

Mary Francis Cooper *Appellant*

v.

Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Minister of Justice and the Attorney General for Alberta, the British Columbia Securities Commission, the Ontario Securities Commission, and the Alberta Securities Commission *Interveners*

INDEXED AS: COOPER v. HOBART

Neutral citation: 2001 SCC 79.

File No.: 27880.

2001: June 20; 2001: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Registrar of mortgage brokers — Registered mortgage broker using funds for unauthorized purposes — Investors alleging that losses would have been avoided or diminished if Registrar had acted sooner to suspend broker's licence — Whether Registrar owed private law duty of care to members of investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that investors sustained — Role of policy concerns in determining scope of liability for negligence.

In October 1997, the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, suspended a registered mortgage broker's licence and issued a freeze order in respect of its

Mary Francis Cooper *Appelante*

c.

Robert J. Hobart et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le ministre de la Justice et le procureur général de l'Alberta, la British Columbia Securities Commission, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : COOPER c. HOBART

Référence neutre : 2001 CSC 79.

N° du greffe : 27880.

2001 : 20 juin; 2001 : 16 novembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Registrateur des courtiers en hypothèques — Courtier en hypothèques inscrit utilisant des fonds à des fins non autorisées — Investisseurs alléguant que les pertes subies auraient été évitées ou réduites si le registrateur avait agi plus tôt pour suspendre le permis du courtier — Le droit privé impose-t-il au registrateur une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies? — Rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence.

En octobre 1997, le registrateur des courtiers en hypothèques, un organisme de réglementation créé par la loi, a suspendu le permis de courtage en hypothèques d'un

assets because funds provided by investors were allegedly used by the broker for unauthorized purposes. The appellant, one of over 3,000 investors who advanced money to the broker, brought an action against the Registrar alleging that he breached the duty of care that he owed to the appellant and other investors. The appellant asserted that by August 1996 the Registrar was aware of serious violations of the B.C. *Mortgage Brokers Act* committed by the broker and should have acted earlier to suspend its licence and to notify the investors that the broker was under investigation. According to the appellant, if the Registrar had acted more promptly, the losses suffered by the investors would have been avoided or diminished. The appellant applied to have the action certified as a class proceeding. The trial judge concluded that the pleadings disclosed a cause of action in negligence and that the plaintiffs should be permitted to bring a class action. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, holding that the pleadings did not disclose a cause of action against the Registrar.

Held: The appeal should be dismissed. The Registrar did not owe a duty of care to investors.

In assessing whether a duty of care should be imposed, the approach set out in *Anns* is still appropriate in the Canadian context. Different types of policy considerations are involved at each stage of *Anns*. At the first stage, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The proximity analysis focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for the proximity analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been identified. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. In order to recognize a new duty of care, mere foreseeability is not enough. The plaintiff must show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the circumstances of the case. They must be grounded in the governing statute when there is one.

courtier et a rendu une ordonnance bloquant ses actifs parce que les fonds des investisseurs auraient été utilisés par le courtier à des fins non autorisées. L'appelante, qui figurait parmi plus de 3000 investisseurs ayant avancé des fonds au courtier, a intenté une action contre le registraire, alléguant qu'il avait manqué à l'obligation de diligence qu'il aurait eue envers elle et les autres investisseurs. L'appelante a affirmé que le registraire savait depuis août 1996 que le courtier avait commis des infractions graves à la *Mortgage Brokers Act* de la C.-B. et aurait dû agir plus tôt pour suspendre son permis et avertir les investisseurs du fait qu'il faisait enquête au sujet du courtier. Selon l'appelante, si le registraire avait agi plus rapidement, les pertes subies par les investisseurs auraient été évitées ou réduites. L'appelante a demandé l'autorisation d'engager l'action en tant que recours collectif. Le juge de première instance a conclu que les actes de procédure révélaient une cause d'action en négligence et qu'il fallait permettre aux demandeurs d'intenter un recours collectif. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance, estimant que les actes de procédure ne révélaient pas une cause d'action contre le registraire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le registraire n'a pas d'obligation de diligence envers les investisseurs.

Pour répondre à la question de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence, la méthode établie dans l'arrêt *Anns* convient toujours dans le contexte canadien. Des types de considération de politique différents s'appliquent à chaque étape de l'arrêt *Anns*. À la première étape, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'analyse relative à la proximité met l'accent sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de l'analyse relative à la proximité consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où l'existence d'un lien étroit a été reconnu. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. Pour reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence, la simple prévisibilité ne suffit pas. Le demandeur doit prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs susceptibles de satisfaire à l'exigence de proximité sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire. Ils doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant.

If the plaintiff is successful in establishing a *prima facie* duty of care, the question at the second stage is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. These are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. The second stage of *Anns* will seldom arise, as questions of liability will be determined primarily by reference to established and analogous categories of recovery. Where a duty of care in a novel situation is alleged, it is necessary to consider the second stage of the *Anns* test.

Here, the circumstances do not disclose proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. This case does not fall within, nor is it analogous to, a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. Furthermore, this is not a situation in which a new duty of care should be recognized. The *Mortgage Brokers Act* does not impose on the Registrar a duty of care to investors with mortgage brokers regulated by the Act. The regulatory scheme governing mortgage brokers provides a general framework to ensure the efficient operation of the mortgage marketplace. Even though to some degree the provisions of the Act serve to protect the interests of investors, the overall scheme of the Act mandates that the Registrar's duty of care is not owed to investors exclusively but to the public as a whole. Accordingly, although in this case the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors would result if he were careless in carrying out his duties under the Act, there was insufficient proximity between the Registrar and the investors to ground a *prima facie* duty of care.

Even if a *prima facie* duty of care had been established under the first branch of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage for overriding policy reasons. The decision of whether to suspend a broker involves both policy and quasi-judicial elements. The *prima facie* duty of care is also negated on the basis of the distinction between government policy and the execution of policy. Further, the spectre of indeterminate liability would loom large if a duty of care were recognized as between the Registrar and investors in this case. Finally, to impose a

Si le demandeur réussit à établir à une obligation de diligence *prima facie* la question à la deuxième étape est de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. La deuxième étape de l'arrêt *Anns* se présente rarement, car les questions de responsabilité sont déterminées essentiellement en fonction des catégories d'indemnisation établies et de catégories analogues. Lorsqu'une obligation de diligence dans un cas nouveau est invoquée, il est nécessaire de procéder à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*.

En l'espèce, les circonstances ne révèlent pas l'existence d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'affaire ne relève pas d'une catégorie de cas et n'est pas analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Il ne s'agit pas non plus d'une situation où il faut reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence. La *Mortgage Brokers Act* n'impose pas une obligation de diligence au registraire envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques dont elle régit les activités. Le régime de réglementation régissant les activités des courtiers en hypothèques fournit un cadre général visant à garantir le fonctionnement efficace du marché des hypothèques. Même si, dans une certaine mesure, les dispositions de la Loi servent à protéger les intérêts des investisseurs, l'économie globale de la Loi prescrit que le registraire n'a pas une obligation de diligence uniquement envers les investisseurs, mais également envers le public dans son ensemble. En conséquence, même si en l'espèce, le registraire avait raisonnablement pu prévoir que les investisseurs subiraient des pertes s'il était négligent dans l'exercice des fonctions que la Loi lui attribue, le registraire et les investisseurs n'étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie*.

Même si une obligation de diligence *prima facie* avait été établie dans le cadre du premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, elle aurait été écartée à la deuxième étape pour des raisons de politique générale supérieures. La décision de suspendre ou non l'inscription d'un courtier comporte des éléments de politique et des éléments d'ordre quasi judiciaire. L'obligation de diligence *prima facie* est également écartée en raison de la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. En outre, le risque de

duty of care in these circumstances would be effectively to create an insurance scheme for investors at great cost to the taxpaying public.

Cases Cited

Considered: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **referred to:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90; *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536; *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.
Mortgage Brokers Act, R.S.B.C. 1996, c. 313, ss. 4, 5, 6, 7, 8, 14, 20.

Authors Cited

Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 287, [2000] 6 W.W.R. 8, 135 B.C.A.C. 266, 75 B.C.L.R. (3d) 54, 49 C.C.L.T. (2d) 148, [2000] B.C.J. No. 426 (QL), 2000 BCCA 151, allowing the respondents' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274, [1999] B.C.J. No. 690 (QL). Appeal dismissed.

responsabilité indéterminée serait grandement à craindre si on reconnaissait que le registrateur a une obligation de diligence envers les investisseurs en l'espèce. Finalement, le fait d'imposer une obligation de diligence dans ces circonstances reviendrait en fait à créer au bénéfice des investisseurs un régime d'assurance fort coûteux pour les contribuables.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **arrêts mentionnés :** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90; *Dorman Timber Ltd. c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Davis c. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536; *Alcock c. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.
Mortgage Brokers Act, R.S.B.C. 1996, ch. 313, art. 4, 5, 6, 7, 8, 14, 20.

