

Canadian Forest Products Ltd. *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia** *Respondent*

and between

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia** *Appellant*

v.

Canadian Forest Products Ltd. *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Forest
Practices Board, Sierra Club of Canada,
David Suzuki Foundation, Council of Forest
Industries, Forest Products Association
of Canada and Coast Forest & Lumber
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. CANADIAN
FOREST PRODUCTS LTD.**

Neutral citation: 2004 SCC 38.

File No.: 29266.

2003: October 16; 2004: June 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Damages — Environmental damages to public
lands — Compensation — Forest fire — Valuation of
loss of harvestable trees, and of non-harvestable trees in
environmentally sensitive areas — Appropriate basis to
calculate compensation — Province suing for compen-
sation logging company responsible for fire — Whether
Province can sue not only as ordinary landowner but*

Canadian Forest Products Ltd. *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de
la Colombie-Britannique** *Intimée*

et entre

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de
la Colombie-Britannique** *Appelante*

c.

Canadian Forest Products Ltd. *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, Conseil
des pratiques forestières, Sierra Club du
Canada, David Suzuki Foundation, Council
of Forest Industries, Association des produits
forestiers du Canada et Coast Forest &
Lumber Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE c.
CANADIAN FOREST PRODUCTS LTD.**

Référence neutre : 2004 CSC 38.

N° du greffe : 29266.

2003 : 16 octobre; 2004 : 11 juin.

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

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

*Dommages-intérêts — Dommages environnementaux
à des terres domaniales — Indemnité — Incendie de
forêt — Évaluation de la perte d'arbres récoltables, et
d'arbres protégés dans des zones écosensibles — Fon-
dement approprié du calcul de l'indemnité — Poursuite
en indemnisation de la province contre la société fores-
tière responsable de l'incendie — La province peut-elle*

also as parens patriae — Whether Comparative Value Pricing system can be taken into account to reduce compensation — Whether Province entitled to “auction value” of harvestable trees — Whether Province entitled to commercial value of non-harvestable trees plus a premium for environmental value — Whether common law provides for environmental damages.

In 1992, a fire swept through the Stone Creek area in the interior of British Columbia, damaging 1491 hectares of forest in a region where tenure holders are licensed to log. There is no dispute that the appellant (“Canfor”), a major licensee, is largely responsible for the blaze. After the fire, the burned-over cutting areas were logged. The fire-damaged timber was sold at a reduced price. The burned trees in some areas were left standing for environmental reasons, primarily to add stability to the soil, and the Crown adopted a rehabilitation plan. The Crown claimed damages against Canfor for three categories of loss: (1) expenditures for suppression of the fire and restoration of the burned-over areas; (2) loss of stumpage revenue from trees that would have been harvested in the ordinary course (harvestable trees); and (3) loss of trees set aside for various environmental reasons (non-harvestable or protected trees) in sensitive areas as established by the Crown.

In 1987, as part of its strategy to deal with the softwood lumber dispute with the United States, the Province adopted a stumpage “target rate” for wood harvested in the British Columbia Interior, together with a Comparative Value Pricing (“CVP”) system, which the Crown’s expert testified operates to ensure “that provincial revenues are not affected by low timber values” in any particular area. Forest productivity and costs of production varied from licence area to licence area within the British Columbia Interior, and the Province’s regulatory rate system was calculated to ensure cost sensitivity to local conditions. If the “value” of the standing timber was reduced in one area, therefore giving rise to a reduced stumpage rate in that area, the regulatory system, through the CVP mechanism, adjusted the rates paid by other licensees in the following quarter to compensate. This was known as the “waterbed effect”, which affected approximately 35 percent of the harvested timber from the Stone Creek

poursuivre non seulement en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire mais aussi en sa qualité de parens patriae? — Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative peut-il être pris en compte pour diminuer le montant de l’indemnité? — La province a-t-elle droit à la « valeur aux enchères » des arbres récoltables? — La province a-t-elle droit à la valeur marchande des arbres protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale? — La common law permet-elle des dommages environnementaux?

