* et *Guerin*, précités, et leur examen constitue un bon point de départ pour déterminer quels principes généraux s'appliquent pour établir l'existence d'un rapport fiduciaire. Comme nous l'avons vu, le déséquilibre des pouvoirs ne suffit pas nécessairement pour établir l'existence d'un rapport fiduciaire. Il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante. Il faut également la possibilité d'atteinte à un intérêt juridique ou à un intérêt non juridique «pratique» vital et important». J'ajouterais ceci: la notion d'obligation fiduciaire et les jugements de notre Cour dans *Guerin* et *Canson*, précités, impliquent que le fiduciaire doit s'être engagé à «protéger» l'intérêt du bénéficiaire. Comme je le dis, à la p. 543 de l'arrêt *Canson*, en citant l'arrêt de notre Cour *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, à la p. 606, «[l]a personne soumise à une obligation fiduciaire voit sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle a assumée, savoir une obligation qui «commande (. . .) la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations»». Il n'est pas facile de faire entrer une relation dans cette catégorie. En règle générale, il est présumé, en droit, que les rapports entre les personnes sont motivés par leurs intérêts personnels réciproques. Les obligations fiduciaires sont particulières et se limitent aux cas exceptionnels où une personne assume un pouvoir qui devrait normalement appartenir à l'autre et s'engage à exercer ce pouvoir uniquement au bénéfice de l'autre. C'est comme si le fiduciaire s'appropriait le pouvoir qui appartient au bénéficiaire à la condition de l'exercer uniquement pour le bien du bénéficiaire. Ainsi, le fiduciaire qui administre un patrimoine est investi du pouvoir financier qui appartiendrait normalement au bénéficiaire et doit

mally has over her body, and which she cedes to him for purposes of treatment. The physician is pledged by the nature of his calling to use the power the patient cedes to him exclusively for her benefit. If he breaks that pledge, he is liable.

In summary, the constraints inherent in the principles governing fiduciary relationships belie the contention that the recognition of a fiduciary obligation in this case will open the floodgates to unmeritorious claims. Taking the case at its narrowest, it is concerned with a relationship which has long been recognized as fiduciary—the physician-patient relationship; it represents no extension of the law. Taking the case more broadly, with reference to the general principles governing fiduciary obligations, it is seen to fall within principles previously recognized by this Court, and again represents no innovation. In so far as application of those principles in this case might be argued to give encouragement to new categories of claims, the governing principles offer assurance against unlimited liability while at the same time promising a greater measure of justice for the exploited.

I conclude that the wrong suffered by the plaintiff falls to be considered under the rubric of breach of fiduciary duty. The duty is established, as is the breach. The plaintiff is entitled to succeed against Dr. Wynrib and to recover the appropriate damages at equity.

Damages

The question of damages for breach of fiduciary obligation, albeit in a different context, was recently canvassed in *Canson, supra*. While the reasoning of the two main opinions diverges on the question of the extent to which analogy to tort should have limited liability in the circumstances of that case, all agreed in the result. All agreed as well that the flexible remedies of equity, such as

exercer ce pouvoir à sa place et à son seul bénéfice. Par analogie, le médecin prend le pouvoir qu'un patient exerce habituellement sur son corps et que le patient lui confie aux fins du traitement.

^a Le médecin est tenu, par la nature de son mandat, d'exercer le pouvoir dont le patient l'investit uniquement au bénéfice de ce dernier. S'il manque à cette obligation, il engage sa responsabilité.

^b

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

^c

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

^d

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

^e

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

^f

En résumé, les contraintes inhérentes aux principes régissant les rapports fiduciaires interdisent d'affirmer que la reconnaissance d'une obligation fiduciaire en l'espèce entraînerait une avalanche de demandes non fondées. Suivant l'interprétation la plus étroite, la présente affaire porte sur un rapport depuis longtemps reconnu comme un rapport fiduciaire, la relation médecin-patient; ce n'est pas une extension du droit applicable. Si la présente affaire est abordée plus globalement, en faisant appel aux principes généraux qui régissent les obligations fiduciaires, on voit qu'elle relève de principes déjà établis par notre Cour et, à nouveau, il n'en découle aucune innovation. En ce qui concerne l'argument selon lequel l'application de ces principes à la présente affaire favoriserait l'apparition de nouvelles catégories de demandes, les principes applicables offrent une protection contre la responsabilité illimitée tout en assurant une justice accrue aux personnes victimes d'exploitation.

^g

Je conclus que le préjudice subi par la demanderesse doit être examiné sous l'angle du manquement à une obligation fiduciaire. L'obligation, comme le manquement, sont établis. La demanderesse doit avoir gain de cause contre le Dr Wynrib et doit obtenir des dommages-intérêts adéquats sur le fondement de l'*equity*.

^h

Dommages-intérêts

La question des dommages-intérêts auxquels donne droit le manquement à une obligation fiduciaire a récemment été examinée, quoique dans un contexte différent, dans l'affaire *Canson*, précitée. Même si le raisonnement à la base des deux principaux avis exprimés diffère quant à la question de savoir dans quelle mesure l'analogie avec la responsabilité délictuelle devait s'appliquer dans cette

ⁱ

La question des dommages-intérêts auxquels donne droit le manquement à une obligation fiduciaire a récemment été examinée, quoique dans un contexte différent, dans l'affaire *Canson*, précitée. Même si le raisonnement à la base des deux principaux avis exprimés diffère quant à la question de savoir dans quelle mesure l'analogie avec la responsabilité délictuelle devait s'appliquer dans cette

constructive trust, account, tracing and equitable compensation, must continue to be available and to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. Equitable remedies, as La Forest J. asserted for the majority, should not be confined within the strictures of previous situations. Where new remedies are required, equity will recognize them.

In the case at bar, unlike in *Canson*, the question of an equivalent remedy in tort does not really arise. The action for breach of fiduciary relationship is broader in scope than any action which might be available in tort. Unlike tort, it is capable of recognizing the wrong of sexual exploitation by a fiduciary as a breach of the power entrusted to him. Moreover, it can be questioned whether, in the circumstances of this case, any action in tort lies, given that tort looks on parties at arm's length and applies defences which may well, as found in the courts below, deprive the plaintiff of her right of action. The action for breach of a fiduciary relationship is also broader than the action for breach of contract, which is confined to failure to provide proper medical treatment and does not extend to procuring sexual relations through abuse of the physician's power. In so far as the action concerns medical malpractice, principles of assessment of damages in contract and tort may be of assistance, at least by analogy. In so far as it concerns wrongful sexual exploitation, we enter into the exclusive terrain of equity.

It therefore seems appropriate in this case to assess damages according to the principles which generally govern damages for breach of fiduciary duty, having regard to the admonition in *Canson* that the remedy awarded need not be confined to

affaire, tous les juges se sont entendus sur l'issue. Tous ont convenu en effet que les redressements souples de l'*equity*, tels les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent être maintenus et façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Comme le précise le juge La Forest au nom de la majorité, les redressements fondés sur l'*equity* ne doivent pas être confinés dans le carcan du passé. Lorsque de nouveaux redressements s'imposent, l'*equity* doit les reconnaître.

En l'espèce, contrairement à *Canson*, la question de l'existence d'un redressement équivalent selon la responsabilité délictuelle ne se pose pas vraiment. L'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire a une portée plus large que toute action en responsabilité délictuelle. Contrairement à cette dernière, elle permet de reconnaître la faute que constitue l'exploitation sexuelle par un fiduciaire comme un manquement au pouvoir qui lui est confié. De plus, on peut se demander si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le droit de la responsabilité délictuelle confère un recours, étant donné qu'il tient pour acquis que les parties n'ont aucun lien de dépendance entre elles et qu'il prévoit des moyens de défense qui pourraient priver la demanderesse de son droit d'action, comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure. L'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire est également plus étendue que l'action en inexécution de contrat qui vise le cas d'omission de fournir un traitement médical approprié, et non l'abus de pouvoir, par le médecin, en vue d'obtenir des services sexuels. Dans les cas de faute professionnelle, les principes d'évaluation du préjudice subi selon le droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle peuvent être utiles, à tout le moins par analogie. Toutefois, un cas d'exploitation sexuelle relève du domaine exclusif de l'*equity*.

En conséquence, il semble juste, en l'espèce, d'évaluer les dommages-intérêts selon les principes applicables habituellement aux cas de manquement à une obligation fiduciaire, sans oublier la mise en garde, dans *Canson*, selon laquelle la répa-

that given in previous situations if the requirements of fairness and justice demand more, and that reference to the principles of assessment in contract and tort may be of assistance in so far as they are relevant.

As discussed in *Canson*, the goal of equity is to restore the plaintiff as fully as possible to the position he or she would have been in had the equitable breach not occurred: per La Forest J. at p. 577. Traditionally, equity made the defaulting trustee who had mismanaged a fund, for example, restore the entire fund, and would not countenance deductions for market fluctuation or failure of the beneficiary to mitigate or take appropriate care, as would the law of tort or contract. This is not a case where the traditional equitable remedies of restitution and account are available. Restoration *in specie* is not possible. And the plaintiff's loss is not economic. Where these remedies are not available, equity awards compensation in their stead: see *Canson, supra* at pp. 574-75. In awarding damages the same generous, restorative remedial approach, which stems from the nature of the obligation in equity, applies. The fiduciary, being the person with the advantage of power, assumes full responsibility and cannot be heard to complain that the victim of his or her abuse cooperated in his or her defalcation or failed to take reasonable care for his or her own interests.

From the principles I turn to the facts. Dr. Wynrib's breach of his duty to Ms. Norberg caused the following losses or injuries to her: (1) prolongation of her addiction; and (2) sexual violation.

Ms. Norberg's period of addiction was prolonged from the time he ought reasonably to have known that she was addicted to the time she left his care and sought help for her addiction on her own. That is a period of at least two and one-half years. The evidence establishes, and this is fully in accordance with the medical literature, that Ms. Norberg's addiction to Fiorinal was a very traumatic and damaging experience. She was desperate

ration accordée ne se limite pas nécessairement à ce qui a été accordé dans d'autres affaires lorsque l'équité et la justice exigent davantage, et l'application des principes d'évaluation en matières contractuelle et délictuelle dépend de leur pertinence.