Doctrine citée

Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 184 D.L.R. (4th) 287, [2000] 6 W.W.R. 8, 135 B.C.A.C. 266, 75 B.C.L.R. (3d) 54, 49 C.C.L.T. (2d) 148, [2000] B.C.J. No. 426 (QL), 2000 BCCA 151, qui a accueilli l'appel des intimés à l'encontre d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274, [1999] B.C.J. No. 690 (QL). Pourvoi rejeté.

David P. Church, Andrew J. Pearson and Ian G. Schildt, for the appellant.

D. Clifton Prowse, Karen Horsman and Keith L. Johnston, for the respondents.

Donald J. Rennie, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sara Blake, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Cedric L. Haines, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Tim Hurlburt, for the interveners Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta.

James A. Sasha Angus and Lorne Herlin, for the intervener the British Columbia Securities Commission.

Neil Finkelstein and Johanna M. Superina, for the interveners the Ontario Securities Commission and the Alberta Securities Commission.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

The present appeal revisits the *Anns* test (from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)) and, in particular, highlights and hones the role of policy concerns in determining the scope of liability for negligence. The appellant is an investor who alleges that the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, is liable in negligence for failing to oversee the conduct of an investment company which the Registrar licensed. The question is whether the Registrar owes a private law duty of care to members of the investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that the investors sustained. Such a duty of care is as yet unrecognized by Canadian courts. For the reasons that follow, we find that this is not a proper case in which to recognize a new duty of care.

David P. Church, Andrew J. Pearson et Ian G. Schildt, pour l'appelante.

D. Clifton Prowse, Karen Horsman et Keith L. Johnston, pour les intimés.

Donald J. Rennie, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Cedric L. Haines, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Tim Hurlburt, pour les intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta.

James A. Sasha Angus et Lorne Herlin, pour l'intervenante la British Columbia Securities Commission.

Neil Finkelstein et Johanna M. Superina, pour les intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

Le présent pourvoi réexamine le critère établi dans l'arrêt *Anns* (*Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)), et, en particulier, il met en évidence et précise le rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence. L'appelante est un investisseur qui allègue que le registrateur des courtiers en hypothèques (*Registrar of Mortgage Brokers*), un organisme de réglementation créé par la loi, est responsable de négligence pour avoir omis de surveiller la conduite d'une société de placement collectif à laquelle il a délivré un permis. La question est de savoir si le droit privé impose au registrateur une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies. Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens

In the course of these reasons, we attempt to clarify the distinctive policy considerations which impact each stage of the *Anns* analysis.

I. Facts

2 Eron Mortgage Corporation (“Eron”) was registered as a mortgage broker under the *Mortgage Brokers Act*, R.S.B.C. 1996, c. 313 (“the Act”), from early 1993 until 1997. On October 3, 1997, the respondent, Robert J. Hobart, in his capacity as the Registrar under the Act, suspended Eron’s mortgage broker’s licence and issued a freeze order in respect of its assets.

3 Eron acted as a mortgage broker for large syndicated loans. It arranged for numerous lenders (or investors) to pool their funds for the purpose of making a single loan to a borrower, which was typically a developer of commercial real estate. The syndicated loans were made in the name of Eron or one of its related companies, which held the security in trust for the investors.

4 It is alleged that the funds provided by the investors were used by Eron for several unauthorized purposes, such as funding interest payments on other non-performing mortgages and paying for personal items for the benefit of the principals of Eron. It is currently estimated that \$222 million is outstanding to the investors on these loans. Investors will likely realize only \$40 million from the security taken from the loans, leaving a shortfall of \$182 million.

5 Soon after Eron’s mortgage licence was suspended, it went out of business. The appellant Mary Francis Cooper (“Cooper”), one of over 3000 investors who advanced money to Eron, brought an action against the Registrar. The Statement of Claim alleged that the Registrar breached the duty

n’ont pas reconnu l’existence d’une telle obligation de diligence. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la présente affaire ne se prête pas à la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence. Au cours des présents motifs, nous tentons de clarifier les considérations de politique particulières qui marquent chaque étape de l’analyse faite dans l’arrêt *Anns*.

I. Les faits

Eron Mortgage Corporation (« Eron ») a été inscrite à titre de courtier en hypothèques en vertu de la *Mortgage Brokers Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 313 (« la Loi ») du début de 1993 jusqu’en 1997. Le 3 octobre 1997, l’intimé Robert J. Hobart, en sa qualité de registrateur en vertu de la Loi, a suspendu le permis de courtage en hypothèques d’Eron et a rendu une ordonnance bloquant ses actifs.

Eron agissait en tant que courtier en hypothèques dans le cadre de prêts consortiaux importants. Elle réunissait de nombreux prêteurs (ou investisseurs) qui mettaient leurs fonds en commun pour consentir un prêt unique à un emprunteur, qui était généralement un promoteur immobilier spécialisé dans le secteur commercial. Ces prêts consortiaux étaient consentis au nom d’Eron ou de l’une de ses sociétés liées, qui détenaient les garanties en fiducie pour les investisseurs.

Il est allégué qu’Eron a utilisé les fonds des investisseurs à des fins non autorisées, comme le financement de versements d’intérêts relatifs à des hypothèques non rentables et le paiement d’articles personnels au profit de ses administrateurs. On estime actuellement qu’un montant de 222 millions de dollars est toujours dû aux investisseurs sur ces prêts. Les investisseurs ne recouvreront probablement que 40 millions de dollars des garanties consenties sur ces prêts, ce qui laisse une perte de 182 millions de dollars.

Peu après la suspension de son permis, Eron a cessé ses activités. L’appelante Mary Francis Cooper (« Cooper »), qui figurait parmi plus de 3000 investisseurs ayant avancé des fonds à Eron, a intenté une action contre le registrateur. Elle alléguait dans sa déclaration que le registrateur avait

of care that he allegedly owed to the appellant and other investors. The appellant asserted that by August 28, 1996, the Registrar was aware of serious violations of the Act committed by Eron but that he failed to suspend Eron's mortgage broker's licence until October 3, 1997 and failed to notify investors that Eron was under investigation by the Registrar's office. According to the appellant, if the Registrar had taken steps to suspend or cancel Eron's mortgage broker's licence at an earlier date, the losses suffered by the investors would have been avoided or diminished.

The appellant applied to have the action certified as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Pursuant to s. 4(1)(a), in order to certify an action as a class proceeding, a court must first determine whether the pleadings disclose a cause of action. The cause of action alleged in the Statement of Claim is negligence which requires, among other things, that a duty of care in tort law be owed by the Registrar to the appellant investor. Therefore, the question was whether the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, owes a private law duty of care to members of the investing public for alleged negligence in failing to properly oversee the conduct of an investment company licensed by the regulator.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274

Tysoe J. held that the plaintiffs should be permitted to bring a class action. He applied the test cited in *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90 (C.A.) that unless it is plain and obvious that no reasonable cause of action is disclosed, the plaintiff will have met the requirement set out in s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* that there is a cause of action.

manqué à l'obligation de diligence qu'il aurait eu envers elle et les autres investisseurs. L'appelante a affirmé que le registrateur savait depuis le 28 août 1996 qu'Eron avait commis des infractions graves à la Loi, mais qu'il avait attendu jusqu'au 3 octobre 1997 avant de suspendre son permis de courtier en hypothèques et qu'il n'avait pas averti les investisseurs du fait que son bureau faisait enquête à son sujet. Selon l'appelante, si le registrateur avait pris plus tôt les dispositions nécessaires pour suspendre ou annuler le permis de courtage en hypothèques d'Eron, les pertes subies par les investisseurs auraient été évitées ou réduites.

L'appelante a demandé l'autorisation d'engager l'action en tant que recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50. En vertu de l'al. 4(1)a), pour autoriser qu'une action soit engagée en tant que recours collectif, le tribunal doit d'abord vérifier si les actes de procédure révèlent une cause d'action. La cause d'action alléguée dans la déclaration est la négligence, ce qui exige notamment que le registrateur ait une obligation de diligence envers l'appelante investisseur en vertu du droit de la responsabilité délictuelle. La question était donc de savoir si le registrateur des courtiers en hypothèques, un organisme de réglementation créé par la Loi qui délivre un permis à une société de placement collectif a, envers les investisseurs, en vertu du droit privé, une obligation de diligence telle que s'il est conclu qu'il a omis de surveiller correctement les activités de la société, sa responsabilité soit engagée pour négligence.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274

Le juge Tysoe a conclu qu'il fallait permettre aux demandeurs d'intenter un recours collectif. Il a appliqué le critère cité dans l'arrêt *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90 (C.A.), selon lequel le demandeur satisfait à l'exigence de cause d'action que prévoit l'al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act* à moins qu'il soit manifeste qu'il n'y a aucune cause d'action raisonnable.