En 1992, un incendie de forêt a ravagé la région de Stone Creek dans l’intérieur de la Colombie-Britannique, endommageant 1 491 hectares de forêt dans une région où des titulaires de tenure forestière étaient autorisés à exploiter la forêt. Nul ne conteste que l’appelante (« Canfor »), un important titulaire de permis, est en grande partie responsable de l’incendie. Après l’incendie, les arbres ont été coupés dans les parterres de coupe ravagés par le feu. Le bois endommagé par le feu a été vendu à prix réduit. Dans certaines zones, des arbres brûlés ont été laissés debout à des fins écologiques, principalement pour assurer la stabilité des sols, et la Couronne a adopté un plan de restauration. La Couronne a réclamé des dommages-intérêts pour trois catégories de pertes : (1) les dépenses supportées pour la lutte contre l’incendie et la restauration des aires incendiées, (2) la perte des droits de coupe à l’égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités (les arbres récoltables), et (3) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l’environnement dans les zones désignées écosensibles par la Couronne (les arbres réservés ou protégés).

En 1987, dans le cadre de sa stratégie à l’égard du différend sur le bois d’œuvre résineux avec les États-Unis, la province a adopté un « taux cible » des droits de coupe pour le bois récolté dans l’intérieur de la Colombie-Britannique, ainsi qu’un système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (« PVC ») qui, selon l’expert de la Couronne, garantissent « que la moindre valeur du bois » dans une aire donnée « n’a pas d’incidence sur les recettes de la province ». La productivité de l’exploitation forestière et les coûts de production variaient d’une aire de permis à l’autre dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, et le système de tarification réglementaire de la province a été conçu pour assurer l’élasticité du coût par rapport aux conditions locales. Si, dans une aire, la « valeur » du bois sur pied était diminuée, entraînant par conséquent une diminution du taux des droits de coupe, la réglementation, par le mécanisme du PVC, rajustait les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du

fire. The stumpage system, including the CVP, was the only source of revenue for the Province under the *Forest Act*, pursuant to which it was entitled to recover revenues.

The trial judge awarded the Crown \$3,575,000 (an amount agreed upon by the parties) under the first category of loss, but otherwise dismissed the claim on the basis that the Crown had failed to prove a compensable loss with respect to either harvestable or non-harvestable trees. The trial judge concluded that, as the fire had accelerated the Province's receipt of revenue that would otherwise have been spread over a period of up to 66 years and that as the fire damage was not so severe as to make the salvaged timber significantly less valuable than it was before the fire, the Province had not suffered a loss in purely financial terms other than restoration costs. The trial judge also held that Canfor was entitled to have the increased revenue obtained by the Province from other licensees under the CVP system taken into account to determine if the Province had suffered a financial loss. In the result, he concluded, the fire left the Province in a financial position no worse than it would have enjoyed had the fire not occurred. With respect to the non-harvestable trees, the trial judge indicated that while the Province had lost something of value, there was no proof of loss other than restoration costs, which had been agreed to.

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal on damages with respect to the harvestable trees, but awarded compensation for diminution of the value of the non-harvestable trees at a figure equivalent to one-third of their commercial value.

Held (Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The decision of the trial judge is restored.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: A claim for environmental loss, as in the case of any loss, must be put forward based on a coherent theory of damages, a methodology suitable for their assessment, and supporting evidence. No one doubts the need for environmental protection but, in this case, apart from the cost of reforestation, which was agreed to, the Crown claims only stumpage and "diminution of the value of the timber" within the burned-over area. The environment includes more than timber, but

trimestre suivant pour compenser. On appelait cela « l'effet stabilisateur », qui touchait environ 35 pour 100 du bois récolté dans la zone ravagée de Stone Creek. Le système des droits de coupe, y compris le PVC, était la seule source de recettes de la province sous le régime de la *Forest Act* donnant ouverture à indemnisation.

Le juge de première instance a accordé à la Couronne 3 575 000 \$ (un chiffre arrêté de concert) à l'égard de la première catégorie de perte, mais a rejeté la demande pour le reste parce que la Couronne n'avait pas prouvé une perte indemnisable soit pour les arbres récoltables, soit pour les arbres réservés. Le juge de première instance a conclu que, comme le feu avait accéléré la perception par la province de recettes qui, sans cela, auraient pu s'étaler sur 66 ans et que le dommage causé par le feu n'était pas grave au point de diminuer de manière significative la valeur du bois récupéré par rapport à celle du bois vert, la province n'avait pas subi de perte d'ordre purement financier, abstraction faite des coûts de restauration. Le juge de première instance a également décidé que Canfor avait droit à ce que les recettes supplémentaires obtenues par la province des autres titulaires de permis en application du système de PVC soient prises en compte pour déterminer si la province avait subi une perte financière. En fin de compte, il a conclu que la province se trouvait dans une situation financière aussi avantageuse que si l'incendie n'avait pas eu lieu. En ce qui concerne les arbres réservés, le juge de première instance a affirmé que la province avait perdu quelque chose de valeur, mais que la preuve relative à la perte portait uniquement sur les coûts de restauration, qui avaient fait l'objet d'un accord.