Comme l'indique *Canson*, l'*equity* vise à remettre, autant que possible, le demandeur dans la situation où il se serait trouvé n'eût été le manquement à cette obligation: le juge La Forest, à la p. 577. Traditionnellement, l'*equity* a obligé le fiduciaire en défaut qui par exemple a mal géré des fonds, à les remettre intégralement mais n'admet aucune déduction pour les fluctuations du marché ou l'omission du bénéficiaire de limiter le dommage ou de prendre les mesures appropriées, comme le ferait le droit en matière délictuelle ou contractuelle. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un cas où la restitution et la reddition de compte, des redressements traditionnels de l'*equity*, pourraient être accordés. La restitution en nature n'est pas possible, et la perte subie par la demanderesse n'est pas financière. Lorsque ces redressements ne peuvent être accordés, l'*equity* commande l'indemnisation; voir *Canson*, précité, aux pp. 574 et 575. Aux fins de l'octroi de dommages-intérêts, il convient d'appliquer la même approche généreuse et compensatrice qui découle de la nature même de l'obligation en *equity*. La personne qui a l'avantage du pouvoir, le fiduciaire, assume l'entière responsabilité et ne peut faire valoir que la victime a collaboré au détournement ou a omis de protéger adéquatement ses propres intérêts.

Après les principes, j'aborde les faits. Le manquement du Dr. Wynrib à son obligation envers M^{me} Norberg lui a causé les pertes ou préjudices suivants: (1) la prolongation de la dépendance et (2) l'exploitation sexuelle.

La pharmacodépendance de M^{me} Norberg a été prolongée du moment où le médecin aurait dû raisonnablement savoir qu'elle souffrait de dépendance, jusqu'au moment où celle-ci a cessé de le consulter et a pris d'elle-même des mesures pour en finir avec sa dépendance. Elle a été prolongée d'au moins deux ans et demi. La preuve, qui concorde en tous points avec la documentation médicale sur le sujet, démontre que la dépendance de

for the drug, desperate enough to engage in sexual activity with Dr. Wynrib which she clearly found repugnant and degrading. Her testimony with respect to the occasion when she went to Dr. Wynrib to ask for help in ending her drug use gives some idea of the character of her addiction:

I quit my job in February of 1985, and I remember I had gone in to see him. I was getting really depressed and I no longer had the money now to buy all the drugs that I had been off of the street, and it was just getting harder to get the pills.

... I remember telling him that I needed help. ...

It will be recalled that Dr. Wynrib's response to this cry for help was to tell her to just quit, and then to continue to supply her with drugs in exchange for sexual favours. The evidence supports the conclusion that had Dr. Wynrib advised Ms. Norberg to seek treatment for her addiction, she would have done so and would have been successfully treated.

The evidence amply attests to the misery and desperation of Ms. Norberg during the period during which her addiction was prolonged by Dr. Wynrib's failure to offer the appropriate medical treatment. Part of this, her sexual degradation, must be discounted under this head, since I have considered it independently. Taking this into account, I would award an additional \$20,000 for suffering and loss during the period of prolonged addiction for which Dr. Wynrib was responsible.

Second, Ms. Norberg suffered repeated sexual abuse at the hands of Dr. Wynrib. As the trial judge found, she did not want to have sexual relations with Dr. Wynrib. She submitted only because it was the only way to get the drug she desperately craved, and the deprivation of which plunged her into what was described by Dr. Fleming of the Department of Psychiatry, Faculty of Medicine,

M^{me} Norberg à l'égard du Fiorinal était une expérience à la fois très traumatisante et préjudiciable. Elle avait un besoin désespéré de médicament, désespéré au point d'avoir des rapports sexuels avec le D^r Wynrib même si cela lui semblait repugnant et dégradant. Son témoignage relatif à l'épisode où elle est allée demander au D^r Wynrib de l'aider à mettre fin à sa pharmacodépendance est révélateur de la nature de cette dépendance:

[TRADUCTION] J'ai quitté mon emploi en février 1985 et je me souviens d'être allée le consulter. J'étais de plus en plus déprimée et je n'avais plus d'argent pour me procurer des comprimés sur le marché noir, et il devenait de plus en plus difficile de s'en procurer.

... je me souviens lui avoir dit que j'avais besoin d'aide ...

Rappelons que, en réponse à cette demande de secours, le D^r Wynrib lui a simplement dit de cesser de prendre des comprimés, puis qu'il a continué à l'approvisionner en échange de rapports sexuels. Il ressort de la preuve que, si le D^r Wynrib avait recommandé à M^{me} Norberg de suivre un traitement, elle l'aurait fait et qu'un traitement aurait réussi.

La preuve démontre amplement que M^{me} Norberg souffrait et était désespérée pendant la période où sa dépendance s'est prolongée en raison de l'omission du D^r Wynrib de lui prescrire le traitement médical approprié. L'humiliation sexuelle ne doit cependant pas être prise en considération sous ce chef de dommages, puisque j'en tiens compte de manière distincte. Par conséquent, j'accorderais des dommages-intérêts supplémentaires de 20 000\$ pour perte et souffrance pendant la prolongation de la dépendance imputable au D^r Wynrib.

Deuxièmement, M^{me} Norberg a été victime, à plusieurs reprises, d'abus sexuel de la part du D^r Wynrib. Comme le fait remarquer le juge de première instance, elle ne souhaitait pas avoir de rapports sexuels avec le médecin. Elle a cédé à ses avances parce que c'était le seul moyen de se procurer le médicament dont elle avait un besoin impérieux, car le fait d'être privée de comprimés

University of British Columbia, as the “extremely unpleasant experience” of withdrawal. Her addiction was such that (again in the words of Dr. Fleming):

... she wished to obtain a supply at any cost, and was willing to compromise her beliefs concerning appropriate behaviour in order to obtain supply. In the absence of dependence on and tolerance to Fiorinal it is my impression that Ms. Norberg would not have consented to have any social or sexual activity with Dr. Wynrib.

The evidence is clear that Ms. Norberg found the sexual contact degrading and dehumanizing. She avoided it for as long as she could, leaving Dr. Wynrib's care when he first suggested it. When desperation drove her back, she submitted only when her addiction rendered it absolutely necessary. The repeated sexual encounters caused her humiliation and robbed her of her dignity. The pain of those encounters will probably remain with her all her life; Ms. Norberg testified that she thinks about the events daily, that her recollections are an unhappy reminder of her addiction and desperation. When her son was born, she felt that she did not deserve to have her baby because of what she had done with Dr. Wynrib. While the sexual encounters lack the violence of rape, the pain may be just as great because of its insidious psychological overtones. The rape victim may not, although she unfortunately often does, feel guilt. Ms. Norberg, however inevitable and excusable her participation in this activity, clearly does suffer guilt, even years after the events. The evidence suggests her self-esteem has been vitally and perhaps permanently damaged. These *sequelae*, as *The Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients* (at pp. 84-85) makes disturbingly clear, are all too typical of victims of sexual exploitation by physicians.

s'apparentait, selon le Dr Fleming du département de psychiatrie de la faculté de médecine de l'université de la Colombie-Britannique, à l'«expérience extrêmement déplaisante» que constitue le sevrage. Le Dr Fleming ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] ... sa dépendance était telle qu'elle voulait se procurer des médicaments à tout prix et qu'elle était disposée à mettre de côté ses principes de comportement. Il me semble que, si M^{me} Norberg n'avait eu ni dépendance ni tolérance à l'égard du Fiorinal, elle n'aurait jamais accepté des activités sociales ou sexuelles avec le Dr Wynrib.

La preuve révèle clairement que M^{me} Norberg considérait que les rapports sexuels en cause étaient dégradants et déshumanisants. Elle les a évités tant qu'elle a pu, quittant le cabinet du Dr Wynrib lorsque ce dernier y a fait allusion pour la première fois. Lorsque le désespoir l'a ramenée au cabinet du médecin, elle a acquiescé à sa demande seulement parce que sa dépendance l'obligeait à le faire. Les rapports sexuels répétés l'ont humiliée et ont porté atteinte à sa dignité. La souffrance ressentie demeurera probablement en elle toute sa vie; M^{me} Norberg a déposé qu'elle pense à ces événements tous les jours et que ses souvenirs lui rappellent l'époque malheureuse de sa dépendance et de son désespoir. À la naissance de son fils, elle se sentait indigne d'être mère à cause de ce qu'elle avait fait avec le Dr Wynrib. Même si les rapports sexuels n'ont pas été empreints de la violence propre au viol, la souffrance peut être tout aussi importante en raison des conséquences psychologiques insidieuses qui en découlent. La victime de viol n'a pas à se sentir coupable, même si c'est malheureusement souvent le cas. Pour sa part, même si sa participation aux rapports sexuels était inévitable et excusable, M^{me} Norberg se sent manifestement coupable, même plusieurs années plus tard. Selon la preuve, les événements ont porté atteinte, de manière substantielle, et peut-être irréversible, à son estime de soi. Comme le précise de manière troublante le *Final Report of the Task Force on Sexual Abuse of Patients* (aux pp. 84 et 85), ces séquelles sont malheureusement monnaie courante chez les victimes d'exploitation sexuelle par un médecin.

My colleague La Forest J. refers to a number of decisions which have considered the quantum of damages for rape and sexual assault. While one must be cautious in making such comparisons, particularly given the somewhat arbitrary basis upon which damages have been assessed in some sexual assault cases, I find the trauma caused to Ms. Norberg as a consequence of the sexual acts in many respects similar to that in *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.). There the plaintiff, a minor, was assaulted a number of times over a seven-year period by the defendant, an elderly friend of her grandfather. As here, the acts consisted of kissing, fondling and attempted intercourse. The defendant also caused the plaintiff to undress and be photographed. As a result, the plaintiff suffered lasting psychological trauma, including a diminished sense of self-worth and difficulty in forming intimate relationships. Wood J., as he then was, awarded general damages in the sum of \$40,000. Ms. Norberg has suffered similar consequential trauma, but bearing in mind the shorter period during which the sexual abuse occurred here, I would award \$25,000 in damages for sexual exploitation.

Finally, this is in my opinion an appropriate case in which to make an award of punitive damages. In so far as reference to tort principles may be appropriate I note that punitive damages have been awarded in several sexual assault cases: see, for example, *Myers v. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (Sask. Q.B.) (\$40,000); *Harder v. Brown, supra* (\$10,000).

Quite apart from analogies with tort, punitive (or exemplary) damages are available with respect to breaches of fiduciary duty, and in particular for breaches of the sort exemplified by this case. In *W.(B.) v. Mellor*, [1989] B.C.J. No. 1393 (S.C.)

Mon collègue le juge La Forest mentionne un certain nombre de décisions qui ont examiné la question du montant des dommages-intérêts accordés dans les cas de viol et d'agression sexuelle. Il convient d'être prudent dans de telles comparaisons, étant donné, tout particulièrement, le fondement assez arbitraire du montant des dommages-intérêts dans certains cas d'agression sexuelle. J'estime cependant que le traumatisme infligé à M^{me} Norberg par suite des rapports sexuels en cause est, à plusieurs égards, similaire à l'affaire *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.). Dans cette affaire, la demanderesse, qui était mineure, avait été agressée sexuellement un certain nombre de fois par le défendeur, un vieil ami de son grand-père, au cours d'une période de sept ans. Comme en l'espèce, il s'agissait de baisers, de caresses et de tentatives de rapports sexuels. Le défendeur avait également exigé de la demanderesse qu'elle se déshabille et il l'avait photographiée. La demanderesse avait souffert d'un traumatisme psychologique durable, y compris une perte d'estime de soi et une difficulté à établir des relations intimes. Le juge Wood (tel était alors son titre) a accordé des dommages-intérêts généraux au montant de 40 000\$. M^{me} Norberg a subi un traumatisme indirect similaire, mais comme la durée de l'exploitation a été moins longue, je suis d'avis d'accorder 25 000\$ à titre de dommages-intérêts au chapitre de l'exploitation sexuelle.