8

In determining whether there was clearly no cause of action, the trial judge turned to the test set out by the House of Lords in *Anns* as restated by the British Columbia Court of Appeal in *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230, at p. 247:

- (a) Should the defendant have foreseen that damage was likely to result from the negligent actions? If yes, then there is a *prima facie* duty of care.
- (b) Are there any considerations which would negative or limit the *prima facie* duty of care?

9

The trial judge answered the first question in the affirmative, as the Registrar would have reasonably contemplated that carelessness on his part was likely to cause damage to the plaintiff, a person dealing with a mortgage broker. He went on to answer the second question in the negative, holding that there were no considerations negating or limiting the *prima facie* duty of care on the basis of four sub-questions:

- i) Was the defendant's action the result of a policy decision of a public body?
- ii) Is the defendant protected by statute or the common law?
- iii) Is the defendant exempted from liability by a 'good faith' clause in a statute?
- iv) Is the relationship between the parties so distant and tenuous, or is the plaintiff unknown to the defendant, so that it can be said that to impose liability would be unjust?

10

The trial judge found that, in order to answer the first three sub-questions, an appreciation of the "full factual matrix" would be required. Therefore, a trial was needed. The fourth sub-question raised the potential problem of indeterminate liability. The trial judge stated that the prospect of indeterminate liability should negative the *prima facie* duty of care

Pour déterminer s'il était manifeste qu'il n'y avait aucune cause d'action, le juge de première instance a appliqué le critère que la Chambre des lords a énoncé dans *Anns*, précité, et que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a repris dans l'arrêt *Dorman Timber Ltd. c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230, p. 247 :

[TRADUCTION]

- (a) La partie défenderesse aurait-elle dû prévoir que l'acte négligent causerait vraisemblablement des dommages? Dans l'affirmative, il existe une obligation de diligence *prima facie*.
- (b) Existe-t-il des motifs d'écarter ou de restreindre cette obligation de diligence *prima facie*?

Le juge de première instance a répondu par l'affirmative à la première question au motif que le registrateur aurait raisonnablement pu prévoir qu'un manque de diligence de sa part était susceptible de causer des dommages à la demanderesse, une personne faisant affaire avec un courtier en hypothèques. Il a répondu ensuite par la négative à la deuxième question, concluant que rien n'écarterait ni ne restreignait l'obligation de diligence *prima facie*, et, pour ce faire, il s'est fondé sur les quatre sous-questions suivantes :

[TRADUCTION]

- i) L'acte du défendeur découlait-il d'une décision de politique générale d'un organisme public?
- ii) Le défendeur est-il protégé par une loi ou par la common law?
- iii) Le défendeur est-il exonéré de toute responsabilité en raison d'une disposition relative à la « bonne foi » prévue dans une loi?
- iv) Le lien entre les parties est-il lointain et ténu, ou le demandeur est-il inconnu du défendeur, au point que l'on puisse dire qu'il serait injuste d'imposer la responsabilité?

Le juge de première instance a conclu que pour répondre aux trois premières sous-questions, il fallait apprécier [TRADUCTION] « l'ensemble du cadre factuel ». Il fallait donc un procès. La quatrième sous-question soulevait potentiellement le problème de la responsabilité indéterminée. Le juge de première instance a affirmé que la perspective

unless it is determined that one of the purposes of the Legislature in enacting the Act was to protect a class of persons, of which the plaintiff is a member. He concluded that it was not plain and obvious that the Legislature did not intend to create a private law duty of care owed by the Registrar in favour of investors dealing with mortgage brokers. In reaching this conclusion, the trial judge referred to various powers and duties of the Registrar which suggested that the Act was intended to protect investors.

The trial judge concluded that the pleadings disclosed a cause of action. On June 10, 1999, he certified the action as a class proceeding and stayed the third party proceedings until the conclusion of the trial on the common issues.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 54, 2000 BCCA 151

The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, holding that the pleadings did not disclose a cause of action against the Registrar.

(1) Newbury J.A. (Southin J.A. concurring)

Newbury J.A. for the majority considered the *Anns* test as it was applied by the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. First, "is there a 'sufficient relationship of proximity or neighbourhood' such that, in the reasonable contemplation of the Registrar, carelessness on his part might be likely to cause damage to the latter; and if so, are there considerations that ought to negative, reduce or limit the scope of the duty or the class of persons to whom it is owed or the damages to which it may give rise?" (para. 32)

de la responsabilité indéterminée devait permettre d'écarter l'obligation de diligence *prima facie* à moins qu'il soit établi qu'en adoptant la Loi, le législateur visait notamment à protéger une catégorie de personnes, dont la demanderesse fait partie. Il a conclu qu'il n'était pas manifeste que le législateur n'avait pas voulu que le registrateur ait en droit privé une obligation de diligence à l'égard des investisseurs faisant affaire avec des courtiers en hypothèques. Pour tirer cette conclusion, le juge de première instance a renvoyé aux différents pouvoirs et obligations du registrateur qui indiquaient que la Loi visait à protéger les investisseurs.

Le juge de première instance a conclu que les actes de procédure révélaient une cause d'action. Le 10 juin 1999, il a autorisé la poursuite à titre de recours collectif et il a suspendu les procédures intentées par les tiers jusqu'à ce que l'issue du procès soit connue sur les questions communes.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 54, 2000 BCCA 151

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance, estimant que les actes de procédure ne révélaient pas une cause d'action contre le registrateur.

(1) Le juge Newbury (avec l'appui du juge Southin)

S'exprimant au nom de la majorité, madame le juge Newbury a examiné de quelle façon la Cour suprême du Canada a appliqué dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, le critère établi dans l'arrêt *Anns*. Premièrement, [TRADUCTION] « y a-t-il un rapport de "proximité suffisante ou un lien suffisamment étroit" pour que le registrateur ait pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part pourrait causer des dommages à la demanderesse; dans l'affirmative, existe-t-il des motifs d'écarter l'obligation ou d'en restreindre la portée, de limiter le groupe des personnes qui peuvent s'en réclamer ou les dommages-intérêts auxquels son inexécution peut donner lieu? » (par. 32)

11

12

13

14 Under the first branch of the *Anns/Kamloops* test, Newbury J.A. was not satisfied that the test for a *prima facie* duty of care was met. Even though the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors would result if he was careless in carrying out his duties under the Act, it cannot be said that there was a sufficiently close relationship between the parties. In fact, according to Newbury J.A., there was “no ‘relationship’” between the plaintiff Cooper and the Registrar as the plaintiff was not even aware of the Registrar’s existence.

15 Newbury J.A. turned to the second branch of the *Anns/Kamloops* test in the event that she erred on the first branch of the test. She concluded that there are substantial factors that militate against finding a duty of care in this case. Specifically, the statutory scheme was not intended to create a private law duty of care owed by the Registrar to investors. If it were otherwise, the potential liability would be virtually indeterminate given that the Act imposed no limit on, and the Registrar had no means of controlling, the number of persons who could invest or lend money via a mortgage broker or the amount of money that could be advanced.

(2) Huddart J.A.

16 While Huddart J.A. agreed with the result reached by Newbury J.A., she approached the conclusion from a slightly different perspective. The starting point for her analysis was the nature of the Registrar’s office, an office created and defined by statute.

17 The Registrar’s responsibilities under the Act require him to make difficult discretionary decisions in the public interest. The public interest is not synonymous with the interest of investors. The Registrar’s decisions must be “multi-factorial”, taking into account various interests.

Eu égard au premier volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, le juge Newbury n’était pas convaincue que l’on avait établi l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. Même si le registrateur avait raisonnablement pu prévoir que des investisseurs auraient pu perdre de l’argent s’il avait manqué de diligence dans l’exercice des fonctions dont le charge la Loi, on ne peut pas dire qu’il y avait un rapport suffisamment étroit entre les parties. En fait, selon le juge Newbury, il n’y avait [TRADUCTION] « aucun “rapport” » entre la demanderesse Cooper et le registrateur puisque la demanderesse ne connaissait même pas l’existence de ce dernier.

Le juge Newbury a examiné ensuite le deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, dans l’hypothèse où elle aurait commis une erreur quant au premier volet. Elle a estimé que des facteurs importants l’empêchaient de conclure à l’existence d’une obligation de diligence en l’espèce. En particulier, le régime de la Loi ne visait pas à imposer en droit privé au registrateur une obligation de diligence envers les investisseurs. S’il en était autrement, la responsabilité potentielle du registrateur serait pratiquement indéterminée étant donné que la Loi ne limite pas, et que le registrateur n’est pas en mesure de contrôler, le nombre de personnes susceptibles d’investir ou de prêter de l’argent par l’entremise d’un courtier en hypothèques ni le montant d’argent avancé.