La Cour d'appel a rejeté l'appel de la Couronne concernant les dommages-intérêts pour ce qui est des arbres récoltables, mais elle a accordé une indemnité en ce qui concerne la diminution de la valeur des arbres réservés, la fixant à un tiers de leur valeur marchande.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La décision du juge de première instance est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Deschamps : Une demande d'indemnité pour une perte environnementale, comme pour toute perte, doit être basée sur une théorie cohérente des dommages, sur une méthode permettant d'évaluer ces dommages et sur une preuve suffisante. Nul ne met en doute la nécessité de protéger l'environnement, mais en l'espèce, hormis le coût du reboisement, dont les parties ont convenu, la Couronne ne réclame que les droits de coupe et la « diminution de la

no allegation of such additional losses were made in that regard. The pleadings proceeded on a fairly narrow commercial focus and that is how the claim was defended.

The Crown's entitlement to compensation for both harvestable and non-harvestable trees should be limited to entitlement in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest. While it is open to the Crown in a proper case to take action as *parens patriae*, for compensation and injunctive relief on account of public nuisance, or negligence causing environmental damage to public lands, such litigation would raise important and novel policy issues. Since the Crown sought compensation here on the same basis as any other landowner for stumpage and "diminution of the value of the timber", this is not a proper appeal for the Court to embark on a consideration of those difficult issues. It would be unfair to the other parties to inject such a wide-ranging and important debate into the proceedings at this late date.

The Crown claimed "auction value" as the appropriate basis on which to calculate compensation for the harvestable trees. However, under the regulatory licensing system in effect in 1992 in British Columbia, the Province was not entitled to auction off the right to an immediate cut of the entire territory eventually burned over, which is what auction value measures. The Provincial regulatory scheme schedules the right to log its forests from year to year and decade to decade in exchange for long-term stability, as well as the economic well-being of communities dependent on a sustainable forest industry. The rights of the licensees were reciprocated in the imposition of corresponding obligations on the Province. The practical effect was that the Province had tied up its forest assets in such a way as to render the auction approach at odds with the Province's own regulatory regime. The Crown is as bound by the legislative scheme of the *Forest Act* as are the private operators, subject to any special exemption. There are no special exemptions applicable here.

The CVP system provides a relevant source of income to the Province which can properly be taken into account to determine if it has suffered a loss. The Province's claim is restricted to the impact of the fire on its projected revenue stream and the assessment of compensable loss is therefore heavily influenced by the regulatory structure which the Province itself designed and implemented. The

valeur de la ressource » dans la zone ravagée par le feu. L'environnement ne se limite pas au bois, mais aucun préjudice additionnel à cet égard n'a été allégué. Les actes de procédure visaient un aspect commercial assez restreint et c'est sur cette base que la demande a été contestée.

Le droit de la Couronne à une indemnité à l'égard tant des arbres récoltables que des arbres réservés est limité à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration. Bien que la Couronne à titre de *parens patriae* ait toute latitude pour engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, ces poursuites soulèveraient des questions de politique générale nouvelles et importantes. Comme la Couronne demande, au même titre que tout propriétaire foncier, d'être indemnisée pour la perte de droits de coupe et la « diminution de la valeur du bois », le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen par la Cour de ces questions difficiles. Il serait injuste pour les autres parties de présenter à une étape aussi tardive des questions dont la portée et l'importance sont aussi grandes.