Enfin, j'estime qu'il y a lieu, en l'espèce, d'octroyer des dommages-intérêts punitifs. Dans la mesure où l'application des principes du droit de la responsabilité délictuelle est opportune, je constate que des dommages-intérêts punitifs ont été octroyés dans un certain nombre de cas d'agression sexuelle, notamment dans *Myers c. Haroldson*, [1989] 3 W.W.R. 604 (B.R. Sask.) (40 000\$) et dans *Harder c. Brown*, précité (10 000\$).

Indépendamment de toute analogie avec la responsabilité délictuelle, des dommages-intérêts punitifs (ou exemplaires) peuvent être accordés dans des cas de manquement à une obligation fiduciaire et, en particulier, dans des cas du type de la

(QL Systems) to which La Forest J. refers in his judgment (at pp. 252-53) a doctor was held to be in breach of his fiduciary duty when he engaged in an exploitive sexual relationship with his patient. McKenzie J. awarded the plaintiff \$15,000 in punitive damages. If further authority is needed for the proposition reference can be made to the decision of Callaghan A.C.J.H.C. in *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (Ont. H.C.), a case in which a lawyer was found to be in breach of his fiduciary duty to his client when he embarked upon a sexual relationship with his client's wife. Although Callaghan A.C.J.H.C. did not find the defendant's conduct sufficiently high handed and arrogant to warrant awarding punitive damages in the circumstances of that case, it is clear from his analysis of the issue (found at pp. 680-81) that he saw no bar to an award of punitive damages for a breach of fiduciary duty.

I find Ellis' statement, found in his text *Fiduciary Duties in Canada*, at p. 20-24, as to the circumstances which will constitute the conditions precedent for awarding punitive damages for a breach of fiduciary duty both helpful and applicable to the facts of this case:

Where the actions of the fiduciary are purposefully repugnant to the beneficiary's best interests, punitive damages are a logical award to be made by the Court. This award will be particularly applicable where the impugned activity is motivated by the fiduciary's self-interest.

I do not think it can be seriously questioned that Dr. Wynrib's activities were both purposefully repugnant to Ms. Norberg's best interests, and motivated entirely by his own self-interest.

Punitive damages are awarded, not for the purpose of compensating the victim for her loss, but with a view to punishing the wrongdoer and deterring both him and others from engaging in similar

présente affaire. Dans *W.(B.) c. Mellor*, [1989] B.C.J. n° 1393 (C.S.) (QL Systems), que le juge La Forest mentionne dans ses motifs (aux pp. 252 et 253), on a statué que le médecin avait manqué à son obligation fiduciaire en ayant avec sa patiente des rapports sexuels équivalant à de l'exploitation. Le juge McKenzie a accordé à la demanderesse des dommages-intérêts punitifs de 15 000\$. Si besoin est, d'autres arrêts au même effet peuvent être cités, comme la décision du juge en chef associé Callaghan dans *Szarfer c. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C. Ont.), qui a conclu qu'un avocat avait manqué à son obligation fiduciaire envers un client en ayant des rapports sexuels avec l'épouse de ce dernier. Même s'il n'a pas jugé que le comportement du défendeur était suffisamment autoritaire et arrogant pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans les circonstances de l'espèce, il ressort clairement de son analyse de la question en litige (aux pp. 680 et 681) que le juge en chef associé Callaghan ne voyait aucun empêchement à l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de manquement à une obligation fiduciaire.

J'estime que le point de vue exprimé par Ellis à la p. 20-24 de son ouvrage intitulé *Fiduciary Duties in Canada*, quant aux circonstances qui justifient l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de manquement à une obligation fiduciaire, est à la fois utile et applicable aux faits de la présente espèce:

[TRADUCTION] Lorsque les actes du fiduciaire sont, à dessein, contraires aux meilleurs intérêts du bénéficiaire, il est logique d'octroyer des dommages-intérêts punitifs. Tel est particulièrement le cas lorsque les actes reprochés ont été motivés par l'intérêt personnel du fiduciaire.

Je ne crois pas que l'on puisse sérieusement mettre en doute le fait que les actes du Dr Wynrib aient été à la fois délibérément contraires aux meilleurs intérêts de M^{me} Norberg et entièrement fondés sur l'intérêt personnel du médecin.

Les dommages-intérêts punitifs ont pour but non pas d'indemniser la victime, mais de punir l'auteur du préjudice et de dissuader ce dernier, ainsi que tout autre, d'accomplir de tels actes à l'avenir. Le

conduct in the future. Dr. Wynrib's conduct is sufficiently reprehensible and offensive to common standards of decency to render him liable to such a punitive award. While, given his age, it is unlikely that such damages will have much utility in terms of specific deterrent effect, concerns for general deterrence militate in favour of their being granted. The Report of the Task Force of the Ontario College of Physicians and Surgeons makes it clear that the sexual exploitation of patients by physicians is more widespread than it is comfortable to contemplate. Its damaging effects extend not only to those persons who are directly harmed, but also to the image of the profession as a whole and the community's trust in physicians to act in our best interests. In this context punitive damages may serve to reinforce the high standard of conduct which the fiduciary relationship between physicians and patients demands be honoured. This is completely in keeping with the law's role in protecting beneficiaries and promoting fiduciary relationships through the strict regulation of the conduct of fiduciaries: on this point see Frankel, *supra* at p. 816. An award of punitive damages in the present case would signal the community's disapprobation of the sexual exploitation of vulnerable patients, and for that reason ought to be made.

In considering the quantum of punitive damages I find the decision of Osborn J. in *Myers v. Haroldson*, *supra*, of some assistance. In that case the plaintiff had been violently raped by a man who was a stranger to her. Punitive damages in the amount of \$40,000 were awarded against the defendant for the following reasons:

- (1) his conduct was worthy of punishment;
- (2) sexual assault is prevalent in our society and there is a consequent need for deterrence;

comportement du Dr Wynrib est suffisamment répréhensible et contraire aux normes habituelles de la décence pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Même si, en raison de son âge, il est peu probable que cela ait quelque effet dissuasif à son égard, la nécessité d'une dissuasion générale milite en faveur de dommages-intérêts punitifs. Il ressort clairement du rapport du groupe de travail mandaté par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario que l'exploitation sexuelle de patients par des médecins est plus répandue qu'on ne veut bien le croire. Le préjudice infligé vise non seulement les personnes qui en sont directement victimes, mais porte également atteinte à l'image du corps médical dans son ensemble ainsi qu'à la confiance collective que les médecins agissent au mieux de nos intérêts. Dans un tel contexte, l'octroi de dommages-intérêts punitifs peut renforcer la norme de conduite élevée qu'exige le rapport fiduciaire qui est établi entre le médecin et son patient. Un tel octroi est tout à fait compatible avec la mission qu'a le droit de protéger les bénéficiaires et de favoriser les rapports fiduciaires en régissant de manière stricte la conduite des fiduciaires; voir, à ce sujet, Frankel, précité, à la p. 816. Des dommages-intérêts punitifs dans la présente affaire traduiraient la désapprobation sociale de l'exploitation sexuelle de patients en situation de vulnérabilité, et c'est pourquoi ils sont justifiés.

En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts punitifs, la décision du juge Osborn dans *Myers c. Haroldson*, précité, fournit des indications utiles. Dans cette affaire, la demanderesse avait été brutalement violée par un inconnu. Le défendeur a été condamné au paiement de dommages-intérêts punitifs de 40 000\$, pour les motifs suivants:

- (1) la conduite du défendeur justifiait une punition;
- (2) les agressions sexuelles sont fréquentes de nos jours, et il importe de dissuader les éventuels agresseurs;

(3) his conduct was not only morally offensive, but also cold and calculating;

(4) his conduct was arrogant and callous, and without concern for the consequences to his victim; and,

(5) the victim's life was threatened in the course of the assault, and a child was born nine months later, whose paternity is consequently in question.

Although the circumstances of the present case are quite different from those in *Myers v. Haroldson*, *supra*, I find guidance in that case. The factors referred to by Osborn J.—blameworthy conduct, prevalence of conduct necessitating deterrence, lack of empathy for the victim and lack concern for the consequences to the victim—are present. Most important in this case, as in *Myers*, is the need for deterrence. Dr. Wynrib is not alone in breaching the trust of his patient through sexually exploiting her; physicians, and all those in positions of trust, must be warned that society will not condone abuse of the trust placed in them. I would award punitive damages against Dr. Wynrib in the amount of \$25,000.

In the result I would allow the appeal and award the plaintiff judgment for \$70,000. In my opinion, this is an appropriate case in which to order costs on a solicitor and client basis. Orders as to costs are discretionary matters. In cases of fiduciary duty that discretion is often exercised to provide the successful plaintiff with costs on the more generous solicitor and client tariff: see Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, *supra*, at p. 20-24. An example of this tendency may be found in *W.(B.) v. Mellor*, *supra*, in which the exploited patient was given solicitor and client costs against the defaulting physician. I would do the same here.

(3) la conduite du défendeur était non seulement immorale, mais également froide et calculée;

(4) sa conduite avait été arrogante et impitoyable et indifférente à l'égard des conséquences pour la victime;

(5) la vie de la victime avait été menacée pendant l'agression, et un enfant dont le défendeur pouvait être le père était né neuf mois plus tard.

Bien que les circonstances de la présente affaire soient tout à fait différentes de celles en cause dans *Myers c. Haroldson*, précité, j'estime que cet arrêt est utile. Les facteurs mentionnés par le juge Osborn, savoir la conduite répréhensible, la fréquence d'un comportement justifiant une dissuasion, l'absence d'empathie vis-à-vis de la victime et l'indifférence quant aux conséquences pour la victime, sont présents en l'espèce. Tout comme dans *Myers*, le besoin de dissuasion est très important en l'espèce. Le Dr Wynrib n'est pas le seul à avoir abusé de la confiance d'une patiente en se livrant à de l'exploitation sexuelle; les médecins, et tous ceux qui se trouvent dans une situation de confiance, doivent être conscients du fait que notre société ne tolérera pas l'abus de la confiance que nous mettons en eux. Je suis d'avis de condamner le Dr Wynrib au paiement de dommages-intérêts punitifs de 25 000\$.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre jugement en faveur de la demanderesse au montant de 70 000\$. J'estime que la présente affaire se prête bien à une condamnation aux dépens sur une base procureur-client. L'octroi des dépens relève du pouvoir discrétionnaire. Dans les cas de manquement à une obligation fiduciaire, ce pouvoir discrétionnaire est souvent exercé afin d'accorder au demandeur qui a gain de cause des dépens sur la base procureur-client, le tarif étant alors plus généreux: voir Ellis, *Fiduciary Duties in Canada*, précité, à la p. 20-24. Cette tendance se manifeste notamment dans *W.(B.) c. Mellor*, précité, où une patiente victime d'exploitation a obtenu des dépens sur la base procureur-client. Je suis d'avis de faire de même en l'espèce.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice La Forest. He disposes of this appeal on the basis of the battery claim. With respect, I cannot agree with his approach on the issue of consent. I am also of the view that this case is more appropriately resolved on the basis of the respondent's duty to treat the appellant arising out of the doctor-patient relationship.