(2) Le juge Huddart

Bien que madame le juge Huddart ait été d’accord avec la conclusion tirée par le juge Newbury, son raisonnement adopte un point de vue légèrement différent. Elle a pris comme point de départ de son analyse la nature des fonctions du registrateur, fonctions qui ont été créées et définies par la loi.

Les responsabilités que la Loi confère au registrateur exigent de lui qu’il prenne des décisions discrétionnaires difficiles dans l’intérêt public. L’intérêt public ne signifie pas nécessairement l’intérêt des investisseurs. Les décisions du registrateur doivent être « multifactorielles » et prendre en considération différents intérêts.

The question to be answered was whether the Act itself indicates that the taxpayers through their elected representatives agreed to be responsible for private loss to persons in the situation of the investors. Huddart J.A. could not find that intention in the Act, particularly in the face of s. 20 which precludes an action against the Registrar for the performance of duties under the Act or Regulations “unless it was done in bad faith” (para. 82).

Huddart J.A. concluded that the only duty that the Registrar owed to the plaintiff Cooper was the duty to exercise due care in ascertaining the scope of his authority (from *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at paras. 52-54). He interpreted his statutory authority correctly.

III. Issue

Does a statutory regulator owe a private law duty of care to members of the investing public for (alleged) negligence in failing to properly oversee the conduct of an investment company licensed by the regulator?

IV. Analysis

Canadian courts have not thus far recognized the duty of care that the appellants allege in this case. The question is therefore whether the law of negligence should be extended to reach this situation. While the particular extension sought is novel, the more general issue of how far the principles of liability for negligence should be extended is a familiar one, and one with which this Court and others have repeatedly grappled since Lord Atkin enunciated the negligence principle in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), almost 70 years ago. That case introduced the principle that a person could be held liable only for reasonably foreseeable harm. But it also anticipated that not all reasonably foreseeable harm might be caught. This posed the issue with which courts still struggle today: to what

La question à trancher était de savoir si la Loi même donnait à penser que les contribuables, par l’entremise de leurs représentants élus, avaient accepté d’être responsables pour les pertes privées subies par des personnes se trouvant dans la situation des investisseurs. Le juge Huddart n’a pu trouver cette intention dans la Loi, particulièrement à la lumière de l’art. 20, qui interdit toute action contre le registrateur pour l’exercice des fonctions que lui confère la Loi ou le règlement, [TRADUCTION] « sauf s’il a agi de mauvaise foi » (par. 82).

Le juge Huddart a conclu que le registrateur n’avait pas d’autre obligation envers la demanderesse Cooper que l’obligation de faire preuve de diligence en vérifiant la portée de ses pouvoirs (extrait tiré de *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 52-54). Le registrateur a interprété correctement le pouvoir qui lui a été conféré par la Loi.

III. La question en litige

Lorsqu’un organisme de réglementation créé par la loi délivre un permis à une société de placement collectif, cet organisme a-t-il, envers les investisseurs, en vertu du droit privé, une obligation de diligence engageant sa responsabilité pour négligence s’il omet de surveiller correctement les activités de la société?

IV. Analyse

Jusqu’à présent, les tribunaux canadiens n’ont pas reconnu l’existence de l’obligation de diligence que les appelants allèguent en l’espèce. La question est donc de savoir s’il faut étendre la responsabilité pour négligence à cette situation. Bien que l’extension particulière demandée soit nouvelle, la question plus générale de savoir jusqu’où il faut étendre la portée des principes de la responsabilité pour négligence est une question familière que notre Cour et d’autres tribunaux ont décortiquée à de nombreuses reprises depuis que lord Atkin a énoncé le principe de négligence dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), il y a presque 70 ans. Cet arrêt a introduit le principe selon lequel une personne ne peut être tenue responsable que du préjudice raisonnablement prévisible. Mais il

18

19

20

21

situations does the law of negligence extend? This case, like so many of its predecessors, may thus be seen as but a gloss on the case of *Donoghue v. Stevenson*.

prévoyait également que les préjudices raisonnablement prévisibles ne seraient pas tous pris en compte. Cela a suscité la question avec laquelle les tribunaux sont encore aux prises aujourd'hui : quelles sont les limites d'application de la responsabilité pour négligence? La présente affaire, comme tant d'affaires qui l'ont précédée, ne peut donc être considérée que comme une interprétation de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*.

22 In *Donoghue v. Stevenson* the House of Lords revolutionized the common law by replacing the old categories of tort recovery with a single comprehensive principle — the negligence principle. Henceforward, liability would lie for negligence in circumstances where a reasonable person would have viewed the harm as foreseeable. However, foreseeability alone was not enough; there must also be a close and direct relationship of proximity or neighbourhood.

Dans *Donoghue c. Stevenson*, la Chambre des lords a révolutionné la common law en remplaçant les anciennes catégories de l'indemnisation en matière délictuelle par un seul principe global, le principe de négligence. Depuis ce moment-là, il y a responsabilité pour négligence dans les cas de prévisibilité raisonnable du préjudice. Toutefois, la prévisibilité ne suffit pas à elle seule; il doit aussi y avoir proximité ou un lien étroit et direct.

23 But what is proximity? For the most part, lawyers apply the law of negligence on the basis of categories as to which proximity has been recognized in the past. However, as Lord Atkin declared in *Donoghue v. Stevenson*, the categories of negligence are not closed. Where new cases arise, we must search elsewhere for assistance in determining whether, in addition to disclosing foreseeability, the circumstances disclose sufficient proximity to justify the imposition of liability for negligence.

Mais, qu'est-ce que la proximité? Dans la plupart des cas, les avocats appliquent le droit relatif à la négligence en fonction de catégories pour lesquelles il y a eu reconnaissance de l'existence d'un lien étroit dans le passé. Cependant, comme lord Atkin l'a déclaré dans *Donoghue c. Stevenson*, les catégories de négligence ne sont pas en nombre limité. Lorsque des cas nouveaux se présentent, nous devons chercher ailleurs ce qui nous aidera à déterminer si, en plus de la prévisibilité, les circonstances laissent voir une proximité suffisante justifiant l'imposition de la responsabilité pour négligence.

24 In *Anns, supra*, at pp. 751-52, the House of Lords, per Lord Wilberforce, said that a duty of care required a finding of proximity sufficient to create a *prima facie* duty of care, followed by consideration of whether there were any factors negating that duty of care. This Court has repeatedly affirmed that approach as appropriate in the Canadian context.

Dans *Anns*, précité, p. 751-752, la Chambre des lords, par l'entremise de lord Wilberforce, a affirmé que pour que l'on conclue à l'existence d'une obligation de diligence, il devait y avoir une proximité suffisante pour créer une obligation de diligence *prima facie* et il fallait ensuite déterminer s'il y avait des facteurs écartant cette obligation de diligence. Notre Cour a confirmé à de nombreuses reprises que cette méthode convenait dans le contexte canadien.

25 The importance of *Anns* lies in its recognition that policy considerations play an important role in determining proximity in new situations. Long

L'importance de l'arrêt *Anns* réside dans la constatation que les considérations de politique jouent un rôle important pour la détermination de

before *Anns*, courts in Canada and elsewhere had recognized that the decision of how far to extend liability for negligence involved policy considerations. As H. Street put it in *The Law of Torts* (6th ed. 1976), at p. 108, citing a Canadian case, *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (N.S.C.A.), at pp. 254-55:

... it cannot be too strongly stressed that the use of [the] test of foreseeability in order to determine whether there is a duty-relationship between the parties conceals the true judicial process — that test is in fact a conclusion embracing within it, and yet concealing the identity of, the several considerations of policy, and the balancing of interests which have led the court to decide that a duty is owed.

The House of Lords in *Anns* for the first time expressly recognized the policy component in determining the extension of the negligence principle. However, it left doubt on the precise content of the first and second branches of the new formulation of the negligence principle. This gave rise to debate — debate which the submissions in this case revive. Was the first branch concerned with foreseeability only or foreseeability and proximity? If the latter, was there duplication between policy considerations relevant to proximity at the first stage and the second stage of the test?

To some extent, these concerns are academic. Provided the proper balancing of the factors relevant to a duty of care are considered, it may not matter, so far as a particular case is concerned, at which “stage” it occurs. The underlying question is whether a duty of care should be imposed, taking into account all relevant factors disclosed by the circumstances. *Anns* did not purport to depart from the negligence test of *Donoghue v. Stevenson* but merely sought to elucidate it by explicitly recognizing its policy component.

la proximité dans les cas nouveaux. Bien avant l’arrêt *Anns*, les tribunaux du Canada et d’ailleurs avaient reconnu que la délimitation de la responsabilité pour négligence comportait des considérations de politique. Comme H. Street l’a exprimé dans *The Law of Torts* (6^e éd. 1976), p. 108, citant la décision canadienne *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (C.A.N.-É.), p. 254-255 :

[TRADUCTION] ... on ne peut trop insister sur le fait que l’utilisation [du] critère de prévisibilité en vue de déterminer s’il existe une relation découlant d’une obligation entre les parties occulte le véritable raisonnement judiciaire — ce critère est en fait une conclusion à la fois englobant et occultant la nature des différentes considérations de politique et la pondération d’intérêts qui ont mené le tribunal à conclure à l’existence d’une obligation.