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs du juge La Forest. Il tranche le présent pourvoi en fonction de l'allégation de voies de fait (*battery*). En toute déférence, je ne puis souscrire à la position qu'il adopte relativement à la question du consentement. Je suis également d'avis qu'il convient davantage de régler cette affaire en fonction de l'obligation de l'intimé de traiter l'appelante, qui découle de la relation qui existe entre un médecin et son patient.

The facts of this case are substantially as set out by La Forest J. For the purposes of my reasons I wish to highlight a few crucial facts and findings by the courts below.

Les faits de l'espèce sont essentiellement ceux qui ont été exposés par le juge La Forest. Pour les fins de mes motifs, je tiens à souligner quelques faits d'importance cruciale et les conclusions des tribunaux d'instance inférieure.

The appellant commenced seeing the respondent in early 1982. She admitted that she lied to him about her ankle injury and other illnesses in order to obtain Fiorinal prescriptions. Later in 1982, the respondent confronted her with his knowledge of her addiction. He made it clear to her that if she wished to continue receiving prescriptions for Fiorinal from the respondent, she would have to engage in sexual contact with him. For a short period of time she stopped seeing him and sought her drugs through other doctors. However, when these other doctors reduced her supply, she returned to the respondent. The sexual encounters initially took place in the examining room of the respondent's office and later upstairs in his home. The appellant testified that the incidents of simulated intercourse in the respondent's home took place 10 or 12 times, until some time in 1985. She admitted that at no time did the respondent use any physical force. She also agreed that she "played on him", knowing throughout this relationship that he was lonely. *Oppal J. ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240)*, found that at no time did she refuse the respondent's advances either directly or indirectly. In considering the existence and reality of consent by the appellant, he held at p. 244:

L'appelante a commencé à consulter l'intimé au début de 1982. Elle a admis qu'elle lui avait menti au sujet de sa blessure à la cheville et d'autres maladies afin de se faire prescrire du Fiorinal. Plus tard en 1982, l'intimé lui a fait savoir qu'il était au courant de sa dépendance. Il lui a indiqué clairement que si elle voulait qu'il continue à lui prescrire du Fiorinal, elle devrait avoir des contacts sexuels avec lui. Pendant une courte période, elle a cessé de le voir et a obtenu ses drogues par l'entremise d'autres médecins. Toutefois, lorsque ces autres médecins ont diminué son approvisionnement, elle est revenue voir l'intimé. Au début, les attouchements sexuels ont eu lieu dans la salle d'examen du cabinet de l'intimé et, par la suite, à l'étage supérieur dans sa maison. L'appelante a témoigné que les rapports sexuels simulés dans la maison de l'intimé se sont produits à 10 ou 12 reprises, jusqu'à un certain moment en 1985. Elle a admis que l'intimé n'avait jamais eu recours à la force physique. Elle a également reconnu qu'elle avait «mis sur lui» car elle savait pendant toute la durée de cette relation qu'il se sentait seul. Le juge *Oppal ((1988), 27 B.C.L.R. (2d) 240)* a conclu qu'elle n'avait jamais refusé directement ou indirectement de céder aux avances de l'intimé. Lorsqu'il a examiné l'existence et le caractère réel du consentement de l'appelante, il a conclu à la p. 244:

In the case at bar it cannot be said that Dr. Wynrib either exercised force or threats of it. While Miss Norberg was addicted to Fiorinal, there is no evidence that she was under the influence of the drug, or that her addiction interfered with her capacity to consent to the sexual activity which took place. She was not at any time deprived of her ability to reason. While her willingness to engage in sexual activity was obviously inspired by the prescriptions which the doctor would provide, nevertheless her implied consent was voluntary so that the battery claim for sexual assault must fail.

The majority of the Court of Appeal (McEachern C.J. and Gibbs J.A.) ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47) accepted these findings and concluded at p. 51:

The learned trial judge dismissed the plaintiff's action based upon assault because of her consent. With respect, this seems to me to be clearly correct. These 12 or so sexual encounters all occurred in the defendant's apartment, where she went voluntarily in order to get drugs with a clear understanding of the sordid arrangement to which she had agreed.

Locke J.A., at p. 56, agreed with the majority that the claim for sexual assault failed because of the appellant's consent:

This consent was not brought about by force, deception or undue influence. There was no evidence of confusion brought on by drugs. Neither party was under any illusion as to what they were doing and the defence therefore succeeds.

The Battery Claim and the Defence of Consent

The appellant claims that the sexual contact between the respondent and herself constituted the tort of battery. As stated by Laskin C.J. for the Court in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 890, the tort of battery is "an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one's bodily security". Thus consent, either express or implied by conduct, is a defence to a claim of battery. However, that consent must be genuine. Courts and scholars have identified circumstances in which an apparent consent will

[TRADUCTION] En l'espèce, on ne peut dire que le Dr Wynrib a employé la force ou qu'il a menacé de le faire. Même si M^{lle} Norberg ne pouvait plus se passer de Fiorinal, il n'y a aucune preuve qu'elle était sous l'influence de la drogue ou que sa dépendance a porté atteinte à sa capacité de consentir aux actes sexuels qui ont été accomplis. Elle n'a jamais été privée de sa capacité de raisonner. Même si son acceptation d'avoir des rapports sexuels était certainement motivée par les ordonnances que le médecin lui délivrerait, son consentement implicite était néanmoins volontaire de sorte que l'allégation de voies de fait ne saurait être retenue.

La Cour d'appel, à la majorité (le juge en chef McEachern et le juge Gibbs) ((1990), 44 B.C.L.R. (2d) 47), a fait siennes ces conclusions et a statué à la p. 51:

[TRADUCTION] Le juge du procès a rejeté l'action de la demanderesse fondée sur l'agression en raison du consentement de celle-ci. En toute déférence, cette conclusion me semble nettement juste. Ces quelque 12 épisodes d'attouchements sexuels ont tous eu lieu dans l'appartement du défendeur où elle s'est rendue volontairement pour obtenir des drogues en étant bien consciente de l'entente sordide qu'elle avait conclue.

Le juge Locke, à la p. 56, a souscrit à l'opinion de la majorité que l'allégation d'agression sexuelle échouait en raison du consentement de l'appelante:

[TRADUCTION] Ce consentement n'a pas été obtenu par la force, la tromperie ou un abus d'influence. Il n'a pas été démontré que les drogues avaient causé de la confusion. Les deux parties savaient très bien ce qu'elles faisaient et, par conséquent, le moyen de défense est retenu.

L'allégation de voies de fait et le moyen de défense fondé sur le consentement

L'appelante soutient que les contacts sexuels entre elle et l'intimé constituaient le délit de voies de fait. Comme l'a dit le juge en chef Laskin au nom de la Cour, dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, à la p. 890, le délit de voies de fait est «intentionnel, puisque c'est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne». Par conséquent, le consentement exprès ou implicite qui découle de la conduite constitue un moyen de défense contre une allégation de voies de fait. Toutefois, ce consentement

not be considered valid. Consent is not genuine if it is obtained by force, duress, or fraud or deceit as to the nature of the defendant's conduct, or if it is given under the influence of drugs. See: Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 72-74; Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 62-63.

In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach. In relation to medical procedures, several courts have emphasized the need to consider all relevant surrounding circumstances in assessing whether there was valid consent. See, for example: *Morrow v. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87 (Que. C.A.); *Cowan v. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (Nfld. C.A.). Such an approach applies equally in other situations. For example, the commentary to §892B, Consent Under Mistake, Misrepresentation or Duress, of the American Law Institute's *Restatement of the Law, Second, Torts* (2d), states in relation to duress that "[a]ge, sex, mental capacity, the relation of the parties and antecedent circumstances all may be relevant".

In my view, these factors must be applied on a case-by-case basis rather than by establishing categories of individuals or relationships with respect to which apparent consent will never or rarely be considered valid. Certain relationships, especially those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent. However, the question of consent in relation to a battery claim is ultimately a factual one that must be determined on the basis of all the circumstances of a particular case. This point was explained by the English Court of Appeal in *Freeman v. Home*

doit être véritable. La jurisprudence et la doctrine ont identifié les circonstances dans lesquelles un consentement apparent ne sera pas considéré comme valide. Il n'y a pas véritablement consentement lorsqu'il est obtenu par la force, par la contrainte ou par la fraude ou la tromperie quant à la nature de la conduite du défendeur ou s'il est donné sous l'influence de drogues. Voir: Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 72 à 74; Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), aux pp. 62 et 63.

Pour évaluer le caractère réel du consentement ainsi que l'existence et l'effet des facteurs qui tendent à vicier le consentement véritable, il est important d'adopter une approche qui tienne compte du contexte. En ce qui a trait aux procédures médicales, plusieurs tribunaux ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner toutes les circonstances les entourant pour évaluer la validité du consentement. Voir par exemple: *Morrow c. Hôpital Royal Victoria* (1989), 3 C.C.L.T. (2d) 87 (C.A. Qué.); *Cowan c. Brushett* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (C.A.T.-N.). Une telle manière de procéder s'applique également dans d'autres situations. Par exemple, le commentaire sur § 892B, Consent Under Mistake, Misrepresentation or Duress, de l'American Law Institute dans *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, indique relativement à la contrainte que l'[TRADUCTION] «[â]ge, le sexe, la capacité mentale, la relation entre les parties et les circonstances antérieures peuvent tous être pertinents».

À mon avis, ces facteurs doivent être appliqués dans chaque cas en particulier plutôt que par la création de catégories de personnes ou de relations à l'égard desquelles le consentement apparent ne sera jamais considéré comme valide ou le sera rarement. Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement. Toutefois, la question du consentement en ce qui a trait à une allégation de voies de fait est en fin de compte une question de fait qui doit être déterminée en fonc-

Office, [1984] 1 All E.R. 1036 (leave to appeal to the House of Lords refused). The issue in that case was whether a prisoner had consented to the administration of drugs by a prison medical officer. Brown L.J. stated, at p. 1043:

... the sole issue raised at trial, that is to say whether the plaintiff had consented to the administration of the drugs injected into his body, was essentially one of fact. ... The judge said ([1983] 3 All ER 589 at 597, [1984] 2 WLR 130 at 145):

'The right approach, in my judgment, is to say that where, in a prison setting, a doctor has the power to influence a prisoner's situation and prospects a court must be alive to the risk that what may appear, on the face of it, to be a real consent is not in fact so. I have borne that in mind throughout the case.'

Essentially, however, the matter is one of fact. The judge made the positive finding that the plaintiff consented. ... There was ample evidence to justify his finding of fact and accordingly the decision to which he came. It is not for this court to consider and decide this appeal on the basis of an alternative and hypothetical set of facts and circumstances.

Similarly, in *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), which concerned an action for battery in respect of alleged sexual assaults by a teacher on a high school student, Trainor J. emphasized the importance of considering the particular relationship between the parties and all of the circumstances surrounding the alleged assault:

Sexual abuse is merely one particular way in which one person can assault another. It demands careful examination of the relationship between the parties to appreciate whether both had capacity to consent, understanding the nature and consequences of the conduct, and also whether one of the parties had such a greater amount of power or control over the other as to be in a position to force compliance. This is an examination to determine whether, in all the circumstances, force was

tion de toutes les circonstances d'une affaire en particulier. La Cour d'appel de l'Angleterre a expliqué ce point dans l'arrêt *Freeman c. Home Office*, [1984] 1 All E.R. 1036 (l'autorisation d'interjeter appel à la Chambre des lords a été refusée). La question en litige dans cette affaire était de savoir si un détenu avait consenti à ce qu'un médecin de la prison lui administre un médicament. Le lord juge Brown a dit à la p. 1043:

[TRADUCTION] ... la seule question soulevée au procès, c.-à-d. celle de savoir si le demandeur avait consenti à ce qu'on lui injecte les médicaments, était essentiellement une question de fait [...] Le juge a dit ([1983] 3 All ER 589 à la p. 597, [1984] 2 WLR 130, à la p. 145):

«Il convient, à mon avis, de dire que, lorsque, dans un contexte carcéral, un médecin a le pouvoir d'influencer la situation et les attentes d'un détenu, un tribunal doit être conscient du risque que ce qui peut paraître à sa face même un consentement véritable ne l'est pas en réalité. J'en ai tenu compte tout au long de l'affaire.»

Toutefois, il s'agit essentiellement d'une question de fait. Le juge est arrivé à la conclusion positive que le demandeur avait consenti [...] Il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier sa conclusion de fait et, par conséquent, la décision à laquelle il est arrivé. Il n'incombe pas à notre cour d'examiner et de régler le présent appel en fonction d'autres faits et circonstances hypothétiques.

De même, dans l'arrêt *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.), qui portait sur une action fondée sur des voies de fait relativement à des allégations d'agressions sexuelles perpétrées par un professeur contre un élève d'une école secondaire, le juge Trainor a souligné l'importance de l'examen de la relation particulière entre les parties et de toutes les circonstances entourant la prétendue agression:

[TRADUCTION] L'agression sexuelle n'est que l'une des manières dont une personne peut en agresser une autre. Elle requiert l'examen attentif de la relation existant entre les parties afin de déterminer si chacune d'elles avait la capacité de consentir, compte tenu de la nature et des conséquences de la conduite en cause et, également, si l'une des parties avait plus de pouvoir ou d'ascendant que l'autre de manière à exercer une contrainte. L'examen vise à déterminer si, compte tenu de

applied by one person to another and whether any consent apparently given was genuine. [At pp. 31-32, emphasis added.]

The issue then is whether, having regard to the principles which I have stated, there is any basis to set aside the findings of the courts below that the appellant consented to the sexual activity with the respondent. The appellant submits that having regard to her drug addiction and to the respondent's position of influence as her doctor, there was no genuine consent. I will consider each of these factors in turn.

With respect to the appellant's addiction, the trial judge turned his mind to this factor and concluded that although it clearly inspired her willingness to engage in sexual activity, it did not interfere with her ability to reason or her capacity to consent to the sexual activity which took place. He also noted that she was not under the influence of Fiorinal when sexual activity took place. There was evidence to support all of these findings, and I am unwilling to interfere with the trial judge's conclusion on this ground.

With respect to the doctor-patient relationship, as I have already stated, special relationships between the plaintiff and defendant should alert the trier of fact to the possibility that apparent consent is not genuine; however, the existence of a particular relationship is not determinative of the presence or absence of consent. The beneficiary of a fiduciary relationship can still consent to a transaction with the fiduciary but the court will subject such a consent to special scrutiny. There may well be cases in which a doctor, by virtue of his or her status, exercises such control or authority over a patient that the patient's submission will not be considered genuine consent. However, in my view, that cannot be said about this case. The appellant began and continued to participate in the sexual encounters in order to obtain drugs. She acknowledged that she played on the respondent's loneliness in order to continue obtaining prescriptions. While it is clear that the sexual contact was contrary to the appellant's wishes, in my view it can-

toutes les circonstances, une personne a eu recours à la force à l'égard d'une autre et si le consentement apparent était véritable. [Aux pp. 31 et 32, je souligne.]

La question est alors de savoir si, compte tenu des principes que j'ai énoncés, il convient de rejeter les conclusions des tribunaux d'instance inférieure que l'appelante a consenti à l'activité sexuelle avec l'intimé. L'appelante soutient que, compte tenu de sa pharmacodépendance et de la position d'influence de l'intimé en tant que son médecin, il n'a pas eu de véritable consentement. J'examinerai chacun de ces facteurs l'un après l'autre.

En ce qui a trait à la dépendance de l'appelante, le juge du procès a examiné ce facteur pour ensuite conclure que, bien qu'elle ait de toute évidence motivé son acceptation de s'adonner à des activités sexuelles, elle n'a pas porté atteinte à sa capacité de raisonner ou à sa capacité de consentir à l'activité sexuelle qui a eu lieu. Il a également souligné qu'elle n'était pas sous l'influence du Fiorinal au moment de ces activités sexuelles. Des éléments de preuve appuyaient toutes ces conclusions et je ne suis pas prêt à modifier la conclusion du juge du procès sur ce moyen.

En ce qui a trait à la relation entre le médecin et son patient, comme je l'ai dit précédemment, les relations spéciales entre le demandeur et le défendeur devraient faire prendre conscience au juge des faits de la possibilité que le consentement apparent ne soit pas véritable; toutefois, l'existence d'une relation particulière n'est pas concluante quant à la présence ou à l'absence de consentement. Le bénéficiaire d'un rapport fiduciaire peut toujours consentir à une opération avec le fiduciaire mais le tribunal soumettra un tel consentement à un examen spécial. Il peut très bien y avoir des cas où un médecin, en raison de son statut, exerce un tel contrôle ou une telle influence sur un patient que la soumission de ce dernier ne sera pas considérée comme un consentement véritable. Toutefois, à mon avis, on ne saurait dire que c'est le cas en l'espèce. L'appelante a commencé à participer aux attouchements sexuels et a continué à le faire dans le but d'obtenir de la drogue. Elle a reconnu qu'elle avait misé sur la solitude de l'intimé pour

not be said that it was without her consent. I therefore do not find any basis on which to set aside the conclusion of the courts below on the issue of consent.

This is sufficient, in my view, to dispose of the battery claim. However, since my colleague La Forest J. has relied upon the principles relating to unconscionable transactions in addressing the issue of consent, I feel it necessary to explain why I do not find such an approach helpful or appropriate in this context.

As I have emphasized and as La Forest J. also observes, the factual context of each case must be evaluated to determine whether there has been genuine consent. La Forest J., at p. 248, then reasons that “[i]f the ‘justice factor’ of unconscionability is used to address the issue of voluntariness in the law of contract, it seems reasonable that it should be examined to address the issue of voluntariness in the law of tort”. There is, however, a fundamental difference between these two concepts. In the former, the court may refuse to recognize the validity of a transaction voluntarily entered into by reason of the unfair use of power by the strong against the weak. In the latter, the court is asked to saddle a party with damages for a wrong inflicted on the plaintiff. In the latter case, there is no wrong if there was consent. In the former, the issue is not consent but whether it was fairly obtained. The factor of unconscionability would be more appropriate here if the respondent were seeking to enforce the transaction as opposed to defending himself against an allegation that he committed an intentional tort.

Accordingly, the weight of academic and judicial opinion is that the doctrine of unconscionability operates to set aside transactions even though there may have been consent or agreement to the

continuer à obtenir des ordonnances. Bien qu’il soit clair que l’appelante ne désirait pas ces contacts sexuels, on ne peut, à mon avis, dire qu’elle n’y consentait pas. Par conséquent, je ne trouve aucun motif de rejeter la conclusion des tribunaux d’instance inférieure relativement à la question du consentement.

À mon avis, cela est suffisant pour régler l’allégation de voies de fait. Toutefois, puisque mon collègue le juge La Forest s’est fondé sur les principes relatifs aux opérations iniques pour examiner la question du consentement, j’estime nécessaire d’expliquer les raisons pour lesquelles une telle manière de procéder n’est pas, à mon avis, utile ou appropriée en l’espèce.

Comme je l’ai souligné et comme le juge La Forest l’a également fait remarquer, il convient d’examiner les faits de chaque affaire pour déterminer s’il y a véritablement eu consentement. Le juge La Forest, à la p. 248, dit ensuite que «[s]i on se sert du «facteur de justice» qu’est l’iniquité pour aborder la question du caractère volontaire en matière de droit des contrats, il semble raisonnable que l’on puisse également le faire pour aborder cette même question en matière délictuelle». Toutefois, il existe une différence fondamentale entre ces deux concepts. Dans le premier cas, le tribunal peut refuser de reconnaître la validité d’une opération conclue volontairement en raison de l’utilisation inéquitable de la situation de force dans laquelle se trouvait une partie par rapport à l’autre. Dans le deuxième cas, on demande à la cour de condamner une partie à des dommages-intérêts pour un méfait causé au demandeur. Dans ce dernier cas, il n’y a pas de méfait s’il y a eu consentement. Dans le premier cas, la question n’est pas de savoir s’il y a eu consentement, mais plutôt de savoir s’il a été obtenu correctement. Le facteur de l’iniquité conviendrait mieux en l’espèce si l’intimé cherchait à mettre à exécution l’opération plutôt que de se défendre contre l’allégation qu’il a commis un délit intentionnel.

En conséquence, il ressort de façon prépondérante de la doctrine et de la jurisprudence que le principe de l’iniquité s’applique pour annuler des opérations même s’il a pu y avoir consentement ou

terms of the bargain. It is not that this doctrine vitiates consent but rather that fairness requires that the transaction be set aside notwithstanding consent.

In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, Dickson C.J., writing for himself and La Forest J., held at p. 462:

Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. [Emphasis added.]