Dans *Anns*, la Chambre des lords a pour la première fois reconnu expressément l’existence de l’élément de politique lors de la détermination de la portée du principe de négligence. Elle a toutefois laissé planer des doutes sur la teneur précise des premier et deuxième volets de la nouvelle formulation du principe de négligence. Cela a donné lieu à un débat — débat que les arguments en l’espèce relancent. Le premier volet portait-il uniquement sur la prévisibilité ou sur la prévisibilité et la proximité? S’il portait sur ces deux éléments, les considérations de politique pertinentes quant à la proximité à la première étape du critère étaient-elles à nouveau prises en compte à la deuxième étape de ce critère?

Dans une certaine mesure, ces questions sont théoriques. S’il y a une pondération convenable des facteurs pertinents en matière d’obligation de diligence, il se peut que l’« étape » à laquelle cette pondération a lieu soit sans importance dans une affaire donnée. La question sous-jacente est de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence à la lumière de l’ensemble des facteurs pertinents révélés par les faits. En rendant l’arrêt *Anns*, on ne visait pas à s’écarter du critère relatif à la négligence établi par l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, mais simplement à l’expliquer en reconnaissant explicitement son élément de politique.

28

We continue in the view, repeatedly expressed by this Court, that the *Anns* two-stage test, properly understood, does not involve duplication because different types of policy considerations are involved at the two stages. In our view, *Anns* continues to provide a useful framework in which to approach the question of whether a duty of care should be imposed in a new situation.

29

Nevertheless, it is important from the point of view of methodology and clarity in the law to be clear on what falls to be considered at each stage of the *Anns* test. In this connection, it is useful to consider the leading English case on that question. The Judicial Committee of the Privy Council held in *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175, that to find a *prima facie* duty of care at the first stage of the test there must be reasonable foreseeability of the harm plus something more. As will be seen, we agree with this conclusion. The Privy Council went on to opine that *Anns*' second branch, negation for policy reasons, would seldom come into play. If this is read as a suggestion that policy is not important in determining whether the negligence principle should be extended to new situations, we would respectfully differ. As Street points out, the *Donoghue v. Stevenson* foreseeability-negligence test, no matter how it is phrased, conceals a balancing of interests. The quest for the right balance is in reality a quest for prudent policy. The difference in the two positions, if there is one, may turn on how one defines policy; the Privy Council in *Yuen Kun Yeu* appears to regard policy as confined to practical considerations dictating immunity despite a close relationship and foreseeability.

30

In brief compass, we suggest that at this stage in the evolution of the law, both in Canada and abroad, the *Anns* analysis is best understood as follows. At

Nous continuons de partager l'opinion, que notre Cour a exprimée à de nombreuses reprises, selon laquelle le critère à deux étapes de l'arrêt *Anns*, s'il est bien interprété, ne comporte pas de double prise en compte parce que les deux étapes supposent des types de considérations de politique différents. À notre avis, l'arrêt *Anns* fournit toujours un cadre utile d'examen de la question de savoir s'il faut imposer une obligation de diligence dans un cas nouveau.

Néanmoins, du point de vue de la méthodologie et de la clarté du droit, il est important d'indiquer clairement ce qui doit être examiné à chaque étape du critère de l'arrêt *Anns*. À cet égard, il est utile d'examiner la principale décision anglaise sur cette question. Dans *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175, le Comité judiciaire du Conseil privé a jugé que pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape du critère, il devait y avoir une prévisibilité raisonnable du préjudice, plus autre chose. Comme on le verra, nous sommes d'accord avec cette conclusion. Le Conseil privé a ajouté que le deuxième volet de l'arrêt *Anns*, soit la négation de l'obligation pour des raisons de politique générale, entraine rarement en jeu. Si cela est interprété comme indiquant que les questions de politique ne sont pas importantes lorsque vient le temps de déterminer si le principe de négligence doit être étendu à des cas nouveaux, avec égards, il convient d'exprimer notre désaccord. Comme Street le souligne, peu importe sa formulation, le critère de prévisibilité-négligence de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* occulte une pondération d'intérêts. La recherche de l'équilibre constitue en réalité la recherche d'une politique de prudence. La différence entre ces deux positions, s'il y en a une, peut reposer sur la manière dont on définit le terme politique; le Conseil privé dans *Yuen Kun Yeu* paraît considérer l'élément de politique comme se restreignant à des considérations d'ordre pratique dictant l'exonération en dépit de l'existence d'un lien étroit et de la prévisibilité.

En résumé, nous sommes d'avis que dans l'état actuel du droit, tant au Canada qu'à l'étranger, il convient d'interpréter l'analyse établie dans

the first stage of the *Anns* test, two questions arise: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here? The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. These factors include questions of policy, in the broad sense of that word. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises. At the second stage of the *Anns* test, the question still remains whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negative the imposition of a duty of care. It may be, as the Privy Council suggests in *Yuen Kun Yeu*, that such considerations will not often prevail. However, we think it useful expressly to ask, before imposing a new duty of care, whether despite foreseeability and proximity of relationship, there are other policy reasons why the duty should not be imposed.

On the first branch of the *Anns* test, reasonable foreseeability of the harm must be supplemented by proximity. The question is what is meant by proximity. Two things may be said. The first is that "proximity" is generally used in the authorities to characterize the type of relationship in which a duty of care may arise. The second is that sufficiently proximate relationships are identified through the use of categories. The categories are not closed and new categories of negligence may be introduced. But generally, proximity is established by reference to these categories. This provides certainty to the law of negligence, while still permitting it to evolve to meet the needs of new circumstances.

l'arrêt *Anns* comme suit. À la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, deux questions se posent : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie de ce critère, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être engagée en l'espèce? L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. Ces facteurs comprennent des questions de politique, ce terme étant pris dans son sens large. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns* il reste toujours à trancher la question de savoir s'il existe des considérations de politique étrangères au lien existant entre les parties qui sont susceptibles d'écarter l'obligation de diligence. Il se peut, comme le Conseil privé le laisse entendre dans *Yuen Kun Yeu*, que de telles considérations ne l'emportent pas souvent. Nous estimons cependant qu'avant d'imposer une nouvelle obligation de diligence, il est utile de se demander si, malgré la prévisibilité et la proximité des parties, il existe des raisons de politique générale pour lesquelles l'obligation ne devrait pas être imposée.

Dans le premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, la prévisibilité raisonnable du préjudice doit se doubler de la proximité. La question est de savoir ce que l'on entend par proximité. On peut dire deux choses à cet égard. La première est que la jurisprudence utilise généralement le mot « proximité » pour décrire le genre de lien susceptible de donner lieu à une obligation de diligence. La deuxième est que l'utilisation de catégories permet de déterminer quels sont les liens suffisamment étroits. Le nombre des catégories n'est pas limité et il est possible d'introduire de nouvelles catégories de négligence. Mais, de façon générale, la proximité est établie par renvoi à ces catégories. Cela confère de la certitude au droit relatif à la diligence tout en permettant à celui-ci d'évoluer pour répondre aux besoins créés par les cas nouveaux.

32

On the first point, it seems clear that the word “proximity” in connection with negligence has from the outset and throughout its history been used to describe the type of relationship in which a duty of care to guard against foreseeable negligence may be imposed. “Proximity” is the term used to describe the “close and direct” relationship that Lord Atkin described as necessary to grounding a duty of care in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, at pp. 580-81:

Who then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

. . .

I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act. [Emphasis added.]

33

As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24, *per* La Forest J.:

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

34

Defining the relationship may involve looking at expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Essentially, these are factors that allow us to evaluate the closeness of the relationship between the plaintiff and the defendant and to determine whether it is just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law upon the defendant.

35

The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the

Sur le premier point, il semble clair que l’utilisation du mot « proximité » relativement à la négligence ait servi dès le début et au cours de son histoire à décrire le genre de lien permettant l’imposition de l’obligation de diligence en tant que protection contre la négligence prévisible. Le mot « proximité » est utilisé pour décrire le lien « étroit et direct » que, dans *Donoghue c. Stevenson*, précité, lord Atkin a qualifié de nécessaire pour l’établissement d’une obligation de diligence (aux p. 580-581) :

[TRADUCTION] Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l’esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

. . .

Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu’on l’étend, comme je pense qu’on l’entendait, à des rapports si étroits et directs que l’acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu’elle sera directement touchée par sa négligence. [Nous soulignons.]

Comme le juge La Forest l’a affirmé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

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

La détermination du lien peut supposer l’examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu. Il s’agit essentiellement de facteurs nous permettant d’évaluer à quel point le lien entre le demandeur et le défendeur est étroit et de déterminer si, vu ce lien, il est juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur.

Les facteurs susceptibles de satisfaire à l’exigence de proximité sont variés et dépendent des

circumstances of the case. One searches in vain for a single unifying characteristic. As stated by McLachlin J. (as she then was) in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1151: “[p]roximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors” (cited with approval in *Hercules Managements, supra*, at para. 23). Lord Goff made the same point in *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536 (P.C.), at p. 540:

. . . it is not desirable, at least in the present stage of development of the law, to attempt to state in broad general propositions the circumstances in which such proximity may or may not be held to exist. On the contrary, following the expression of opinion by Brennan J in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 60 ALR 1 at 43-44, it is considered preferable that ‘the law should develop categories of negligence incrementally and by analogy with established categories’.

What then are the categories in which proximity has been recognized? First, of course, is the situation where the defendant’s act foreseeably causes physical harm to the plaintiff or the plaintiff’s property. This has been extended to nervous shock (see, for example, *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907 (H.L.)). Yet other categories are liability for negligent misstatement: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), and misfeasance in public office. A duty to warn of the risk of danger has been recognized: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. Again, a municipality has been held to owe a duty to prospective purchasers of real estate to inspect housing developments without negligence: *Anns, supra*; *Kamloops, supra*. Similarly, governmental authorities who have undertaken a policy of road maintenance have been held to owe a duty of care to execute the maintenance in a non-negligent manner: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445, etc. Relational economic loss (related to a contract’s performance) may give rise to a tort duty of care in certain situations, as where the

circonstances de l’affaire. On chercherait en vain une caractéristique unique unificatrice. Comme l’a affirmé le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1151 : « Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs » (cité avec approbation dans l’arrêt *Hercules Managements*, précité, par. 23). Lord Goff a affirmé la même chose dans *Davis c. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536 (C.P.), p. 540 :

[TRADUCTION] . . . il n’est pas souhaitable, du moins, compte tenu de l’évolution actuelle du droit, de tenter de formuler en termes larges et généraux les cas dans lesquels il peut être conclu ou non à la proximité. Au contraire, suivant l’opinion exprimée par le juge Brennan dans *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985) 60 ALR 1, p. 43-44, il est préférable que « le droit élabore graduellement de nouvelles catégories de négligence par analogie aux catégories existantes ».

Quelles sont donc les catégories pour lesquelles on a conclu à la proximité? Il y a d’abord, naturellement, les cas où l’acte du défendeur cause des lésions au demandeur ou des dommages à ses biens et que ces lésions ou dommages étaient prévisibles. On a interprété cette catégorie comme englobant aussi les chocs nerveux (voir, par exemple, *Alcock c. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907 (H.L.)). Il existe également une catégorie pour les déclarations inexactes faites avec négligence : *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), et pour la faute dans l’exercice d’une charge publique. On a reconnu l’existence de l’obligation d’avertir du danger : *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189. En outre, il a été conclu qu’une municipalité avait envers les acheteurs potentiels de maisons l’obligation d’inspecter avec diligence les ensembles résidentiels : *Anns*, précité; *Kamloops*, précité. De la même manière, des autorités gouvernementales se chargeant de l’entretien de routes ont été tenues à l’obligation d’effectuer cet entretien avec diligence : *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*,

claimant has a possessory or proprietary interest in the property, the general average cases, and cases where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture: *Norsk, supra*; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. When a case falls within one of these situations or an analogous one and reasonable foreseeability is established, a *prima facie* duty of care may be posited.

37

This brings us to the second stage of the *Anns* test. As the majority of this Court held in *Norsk*, at p. 1155, residual policy considerations fall to be considered here. These are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. Does the law already provide a remedy? Would recognition of the duty of care create the spectre of unlimited liability to an unlimited class? Are there other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized? Following this approach, this Court declined to find liability in *Hercules Managements, supra*, on the ground that to recognize a duty of care would raise the spectre of liability to an indeterminate class of people.

38

It is at this second stage of the analysis that the distinction between government policy and execution of policy falls to be considered. It is established that government actors are not liable in negligence for policy decisions, but only operational decisions. The basis of this immunity is that policy is the prerogative of the elected Legislature. It is inappropriate for courts to impose liability for the consequences of a particular policy decision. On the other hand, a government actor may be liable in negligence for the manner in which it executes or

[1994] 1 R.C.S. 445, etc. La perte économique relationnelle (liée à l'exécution d'un contrat) peut entraîner une obligation de diligence en matière délictuelle dans certains cas, comme les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien, les cas d'avarie commune et les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise commune : *Norsk*, précité; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Lorsqu'une affaire constitue l'un de ces cas ou un cas analogue et que la prévisibilité raisonnable est établie, on peut affirmer l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*.

Cela nous amène à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*. Comme les juges majoritaires de notre Cour l'ont conclu dans l'arrêt *Norsk*, p. 1155, il faut tenir compte des considérations de politique résiduelles en l'espèce. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. La loi prévoit-elle déjà une réparation? Faudrait-il craindre le risque que la reconnaissance de l'obligation de diligence crée une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes? D'autres raisons de politique générale indiquent-elles que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue? Suivant cette démarche, notre Cour a refusé de conclure à la responsabilité dans l'arrêt *Hercules Managements*, précité, au motif que la reconnaissance d'une obligation de diligence risquait d'engager la responsabilité d'un nombre indéterminé de personnes.

C'est à cette deuxième étape de l'analyse qu'il faut examiner la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. Il est établi que les acteurs gouvernementaux ne sont pas responsables de négligence pour les décisions de politique générale, mais seulement pour les décisions opérationnelles. Cette immunité provient du fait que la politique relève de la prérogative des élus. Il ne convient pas que les tribunaux imposent une responsabilité pour les conséquences d'une décision de politique générale donnée. Par

carries out the policy. In our view, the exclusion of liability for policy decisions is properly regarded as an application of the second stage of the *Anns* test. The exclusion does not relate to the relationship between the parties. Apart from the legal characterization of the government duty as a matter of policy, plaintiffs can and do recover. The exclusion of liability is better viewed as an immunity imposed because of considerations outside the relationship for policy reasons — more precisely, because it is inappropriate for courts to second-guess elected legislators on policy matters. Similar considerations may arise where the decision in question is quasi-judicial (see *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80).

The second step of *Anns* generally arises only in cases where the duty of care asserted does not fall within a recognized category of recovery. Where it does, we may be satisfied that there are no overriding policy considerations that would negative the duty of care. In this sense, we agree with the Privy Council in *Yuen Kun Yeu* that the second stage of *Anns* will seldom arise and that questions of liability will be determined primarily by reference to established and analogous categories of recovery. However, where a duty of care in a novel situation is alleged, as here, we believe it necessary to consider both steps of the *Anns* test as discussed above. This ensures that before a duty of care is imposed in a new situation, not only are foreseeability and relational proximity present, but there are no broader considerations that would make imposition of a duty of care unwise.

contre, un acteur gouvernemental peut être tenu responsable de négligence pour la manière dont il applique la politique. À notre avis l'exonération de responsabilité liée aux décisions de politique générale est considérée à juste titre comme une application de la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*. L'exonération n'a pas trait au lien entre les parties. Hormis les cas où on qualifie en droit l'obligation du gouvernement de question de politique, les demandeurs peuvent obtenir une indemnisation et ils le font. Il convient de considérer l'exonération de responsabilité comme une immunité accordée en raison de facteurs extérieurs au lien entre le demandeur et le défendeur pour des raisons de politique générale — plus précisément parce qu'il est inapproprié pour les tribunaux de s'approprier le rôle des élus en matière de politique. Des considérations semblables peuvent surgir lorsque la décision en question est de nature quasi judiciaire (voir *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80).

On procède généralement à la deuxième étape de l'arrêt *Anns* seulement dans les cas où l'obligation de diligence invoquée ne relève pas d'une catégorie d'indemnisation reconnue. Lorsque l'obligation de diligence relève d'une catégorie reconnue, nous pouvons conclure qu'aucune considération de politique prioritaire ne l'écarte. Dans ce sens, nous partageons l'opinion que le Conseil privé a exprimée dans *Yuen Kun Yeu*, selon laquelle on devra rarement passer à la deuxième étape de l'arrêt *Anns* et on déterminera les questions de responsabilité essentiellement en fonction des catégories d'indemnisation établies et de catégories analogues. Toutefois, nous estimons que lorsqu'un demandeur invoque l'obligation de diligence dans un cas nouveau, comme en l'espèce, il est nécessaire de procéder aux deux étapes du critère de l'arrêt *Anns*, comme nous l'avons mentionné précédemment. Cela fait en sorte qu'avant qu'une obligation de diligence ne soit imposée dans un cas nouveau, non seulement la prévisibilité et la proximité sont présentes, mais qu'il n'existe aucune considération générale au regard de laquelle l'imposition d'une obligation de diligence serait malavisée.