Wilson J. did not consider that case to provide an appropriate opportunity for an exposition of the doctrine of unconscionability. However, without necessarily endorsing their approaches, she referred to a number of lower court decisions which invoked the doctrine in order to provide relief. In *Morrison v. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), Davey J.A. stated, at p. 713:

The equitable principles relating to undue influence and relief against unconscionable bargains are closely related, but the doctrines are separate and distinct. . . . A plea of undue influence attacks the sufficiency of consent; a plea that a bargain is unconscionable invokes relief against an unfair advantage gained by an unconscientious use of power by a stronger party against a weaker.

In *Davidson v. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.), Anderson J. stated, at pp. 492-93:

I am of the opinion that the terms of a contract may be declared to be void as being unreasonable where it can be said that in all the circumstances it is unreasonable and unconscionable to bind the parties to their formal bargain.

In *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), McIntyre J.A. (as he then was) restated the principles set out in *Morrison, supra*. Lambert J.A. did not disagree with these principles. However, in his view they were not exhaus-

entente à l'égard des modalités du marché. Ce n'est pas que ce principe vicie le consentement mais plutôt que l'équité exige que l'opération soit annulée nonobstant le consentement.

Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, le juge en chef Dickson, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge La Forest, a conclu à la p. 462:

Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. [Je souligne.]

Le juge Wilson n'était pas d'avis que l'affaire se prêtait à la formulation du principe de l'iniquité. Toutefois, sans nécessairement adopter leurs manières de procéder, elle a mentionné un certain nombre de décisions de tribunaux d'instance inférieure qui invoquaient le principe pour accorder un redressement. Dans l'arrêt *Morrison c. Coast Finance Ltd.* (1965), 55 D.L.R. (2d) 710 (C.A.C.-B.), le juge Davey a dit à la p. 713:

[TRADUCTION] Les principes d'*equity* relatifs à l'abus d'influence et au redressement concernant des contrats iniques sont étroitement reliés, mais ce sont des principes séparés et distincts . . . La partie qui allègue qu'il y a eu abus d'influence conteste le caractère suffisant du consentement; la partie qui allègue l'iniquité d'un contrat cherche à obtenir un redressement à l'égard d'un avantage injuste découlant du fait qu'une partie a profité inéquitablement de la situation de force dans laquelle elle se trouvait par rapport à l'autre.

Dans l'arrêt *Davidson c. Three Spruces Realty Ltd.* (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (C.S.C.-B.), le juge Anderson a dit aux pp. 492 et 493:

[TRADUCTION] J'estime que les conditions d'un contrat peuvent être déclarées nulles en raison de leur caractère déraisonnable chaque fois qu'on peut dire que, dans les circonstances, il est déraisonnable et injuste d'astreindre les parties à l'exécution de leur accord formel.

Dans l'arrêt *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) a énoncé de nouveau les principes formulés dans l'arrêt *Morrison*, précité. Le juge Lambert ne s'est pas dit en désaccord

tive of the circumstances in which unconscionability may operate as a ground for rescission. He stated at p. 241:

In my opinion, questions as to whether use of power was unconscionable, an advantage was unfair or very unfair, a consideration was grossly inadequate, or bargaining power was grievously impaired, to select words from both statements of principle, the *Morrison* case and the *Bundy* case, are really aspects of one single question. That single question is whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded.

The final case to which I wish to make reference on this point is *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326. While the majority decided the case on the ground of undue influence, Lord Denning M.R. drew together several doctrines including unconscionability under the rubric of a general principle of "inequality of bargaining power". He was careful, however, to distinguish this basis for relief from any notion of involuntariness or lack of consent, at p. 339:

I have also avoided any reference to the will of the one being "dominated" or "overcome" by the other. One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself. [Emphasis added.]

This review of judicial decisions on the subject of unconscionability does not purport to be exhaustive. My point has simply been to demonstrate, firstly, that the doctrine of unconscionability and the related principle of inequality of bargaining power are evolving and, as yet, not completely settled areas of the law of contract and, secondly, that there is a substantial body of judicial opinion that either explicitly distinguishes unconscionability from the question of consent or analyzes the impugned transaction in a way that directs attention away from the question of whether a party in fact agreed or consented to a particular term.

avec ces principes. Toutefois, à son avis, ils ne comprenaient pas toutes les circonstances dans lesquelles l'iniquité peut s'appliquer en tant que motif d'annulation. Il a dit à la p. 241:

[TRADUCTION] À mon avis, les questions de savoir si l'utilisation d'une situation de force est inique, si un avantage est injuste ou très injuste, si une contrepartie est manifestement insuffisante ou si le pouvoir de négociation est sérieusement compromis, pour reprendre les termes employés dans les deux énoncés de principe, les affaires *Morrison* et *Bundy*, constituent en réalité des aspects d'une seule et même question. Cette unique question est celle de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée.

La dernière affaire que je tiens à mentionner relativement à ce point, c'est l'arrêt *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326. Bien que la majorité y ait statué en fonction de l'abus d'influence, le maître des rôles lord Denning a rassemblé plusieurs principes dont celui de l'iniquité sous la rubrique d'un principe général d'«inegalité du pouvoir de négociation». Toutefois, il a pris soin d'établir une distinction entre ce motif de redressement et toute notion de caractère involontaire ou d'absence de consentement à la p. 339:

[TRADUCTION] J'ai omis également de mentionner la volonté de la partie «dominée» ou «subjuguée» par l'autre. La personne qui se trouve dans un état d'indigence extrême peut, en toute connaissance de cause, consentir à un marché fort imprudent, uniquement aux fins de surmonter les difficultés auxquelles elle fait face. [Je souligne.]

Cet examen de la jurisprudence sur le sujet de l'iniquité ne se veut pas exhaustif. J'ai tout simplement voulu démontrer, premièrement, que le principe de l'iniquité et le principe connexe de l'inégalité du pouvoir de négociation évoluent et ne constituent pas encore un domaine du droit des contrats entièrement établi et, deuxièmement, qu'il existe de nombreuses opinions judiciaires qui établissent expressément une distinction entre l'iniquité et la question du consentement ou qui analysent l'opération contestée d'une manière qui détourne l'attention de la question de savoir si une partie a effectivement convenu ou consenti à une modalité particulière.

Academic writings similarly differentiate between unconscionability and lack of consent. Professor Waters in "Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 37, at pp. 48-49, discusses unconscionability as follows:

Unlike the doctrine of undue influence, equity is not concerned in these situations with whether the mind of one party was overborne by another so that the victim's true consent was lacking; it asks the question as to whether, looked at objectively, the transaction in all the circumstances was sufficiently unconscionable that it cannot be allowed to stand.

As Professor Sheridan put it, writing in 1957, the question is whether, given the weakness of one party's bargaining position and the undervalue which he received, "a greater advantage" was obtained by the stronger party "than the current morality of the ordinary run of business allows".

See also Cope, "The Review of Unconscionable Bargains in Equity" (1983), 57 *Aust. L.J.* 279. Professor Waddams in his article "Unconscionability in Contracts" (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369, explained the problem with analyzing unconscionability in terms of consent at pp. 381-82:

The use of consent theories to deal with unfair clauses in documents, signed or unsigned, has led some commentators to attempt to reduce the whole problem of unconscionability to a question of consent. I think that this approach is unhelpful, and ultimately results in a redefinition of consent in such terms that an unconscionable provision is presumed *ipso facto* not to have received assent, or "true" assent. The lack of assent becomes then not a reason for relief, but a statement of a conclusion that relief will be granted, suppressing any analysis of the criteria of unconscionability, which must be the true ground for the decision. . . .

There will be an overlap in particular cases. . . . But there is, I suggest, a distinction in principle between the defences of no assent and unconscionability.

De même, la doctrine établit une distinction entre l'iniquité et l'absence de consentement. Le professeur Waters dans «Banks, Fiduciary Obligations and Unconscionable Transactions» (1986), 65 *R. du B. can.* 37, aux pp. 48 et 49, analyse l'iniquité de la manière suivante:

[TRADUCTION] Contrairement à ce qui se passe concernant le principe de l'abus d'influence, l'*equity* ne cherche pas à savoir dans ces cas si l'esprit d'une partie a été dominé par une autre de sorte que la victime n'a pas donné de consentement véritable; elle se demande si, de façon objective, l'opération, dans toutes les circonstances, était suffisamment inique pour qu'on puisse l'annuler

Comme l'a écrit le professeur Sheridan en 1957, il s'agit de déterminer si, compte tenu de la faiblesse de la position d'une partie en matière de négociation et de la sous-évaluation qui en a été faite, la partie plus forte a tiré «un avantage plus grand que ne le permet la moralité actuelle en matière de conduite ordinaire des affaires».

Voir également Cope, «The Review of Unconscionable Bargains in Equity» (1983), 57 *Aust. L.J.* 279. Le professeur Waddams, dans son article «Unconscionability in Contracts» (1976), 39 *Mod. L. Rev.* 369, a expliqué le problème de l'analyse de l'iniquité sous le rapport du consentement aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] L'utilisation des principes en matière de consentement pour traiter des clauses injustes dans les documents, signés ou non, a amené certains auteurs à tenter de ramener l'ensemble du problème de l'iniquité à une question de consentement. Je suis d'avis qu'il n'est pas utile de procéder ainsi et qu'en fin de compte il en résulte une nouvelle définition du consentement de sorte qu'une disposition inique est *ipso facto* présumée ne pas avoir fait l'objet d'un consentement ou d'un «véritable» consentement. L'absence de consentement devient alors non pas un motif de redressement, mais l'énoncé d'une conclusion que le redressement sera accordé, supprimant ainsi toute analyse du critère de l'iniquité, qui doit constituer le véritable fondement de la décision . . .

Il y aura chevauchement dans certains cas particuliers [. . .] Toutefois, j'estime qu'il existe, en principe, une distinction entre les moyens de défense d'absence de consentement et d'iniquité.

Just as discussing the problem of unconscionability in terms of consent obscures the real basis for relief in these contracts cases, importing the principles of unconscionability into the context of a battery claim has the potential to obscure the real question—whether in all the circumstances, the plaintiff actually consented to the touching which constitutes the alleged battery.

One example of how transposing unconscionability analysis into the context of a battery claim may lead courts astray is La Forest J.'s statement, at p. 256, that if the type of sexual relationship at issue is "sufficiently divergent from community standards of conduct", this may indicate exploitation. This reasoning is drawn directly from an unconscionable transaction case, *Harry v. Kreutziger*, *supra*, in which Lambert J.A. held, at p. 241, that the key question is "whether the transaction, seen as a whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded". While community standards of commercial morality may be a relevant consideration in determining whether there has been such exploitation as to warrant setting aside a commercial contract, with respect, community standards of sexual conduct have no bearing on the question of whether or not there was consent to sexual contact in a particular case.