V. Application of the Test

40

The appellants submit that the Registrar of Mortgage Brokers owed them, as investors with a firm falling under the Registrar's administrative mandate, a duty of care giving rise to liability for negligence and damages for losses that they sustained. The investors allege that the Registrar should have acted earlier to suspend Eron or warn them of Eron's breaches of the Act's requirements, and that their losses are traceable to the Registrar's failure to act more promptly.

41

The first question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The first inquiry at this stage is whether the case falls within or is analogous to a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. The answer to this question is no.

42

The next question is whether this is a situation in which a new duty of care should be recognized. It may be that the investors can show that it was reasonably foreseeable that the alleged negligence in failing to suspend Eron or issue warnings might result in financial loss to the plaintiffs. However, as discussed, mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiffs must also show proximity — that the Registrar was in a close and direct relationship to them making it just to impose a duty of care upon him toward the plaintiffs. In addition to showing foreseeability, the plaintiffs must point to factors arising from the circumstances of the relationship that impose a duty.

43

In this case, the factors giving rise to proximity, if they exist, must arise from the statute under which the Registrar is appointed. That statute is the only source of his duties, private or public. Apart from

V. L'application du critère

Les appelants soutiennent qu'étant donné qu'ils avaient investi dans une société visée par le mandat administratif du registraire des courtiers en hypothèques, celui-ci avait à leur endroit une obligation de diligence en vertu de laquelle il était responsable de négligence pour les pertes qu'ils avaient subies. Les investisseurs prétendent que le registraire aurait dû suspendre plus tôt le permis de Eron ou les avertir plus tôt du fait que Eron ne respectait pas les exigences de la Loi, et ils avancent que les pertes qu'ils ont subies sont dues au défaut du registraire d'agir plus rapidement.

La première question est de savoir si les faits révèlent l'existence d'un préjudice raisonnablement prévisible et d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. La première question à se poser à ce stade-ci est de savoir si l'affaire relève d'une catégorie de cas, ou si elle est analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Il convient de répondre à cette question par la négative.

La question suivante est de savoir s'il s'agit d'un cas où il faut reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence. Il se peut que les investisseurs soient en mesure de démontrer qu'il était raisonnablement prévisible que la négligence dont aurait fait preuve le registraire en ne suspendant pas le permis de Eron ou en ne faisant aucune mise en garde soit susceptible d'entraîner une perte financière pour les demandeurs. Toutefois, comme nous l'avons mentionné, la prévisibilité ne suffit pas, à elle seule, pour établir une obligation de diligence *prima facie*. Les demandeurs doivent également démontrer la proximité — que le registraire avait un lien étroit et direct avec eux justifiant l'imposition à ce dernier d'une obligation de diligence à leur endroit. En plus de démontrer la prévisibilité, les demandeurs doivent indiquer les facteurs découlant des circonstances de la création du lien qui militent en faveur de l'imposition de l'obligation.

En l'espèce, les facteurs de proximité, s'ils existent, doivent découler de la loi en vertu de laquelle le registraire est nommé. Cette loi constitue la seule source de ses obligations, que celles-ci soient

that statute, he is in no different position than the ordinary man or woman on the street. If a duty to investors with regulated mortgage brokers is to be found, it must be in the statute.

In this case, the statute does not impose a duty of care on the Registrar to investors with mortgage brokers regulated by the Act. The Registrar's duty is rather to the public as a whole. Indeed, a duty to individual investors would potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public.

A brief review of the relevant powers and duties of the Registrar under the Act confirms this conclusion. Part 1 sets out the Registrar's regulatory powers with respect to the operation of mortgage brokers and submortgage brokers in British Columbia. Specifically, s. 4 provides that the Registrar must grant registration or renewal of registration to an applicant if, in his opinion, the applicant is "suitable" for registration and the proposed registration is "not objectionable". He may also attach such conditions and restrictions to the registration as he considers necessary. Once registered, a mortgage broker must comply with s. 6 of the Regulations which mandates that registrants maintain proper books and records and file annual financial statements with the Registrar.

Sections 5 and 6 of the Act cover the investigatory powers of the Registrar. Pursuant to s. 5, the Registrar may, and on receipt of a sworn complaint must, investigate any matter arising out of the Act or Regulations. In pursuit of this purpose, the Registrar may examine any records and documents of the person being investigated. He may summon witnesses and compel them to give evidence on oath or otherwise and to produce records, property, assets or things in the same manner as the court does for

de nature privée ou publique. Sauf pour ce qui est de cette loi, le registrateur se trouve dans la même position que monsieur ou madame tout le monde. Seule cette loi peut donner naissance à une obligation du registrateur envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques soumis à la réglementation.

En l'espèce, la Loi n'impose pas une obligation de diligence au registrateur envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques dont elle régit les activités. Le registrateur a plutôt une obligation à l'égard du public en général. D'ailleurs, si le registrateur avait une obligation envers chaque investisseur, cette obligation serait susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il a à l'égard des intérêts supérieurs du public.

Un bref examen des attributions pertinentes que la Loi confère au registrateur confirme cette conclusion. La partie 1 énonce les pouvoirs de réglementation du registrateur relativement aux activités des courtiers en hypothèques et de leurs employés, de leurs administrateurs et de leurs associés en Colombie-Britannique. En particulier, l'art. 4 prévoit que le registrateur doit accorder l'inscription ou le renouvellement de l'inscription à un demandeur s'il estime que ce dernier [TRADUCTION] « a les qualités requises » à cet égard et que l'inscription proposée [TRADUCTION] « n'est pas inadmissible ». Il peut aussi assortir l'inscription des conditions et des restrictions qu'il juge nécessaires. Une fois inscrit, le courtier en hypothèques doit se conformer à l'art. 6 du règlement, qui oblige le détenteur de permis à tenir les livres et registres nécessaires et à déposer des états financiers annuels auprès du registrateur.

Les articles 5 et 6 de la Loi énoncent les pouvoirs d'enquête du registrateur. En vertu de l'art. 5, le registrateur peut, et doit sur réception d'une plainte déposée sous serment, faire enquête sur toute affaire découlant de la Loi ou du règlement. À cette fin, le registrateur peut examiner les registres et les documents de la personne faisant l'objet de l'enquête. Il peut citer des témoins à comparaître et les obliger à rendre témoignage sous serment ou autrement et à produire des registres, des biens, des actifs ou

44

45

46

the trial of civil actions. Section 7 allows the Registrar to “freeze” funds or securities where he has made or is about to make a direction, decision, order or ruling suspending or cancelling the registration of a person under the Act. He may also apply to the court for an appointment of a receiver, or a receiver and manager, or trustee of the property of the person.

47 Under s. 8, the Registrar may, after giving a person registered under the Act an opportunity to be heard, suspend or cancel any registration if, in his opinion, any of the following or other conditions apply: the person would be disentitled to registration if the person were an applicant under s. 4; the person is in breach of a condition of registration; the person is a party to a mortgage transaction which is harsh and unconscionable or otherwise inequitable; or the person has conducted or is conducting business in a manner that is otherwise prejudicial to the public interest. Section 14 prohibits a broker from making any false, misleading or deceptive statements in any advertisement, circular or similar material. Part 2 of the Act is directed towards the protection of borrowers, investors and lenders, mandating in part specific disclosure requirements by mortgage lenders and their agents. Section 8 of the Regulations provides that every direction, decision, order or ruling of the Registrar refusing registration, refusing to renew registration, suspending registration or cancelling registration shall be made in writing and shall be open to public inspection.

48 Finally, s. 20 exempts the Registrar or any person acting under his authority from any action brought for anything done in the performance of duties under the Act or Regulations, or in pursuance or intended or supposed pursuance of the Act or Regulations, unless it was done in bad faith.

49 The regulatory scheme governing mortgage brokers provides a general framework to ensure the efficient operation of the mortgage marketplace. The Registrar must balance a myriad of competing

des objets de la même manière qu’un tribunal civil. L’article 7 permet au registrateur de « bloquer » des fonds ou des garanties après ou avant l’émission d’une directive, le prononcé d’une décision ou la délivrance d’une ordonnance suspendant ou annulant l’inscription d’une personne en vertu de la Loi. Le registrateur peut également demander à la cour de nommer un séquestre, un administrateur-séquestre ou un syndic relativement aux biens de la personne.