I therefore do not find the contractual doctrine of unconscionability of assistance in attempting to answer the factual question of whether the appellant consented to sexual contact with the respondent. Furthermore, in my view, the facts of this case are more accurately reflected by acknowledging that the appellant consented to the sexual contact and by considering the respondent's conduct in light of his professional duty towards the appellant.

Breach of Duty

This professional duty arises out of the relationship of doctor-patient which is essentially based on

Tout comme l'analyse du problème de l'iniquité sous le rapport du consentement dissimule le motif réel du redressement dans ces affaires de contrat, le fait d'introduire les principes de l'iniquité dans le contexte d'une allégation de voies de fait est susceptible de dissimuler la véritable question qui est de savoir si, dans toutes les circonstances, la demanderesse a réellement consenti aux attouchements qui constituent les voies de fait alléguées.

Un exemple de la façon dont la transposition de l'analyse de l'iniquité dans le contexte d'une allégation de voies de fait peut induire les tribunaux en erreur est l'affirmation du juge La Forest, à la p. 256, selon laquelle si le genre de relation sexuelle en cause «s'écarte suffisamment des normes sociales de conduite», cela peut indiquer qu'il y a exploitation. Ce raisonnement est tiré directement d'un arrêt portant sur une opération inique, l'arrêt *Harry c. Kreutziger*, précité, dans lequel le juge Lambert a conclu, à la p. 241, que la question clé est [TRADUCTION] «de savoir si l'opération, dans son ensemble, est à ce point contraire aux normes sociales d'éthique commerciale qu'elle doit être annulée». Bien que les normes sociales de la moralité commerciale puissent être pertinentes pour déterminer s'il y a eu une exploitation suffisante pour justifier l'annulation d'un contrat commercial, j'estime en toute déférence que les normes sociales de conduite sexuelle n'ont aucun rapport avec la question de savoir s'il y a eu consentement à des contacts sexuels dans un cas particulier.

Par conséquent, je ne suis pas d'avis que le principe de l'iniquité en matière de contrats soit utile pour tenter de répondre à la question factuelle de savoir si l'appelante a consenti aux contacts sexuels avec l'intimé. J'estime, en outre, qu'il est plus conforme aux faits de l'espèce de reconnaître que l'appelante a consenti aux contacts sexuels et d'examiner la conduite de l'intimé en tenant compte de son obligation professionnelle envers l'appelante.

Le manquement à l'obligation

Cette obligation professionnelle découle de la relation entre le médecin et son patient qui est

contract. Breach of the duty can be the subject of an action in either contract or negligence. While undoubtedly, as in the case of lawyer and client, this relationship in some of its aspects involves fiduciary duties, not all facets of the obligations are fiduciary in nature.

This Court examined the principles of fiduciary duty in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. In that case, I concluded for the majority on this point, at p. 596, that fiduciary obligation "must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords". It was acknowledged, at p. 597, that "[t]he nature of the relationship may be such that, notwithstanding that it is usually a fiduciary relationship, in exceptional circumstances it is not", and further, that "not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship will be fiduciary in nature". The relationship between a doctor and his or her patient is precisely of this hybrid genre. In *Lac Minerals Ltd.*, *supra*, I also referred to the judgment of Southin J.A. in *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (S.C.), which held that a solicitor's failure to use care and skill did not essentially become a breach of fiduciary duty, but rather, the breach could be founded in contract or negligence. Likewise, certain obligations that arise from a doctor and patient relationship are fiduciary in nature; however, other obligations are contractual or based on the neighbourhood principle which is the foundation of the law of negligence. Fiduciary duties should not be superimposed on these common law duties simply to improve the nature or extent of the remedy.

I therefore agree with the following statement, at p. 52, in the reasons of McEachern C.J.:

essentiellement fondée sur un contrat. Le manquement à cette obligation peut faire l'objet d'une action fondée sur le contrat ou sur la négligence. Bien que sans doute, comme dans le cas d'un avocat et de son client, cette relation comporte des obligations fiduciaires dans certains de ses aspects, toutes les facettes des obligations ne sont pas de nature fiduciaire.

Notre Cour a examiné les principes de l'obligation fiduciaire dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. Dans cette affaire, j'ai conclu au nom de la majorité sur ce point, à la p. 596, qu'«on ne doit avoir recours [à l'obligation fiduciaire] que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». Il a été reconnu, à la p. 597, que «[l]a nature des rapports peut être telle que, bien qu'il s'agisse normalement de rapports fiduciaires, ils peuvent dans des circonstances exceptionnelles ne pas avoir ce caractère», et plus loin, que «les obligations des parties ayant des rapports généralement reconnus comme fiduciaires ne peuvent pas toutes être qualifiées de fiduciaires». La relation entre un médecin et son patient fait précisément partie de ce genre hybride. Dans *Lac Minerals Ltd.*, précité, j'ai également mentionné les motifs du juge Southin dans *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361 (S.C.), qui a conclu que le défaut d'un avocat de faire preuve de diligence et de compétence n'entraînait pas nécessairement un manquement à une obligation fiduciaire mais pouvait constituer plutôt une inexécution d'un contrat ou une négligence. De même, certaines obligations qui découlent de la relation entre le médecin et son patient sont de nature fiduciaire; toutefois d'autres obligations sont contractuelles ou fondées sur le principe du prochain qui constitue le fondement du droit en matière de négligence. Les obligations fiduciaires ne devraient pas être superposées à ces obligations de common law simplement pour améliorer la nature ou la portée du redressement.

Je souscris donc à l'énoncé suivant, à la p. 52, contenu dans les motifs du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique:

If the defendant breached a duty to the plaintiff in this case it was a breach of the duty which a physician owes to his patient to treat her professionally and, unless the breach relates to an improper disclosure of confidential information or something like that, it adds nothing to describe the breach as a fiduciary one.

The breach of duty alleged here is the obligation of a physician to treat the patient in accordance with standards in the profession. The trial judge found that there was a breach of this duty. He stated at p. 246:

Regardless of the nature of their relationship, it is clear that a physician has a duty to act in utmost good faith towards a patient. It is trite to say that a physician must never allow his personal interests to conflict with his professional duty. In this case Dr. Wynrib clearly did this. He was legally and ethically bound to treat his patient's drug addiction or to refer her to a drug rehabilitation centre. He did neither. Rather, he capitalized on her addiction. He showed a total disregard for the best interests of his patient.

This finding was fully supported by the evidence. One of the professional witnesses, Dr. Herbert, testified as follows:

... it is my opinion that a reasonable general practitioner practicing [*sic*] in British Columbia in the 1980's would have realized Ms. Norberg's addiction to Fiorinal prior to 1984. In the circumstances, a reasonable practitioner would have taken steps to attempt to help Ms. Norberg end her addiction by, for example, suggesting drug counselling, or, at the very least, by discontinuing her prescriptions of Fiorinal. In my opinion, the continued prescriptions of Fiorinal by Dr. Wynrib to Ms. Norberg after 1983, promoted and fed an addiction without medical justification.

The Court of Appeal agreed with this finding. McEachern C.J. expressly approved of the above passage from the reasons of the trial judge.

[TRADUCTION] Si le défendeur a, en l'espèce, manqué à une obligation envers la demanderesse, il s'agit de l'obligation de traiter professionnellement sa patiente et, à moins que le manquement ne porte sur la communication inopportune de renseignements confidentiels ou sur quelque chose de semblable, il ne sert à rien de qualifier l'obligation de fiduciaire.

Le manquement à l'obligation allégué en l'espèce est un manquement à l'obligation du médecin de traiter son patient conformément aux normes de la profession. Le juge du procès a conclu qu'il y a eu manquement à cette obligation. Il a dit à la p. 246:

[TRADUCTION] Peu importe la nature de leur relation, il est clair qu'un médecin a l'obligation d'agir avec le plus de bonne foi possible à l'égard d'un patient. C'est un euphémisme de dire qu'un médecin ne doit jamais laisser ses intérêts personnels entrer en conflit avec son obligation professionnelle. En l'espèce, c'est clairement ce qu'a fait le Dr Wynrib. Il était tenu en vertu de la loi et de la déontologie de traiter la toxicomanie de sa patiente ou de l'envoyer dans un centre de désintoxication. Il ne l'a pas fait. Il a plutôt profité de sa dépendance. Il a fait preuve d'un mépris total des meilleurs intérêts de sa patiente.

Cette conclusion a été entièrement appuyée par la preuve. L'un des témoins professionnels, le Dr Herbert, a déposé de la manière suivante:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'un médecin généraliste raisonnable qui exerçait sa profession en Colombie-Britannique dans les années 80 se serait rendu compte de la dépendance au Fiorinal de M^{me} Norberg avant 1984. Dans les circonstances, un praticien raisonnable aurait pris des mesures pour tenter d'aider M^{me} Norberg à mettre fin à sa dépendance en lui recommandant, par exemple, de faire appel à des services de consultation en toxicomanie ou, à tout le moins, en cessant de lui prescrire du Fiorinal. À mon avis, le renouvellement des ordonnances de Fiorinal par le Dr Wynrib à Mme Norberg après 1983 a encouragé et entretenu une dépendance sans justification médicale.

La Cour d'appel a fait sienne cette conclusion. Le juge en chef McEachern a expressément approuvé le passage susmentionné des motifs du juge du procès.

Locke J.A. also found that the respondent breached his duty as a physician. He concluded, however, that to the extent that the appellant relied on contract, it had been abandoned by mutual consent. The duty survived, however, for the purposes of the claim in negligence. In this regard, he stated at p. 58:

Given my conclusion that the contract to heal was abandoned, one might now argue that as to anything which followed the duty was "abandoned" and the doctor owed her none. I have concluded this was not a duty which could be vacated. Even if acting as a purchaser of sex, and not in his capacity of a doctor, he owed a duty, as would anyone, not to give another a noxious substance. And as he knew the appellant's real condition—that of addiction—he was in purposeful—almost malevolent—breach of duty in giving her medically unnecessary drugs. It is this supplying of drugs that is the negligent act.

In my opinion, whether the appellant relies on contract or negligence, the duty to treat was not vacated by consent. In contract this would require the abandonment of the contractual relationship between the parties. The authorities reviewed by Locke J.A. show that this requires the mutual consent of the parties supported by consideration. I am satisfied that there was no such consent in this case.