En vertu de l’art. 8, le registrateur peut, après avoir donné à une personne inscrite en vertu de la Loi la possibilité de se faire entendre, suspendre ou annuler son inscription s’il estime que l’une des conditions suivantes notamment s’appliquent : la personne n’aurait pas droit à l’inscription si elle était une demanderesse visée par l’art. 4; la personne a contrevenu à une condition de l’inscription; la personne participe à une opération hypothécaire qui est dure et abusive ou inéquitable de quelque autre manière; la personne a mené ses affaires ou mène ses affaires de manière préjudiciable à l’intérêt public. L’article 14 interdit au courtier de faire des déclarations fausses ou trompeuses dans une annonce publicitaire, une circulaire et ou tout document semblable. La partie 2 de la Loi porte sur la protection des emprunteurs, des investisseurs et des prêteurs et prescrit notamment des exigences de communication que doivent respecter les prêteurs hypothécaires et leurs mandataires. L’article 8 du règlement prévoit que toute directive, décision et ordonnance du registrateur qui refuse, suspend ou annule une inscription ou qui en refuse le renouvellement doit être rendue par écrit et doit être accessible au public.

Enfin, l’article 20 protège le registrateur et ses mandataires contre toute action relative aux actes qu’ils accomplissent dans l’exercice des fonctions que leur attribuent la Loi et le règlement, ou qu’ils accomplissent ou croient accomplir en application de la Loi ou du règlement, à moins qu’ils agissent de mauvaise foi.

Le régime de réglementation régissant les activités des courtiers en hypothèques fournit un cadre général visant à garantir le fonctionnement efficace du marché des hypothèques. Le registrateur

interests, ensuring that the public has access to capital through mortgage financing while at the same time instilling public confidence in the system by determining who is “suitable” and whose proposed registration as a broker is “not objectionable”. All of the powers or tools conferred by the Act on the Registrar are necessary to undertake this delicate balancing. Even though to some degree the provisions of the Act serve to protect the interests of investors, the overall scheme of the Act mandates that the Registrar’s duty of care is not owed to investors exclusively but to the public as a whole.

Accordingly, we agree with the Court of Appeal *per* Newbury J.A.: even though the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors in Eron would result if he was careless in carrying out his duties under the Act, there was insufficient proximity between the Registrar and the investors to ground a *prima facie* duty of care. The statute cannot be construed to impose a duty of care on the Registrar specific to investments with mortgage brokers. Such a duty would no doubt come at the expense of other important interests, of efficiency and finally at the expense of public confidence in the system as a whole.

Having found no proximity sufficient to found a duty of care owed by the Registrar to the investors, we need not proceed to the second branch of the *Anns* test and the question of whether there exist policy considerations apart from those considered in determining a relationship of proximity, which would negative a *prima facie* duty of care, had one been found. However, the matter having been fully argued, it may be useful to comment on those submissions.

doit pondérer une multitude d’intérêts opposés et s’assurer que le public a accès au capital au moyen du financement hypothécaire; il doit aussi protéger la confiance du public dans le système en déterminant quelles sont les personnes qui ont [TRADUCTION] « les qualités requises » et dont l’inscription proposée comme courtier [TRADUCTION] « n’est pas inadmissible ». Tous les pouvoirs et outils que la Loi donne au registrateur sont nécessaires pour que celui-ci effectue cette pondération délicate. Même si, dans une certaine mesure, les dispositions de la Loi servent à protéger les intérêts des investisseurs, l’économie globale de la Loi prescrit que le registrateur n’a pas une obligation de diligence uniquement envers les investisseurs, mais également envers le public dans son ensemble.

En conséquence, nous partageons l’opinion de la Cour d’appel que le juge Newbury a exprimée : même si le registrateur avait raisonnablement pu prévoir que ceux qui ont investi dans Eron subiraient des pertes s’il était négligent dans l’exercice des fonctions que la Loi lui attribue, le registrateur et les investisseurs n’étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie*. On ne peut pas interpréter cette loi comme imposant au registrateur une obligation de diligence propre aux investissements faits auprès des courtiers en hypothèques. Une telle obligation existerait certes aux dépens d’autres intérêts importants, de l’efficacité et, enfin, de la confiance que le public éprouve à l’égard du système dans son ensemble.

Ayant conclu qu’il n’y avait pas suffisamment de proximité pour fonder une obligation de diligence du registrateur envers les investisseurs, nous n’avons pas à nous pencher sur le deuxième volet du critère de l’arrêt *Anns*, ni sur la question de savoir si des considérations de politique, autres que celles que nous avons examinées en déterminant le rapport de proximité, écarteraient l’obligation de diligence *prima facie* si nous avions jugé qu’il y en avait une. Cependant, la question ayant été entièrement débattue, il est peut-être utile que nous fassions des observations sur les arguments présentés.

50

51

52

In our view, even if a *prima facie* duty of care had been established under the first branch of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage for overriding policy reasons. The decision of whether to suspend a broker involves both policy and quasi-judicial elements. The decision requires the Registrar to balance the public and private interests. The Registrar is not simply carrying out a pre-determined government policy, but deciding, as an agent of the executive branch of government, what that policy should be. Moreover, the decision is quasi-judicial. The Registrar must act fairly or judicially in removing a broker's licence. These requirements are inconsistent with a duty of care to investors. Such a duty would undermine these obligations, imposed by the Legislature on the Registrar. Thus even if a *prima facie* duty of care could be posited, it would be negated by other overriding policy considerations.

53

The *prima facie* duty of care is also negated on the basis of the distinction between government policy and the execution of policy. As stated, the Registrar must make difficult discretionary decisions in the area of public policy, decisions which command deference. As Huddart J.A. (concurring in the result) found, the decisions made by the Registrar were made within the limits of the powers conferred upon him in the public interest.

54

Further, the spectre of indeterminate liability would loom large if a duty of care was recognized as between the Registrar and investors in this case. The Act itself imposes no limit and the Registrar has no means of controlling the number of investors or the amount of money invested in the mortgage brokerage system.

55

Finally, we must consider the impact of a duty of care on the taxpayers, who did not agree to

À notre avis, même si une obligation de diligence *prima facie* avait été établie dans le cadre du premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la deuxième étape pour des raisons de politique générale supérieures. La décision de suspendre ou non l'inscription d'un courtier comporte des éléments de politique et des éléments d'ordre quasi judiciaire. La prise de la décision oblige le registrateur à pondérer les intérêts publics et les intérêts privés. Le registrateur ne fait pas qu'appliquer une politique gouvernementale déterminée, mais décide, en tant que mandataire de l'organe exécutif du gouvernement, ce que cette politique doit être. La décision est aussi de nature quasi judiciaire. Le registrateur doit agir équitablement ou judiciairement lorsqu'il retire son permis à un courtier. Ces exigences sont incompatibles avec une obligation de diligence envers les investisseurs. Une telle obligation entraverait le registrateur dans l'exécution des fonctions que le législateur lui a attribuées. Par conséquent, même si on pouvait affirmer l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de politique supérieures écarteraient cette obligation.

L'obligation de diligence *prima facie* est également écartée en raison de la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. Comme nous l'avons indiqué, le registrateur doit prendre des décisions discrétionnaires difficiles en matière d'ordre public, décisions à l'égard desquelles il faut faire preuve de retenue. Comme le juge Huddart (qui appuyait la conclusion) l'a conclu, le registrateur a pris ses décisions dans le cadre des pouvoirs qui lui étaient confiés dans l'intérêt public.

En outre, le risque de responsabilité indéterminée serait grandement à craindre si on reconnaissait que le registrateur a une obligation de diligence envers les investisseurs en l'espèce. La Loi elle-même n'impose aucune limite au nombre des investisseurs et aux montants d'argent investis dans le système de courtage en hypothèques, et le registrateur ne dispose d'aucun moyen pour les contrôler.

Enfin, nous devons tenir compte des répercussions qu'une obligation de diligence aurait sur les

assume the risk of private loss to persons in the situation of the investors. To impose a duty of care in these circumstances would be to effectively create an insurance scheme for investors at great cost to the taxpaying public. There is no indication that the Legislature intended that result.

In the result the judgment of the British Columbia Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Church & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondents: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the interveners Her Majesty the Queen in Right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta: The Minister of Justice and Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the British Columbia Securities Commission: The British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Ontario Securities Commission and the Alberta Securities Commission: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

contribuables, qui n'ont pas accepté d'assumer le risque de perte privée des personnes se trouvant dans la situation des investisseurs. Imposer une obligation de diligence dans ces circonstances reviendrait en fait à créer au bénéfice des investisseurs un régime d'assurance fort coûteux pour les contribuables. Rien n'indique que c'est ce que le législateur ait voulu.

Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est confirmé et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Church & Company, Vancouver.

Procureur des intimés : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur des intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta : Le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la British Columbia Securities Commission: La British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.