While the parties may very well have had a relationship independent of the doctor-patient relationship, the latter relationship continued and was not abandoned. After the addiction was admitted to him in late 1982, the respondent's conduct was consistent with the continuation of a doctor and patient relationship. He ordered a series of x-rays to be taken of various parts of the appellant's body. He accepted these x-ray reports in August and November of 1984. He made gynaecological referrals for the appellant and in due course Dr. Gowd, a gynaecologist, reported to the respondent in this regard. The only conclusion to be drawn from the evidence is that the respondent continued to act as the appellant's general practitioner and the appel-

Le juge Locke a également conclu que l'intimé avait manqué à son obligation en tant que médecin. Toutefois, il a conclu que, dans la mesure où l'appelante s'est fondée sur le contrat, il avait été abandonné par consentement mutuel. Toutefois, l'obligation subsistait aux fins de la demande fondée sur la négligence. À cet égard, il a dit à la p. 58:

[TRADUCTION] Compte tenu de ma conclusion que le contrat de soins a été abandonné, on pourrait maintenant soutenir que tout ce qui a suivi l'obligation a été «abandonné» et que le médecin n'en avait aucune envers elle. J'ai conclu qu'il ne s'agissait pas d'une obligation qui pouvait être annulée. Même en agissant à titre d'acheteur de services sexuels et non en tant que médecin, il était tenu, comme tout le monde, de ne pas donner une substance nocive à une autre personne. De plus, comme il était au courant de la condition réelle de l'appelante, c.-à-d. de sa dépendance, il violait volontairement presque de façon malveillante son obligation en lui donnant des drogues qui n'étaient pas nécessaires médicalement. C'est l'approvisionnement en drogues qui constitue l'acte négligent.

À mon avis, que l'appelante se fonde sur le contrat ou la négligence, l'obligation de traiter n'a pas été annulée par consentement. En matière de contrat, cette situation exigerait l'abandon de la relation contractuelle entre les parties. Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence examinées par le juge Locke que cette situation exige le consentement mutuel des parties moyennant contrepartie. Je suis convaincu que ce consentement n'a pas été donné en l'espèce.

Bien que les parties aient très bien pu avoir une relation autre que celle qui existe entre un médecin et son patient, cette dernière s'est poursuivie et n'a pas été abandonnée. Après que l'appelante eut avoué sa dépendance à l'intimé à la fin de 1982, la conduite de celui-ci correspondait au maintien de la relation entre un médecin et son patient. Il a demandé qu'on examine au moyen de rayons X diverses parties du corps de l'appelante. Il a reçu ces rapports d'examen aux rayons X en août et en novembre 1984. Il a référé l'appelante à un gynécologue et, en temps utile, le Dr Gowd, un gynécologue, a présenté un rapport à l'intimé à cet égard. La seule conclusion qui ressort de la preuve est que l'intimé a continué d'agir comme médecin

lant continued to seek medical care from him in this capacity. Neither the parties nor the medical community had any reason to believe that the parties had mutually abandoned their contract. In fact, the conduct of both the appellant and the respondent reinforced the existence of their doctor and patient relationship.

Moreover, even if the contract was abandoned, that did not put an end to the duty. The respondent did not change his status as a physician; nor did the appellant change her status as one who was in need of and sought treatment. This relationship continued even if technically the contract between them was terminated by mutual consent. The duty is supportable independently of contract on the basis of this relationship. Duty arising out of relationship is, of course, the basis of the law of negligence.

Both McEachern C.J. and Locke J.A. concluded that the respondent's duty to the appellant was not discharged by reason of consent to the sexual encounters. After quoting the passage from the reasons of the trial judge to which I referred above, McEachern C.J. stated at p. 52:

I agree with the above. Further, in my opinion, the consent of the plaintiff to the conduct of the defendant does not excuse him from the obligations of that duty. He owed a professional responsibility both to the plaintiff and to the state not to mistreat her in a medical way by extending her period of addiction without proper treatment regardless of her wishes.

I agree with this conclusion. While the appellant consented to the sexual encounters, she did not consent to the breach of duty that resulted in the continuation of her addiction and the sexual encounters. The fact that a patient acquiesces or agrees to a form of treatment does not absolve a physician from his or her duty if the treatment is not in accordance with medical standards. Otherwise, the patient would be required to know what the prescribed standard is. In the absence of a clear statement by the respondent to the appellant that he

généraliste de l'appelante et que celle-ci a continué à chercher à obtenir des soins médicaux de lui à ce titre. Ni les parties, ni le milieu médical n'avaient de raisons de croire qu'ils avaient mutuellement abandonné leur contrat. En fait, la conduite de l'appelante et de l'intimé a renforcé l'existence de leur relation médecin-patiente.

En outre, même si le contrat avait été abandonné, cela ne mettait pas fin à l'obligation. L'intimé n'a pas changé son statut de médecin et l'appelante n'a pas non plus changé son statut de personne qui avait besoin et qui était à la recherche d'un traitement. Cette relation s'est poursuivie même si, techniquement, le contrat qui existait entre eux a pris fin par consentement mutuel. L'obligation existe indépendamment du contrat à l'origine de cette relation. L'obligation qui découle de la relation représente évidemment le fondement du droit en matière de négligence.

Le juge en chef McEachern et le juge Locke ont conclu que l'intimé ne s'était pas libéré de son obligation envers l'appelante en raison du consentement aux attouchements sexuels. Après avoir cité le passage des motifs du juge du procès que j'ai mentionné précédemment, le juge en chef McEachern a dit à la p. 52:

[TRADUCTION] Je souscris à ce qui précède. J'estime, en outre, que le fait que la demanderesse ait consenti à la conduite du défendeur ne le relève pas des exigences qui découlent de cette obligation. Il avait envers la demanderesse et l'État la responsabilité professionnelle de ne pas lui donner de mauvais traitements médicaux en prolongeant sa période de dépendance sans lui prodiguer de traitement convenable, nonobstant ce qu'elle souhaitait.

Je souscris à cette conclusion. Bien que l'appelante ait consenti aux attouchements sexuels, elle n'a pas consenti au manquement à l'obligation qui a entraîné la poursuite de sa dépendance et les attouchements sexuels. Le fait qu'un patient admette ou accepte une forme de traitement ne relève pas un médecin de son obligation, si le traitement n'est pas conforme aux normes médicales. Autrement le patient serait tenu de savoir quelle est la norme prescrite. En l'absence d'une déclaration claire de l'intimé à l'appelante qu'il ne la traitait désormais

was no longer treating her as her physician and an unequivocal consent to the cessation of treatment, I conclude that the duty to treat the appellant continued until she attended at the rehabilitation centre on her own initiative and was treated.

Ex Turpi Causa

I agree with the reasons of Locke J.A. and La Forest J. that the appellant's claim is not barred by *ex turpi*. I would add the following. My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance. In this regard, I agree with the statement of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community. It is properly applied in those circumstances in which it would be manifestly unacceptable to fair-minded, or right-thinking, people that a court should lend assistance to a plaintiff who has defied the law.

The views of society have changed radically in this respect. The older cases were apt to view with equal severity the misconduct of all persons who were involved in immoral or illegal transactions. I need only refer to the case of *Hegarty v. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288 (Q.B.D.), in which the courts refused relief to a young female servant who had been infected with a venereal disease by her master. I have no doubt that such a case would be viewed quite differently today. In my view, the administration of justice will suffer no disrepute in the eyes of the public by reason of this Court's lending its assistance to the appellant in this case.

plus à titre de médecin et d'un consentement non équivoque à la cessation du traitement, je suis d'avis que l'obligation de traiter l'appelante s'est poursuivie jusqu'à ce qu'elle se rende au centre de désintoxication de son propre gré et qu'elle y soit traitée.

Ex turpi causa

Je fais miens les motifs du juge Locke et du juge La Forest selon lesquels la maxime *ex turpi* ne fait pas obstacle à la demande de l'appelante. Je suis d'avis d'ajouter ce qui suit. Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre. À cet égard, je fais miens les propos du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens. Elle est appliquée à bon droit dans les circonstances où il serait manifestement inacceptable pour les personnes impartiales et sensées qu'un tribunal vienne en aide à un demandeur qui a défié la loi.

L'opinion de la société a changé radicalement à cet égard. Dans les affaires plus anciennes, on était prêt à considérer avec la même sévérité l'inconduite de toutes les personnes impliquées dans des opérations immorales ou illégales. Je n'ai qu'à mentionner l'arrêt *Hegarty c. Shine* (1878), 4 L.R. Ir. 288 (B.R.), dans lequel les tribunaux ont refusé un redressement à une servante à qui son maître avait transmis une maladie vénérienne. Je suis certain qu'une telle affaire serait interprétée très différemment aujourd'hui. À mon avis, l'administration de la justice ne sera pas déconsidérée aux yeux du public parce que notre Cour vient en aide à l'appelante en l'espèce.

Damages

The breach of duty found was that in lieu of striving to cure the appellant of her addiction, the respondent promoted it in return for sexual favours. The result was that the addiction was prolonged in lieu of treatment and the appellant was subjected to the respondent's sexual advances. The sexual acts were causally connected to the failure to treat and must form part of the damage suffered by the appellant. I would assess the damages for both these components in the amount awarded by my colleague, La Forest J. I would not, however, award punitive damages. These are inappropriate in this case inasmuch as the basis of liability is the breach of professional duty. While the sexual episodes are an element of damage, they are not the basis of liability. These sexual episodes are the basis of liability in the reasons of La Forest J. who found the respondent liable for acts of sexual assault deserving of punishment. In the view that I have taken, they are rather an element of damage for breach of duty, and an award that includes as a component aggravated damages is adequate compensation to the appellant.

I would allow the appeal with costs throughout. I would not impose costs on a scale higher than party and party which should generally be reserved for cases in which misconduct has occurred in the conduct of or related to the litigation.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Les dommages-intérêts

Le manquement à l'obligation dont j'ai conclu à l'existence était qu'au lieu de chercher à débarrasser l'appelante de sa dépendance, l'intimé l'a favorisée en échange de faveurs sexuelles. Il en est résulté que la dépendance a été prolongée au lieu d'être traitée et que l'appelante a fait l'objet d'avances sexuelles de la part de l'intimé. Il y a eu un lien causal entre les actes sexuels et l'omission de traiter et ces actes sexuels doivent faire partie du préjudice subi par l'appelante. Je suis d'avis d'évaluer les dommages-intérêts pour ces deux composantes au montant accordé par mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je ne suis pas d'avis d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Il ne convient pas d'en accorder en l'espèce dans la mesure où la responsabilité est fondée sur le manquement à l'obligation professionnelle. Bien que les épisodes sexuels représentent un élément du préjudice, ils ne constituent pas le fondement de la responsabilité. Ces épisodes sexuels constituent le fondement de la responsabilité dans les motifs du juge La Forest qui a conclu que l'intimé avait commis des actes d'agression sexuelle qui méritaient d'être punis. À mon point de vue, ils représentent plutôt un élément du préjudice subi en raison du manquement à l'obligation et des dommages-intérêts comprenant des dommages-intérêts majorés constituent une indemnisation adéquate pour l'appelante.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de ne pas imposer des dépens plus élevés que les dépens entre parties qui seraient généralement réservés pour les affaires dans lesquelles il y a eu inconduite dans le cadre du litige ou relativement à celui-ci.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Epstein Wood Logie & Wexler, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.