La Couronne prétend que la « valeur aux enchères » constitue le fondement qui convient pour calculer l'indemnité quant aux arbres récoltables. Toutefois, suivant le système de permis réglementaire en vigueur en Colombie-Britannique en 1992, la province ne pouvait pas vendre aux enchères le droit de couper immédiatement tout le bois de la zone qui allait être ravagée par le feu, ce que permet de mesurer la valeur aux enchères. La réglementation provinciale fixe la coupe du bois pour les années et les décennies à venir en contrepartie de la stabilité à long terme ainsi que du bien-être économique des collectivités qui dépendent d'une industrie forestière stable. Aux droits des titulaires de permis correspondent des obligations de la province. L'effet pratique de ce système est que la province a bloqué ses actifs forestiers et que la méthode des enchères est incompatible avec sa propre réglementation. La Couronne, sous réserve d'exemption spéciale, est liée par les règlements d'application de la *Forest Act* au même titre que les exploitants privés. Aucune exemption spéciale ne s'applique en l'espèce.

Le système de PVC fournit à la province une source de revenu pertinente qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si elle a subi une perte. La demande de réparation de la province est limitée à l'incidence de l'incendie sur le flux anticipé de ses recettes et, donc, l'appréciation de la perte indemnisable dépend grandement de la réglementation que la province a elle-même

trial judge's analysis of the regulatory system was correct and it was open to him to conclude that the Province had defined the British Columbia Interior Region, and not the Stone Creek area itself, as the appropriate frame of reference for revenue purposes. Canfor therefore was entitled to rely on the "revenue-neutral" system the Province had implemented. Thus the Province had not, because of the fire, suffered a loss in the relevant revenue-generating unit.

The Crown's tactic to isolate the Stone Creek fire area from the regulatory region of which it forms a part must be rejected as an attempt to construct a financial loss that was not in fact suffered. If the Crown were permitted to ignore its own regulatory system, and calculate a notional loss by treating the Stone Creek fire area in isolation, it would by collection of that amount exceed the revenue otherwise intended to be collected by its own regulatory scheme and to that extent make a windfall rather than receive fair compensation for a proven loss.

The legislative scheme put in place by the *Forest Act* is central to the analysis of the Province's claim. According to the testimony of Canfor's expert, which was accepted by the trial judge, the CVP stumpage system was designed to ensure that the loss was never incurred. If there was no revenue loss, there was nothing to mitigate. Thus the principles governing mitigation of damages are not pertinent. Similarly, the Crown's argument that Canfor should not be allowed to "pass on" the loss to other forest licensees through the "waterbed effect" is misplaced. If no revenue loss was suffered in the first place, there was no loss to "pass on".

Nor did the Crown prove any financial loss with respect to the non-harvestable trees. Commercial logging of the steep, sensitive slopes would cost more than it was worth and according to the expert evidence would not have produced additional revenue for the Crown. With respect to the riparian areas (which could have been logged in 1992), the trial judge accepted the calculations of Canfor's expert witness which showed that any loss in the commercial value of expected stumpage revenue was more than offset by the receipt of accelerated payments for the immediate harvest of salvaged timber. There was thus no revenue shortfall in that respect either. While stumpage money may well not be a satisfactory financial proxy for the value of forest areas preserved for environmental purposes, the Crown

élaborée et mise en œuvre. Le juge de première instance a correctement analysé le régime réglementaire et il lui était loisible de conclure que la province avait défini le secteur de l'intérieur de la Colombie-Britannique, et non la zone de Stone Creek elle-même, comme étant le cadre de référence approprié pour déterminer les recettes. Canfor était donc fondée à invoquer le système « sans incidence sur les recettes » que la province avait mis en place. Dans cette zone génératrice de recettes, la province n'avait donc pas subi de perte attribuable à l'incendie.

La tactique de la Couronne consistant à isoler la zone ravagée de Stone Creek du secteur réglementé dont elle fait partie doit être rejetée parce qu'elle constitue une tentative de créer une perte financière qu'elle n'a pas subie. Si l'on permettait à la Couronne de faire fi de sa propre réglementation et de calculer une perte théorique en prenant isolément la zone ravagée de Stone Creek, elle toucherait, avec cette somme, des recettes supérieures à celles qu'elle était censée percevoir en vertu de sa propre réglementation et, dans cette mesure, elle obtiendrait un paiement injustifié au lieu de recevoir la juste indemnisation de la perte prouvée.

La réglementation mise en place par la *Forest Act* est essentielle à l'analyse de la demande de la province. Selon la déposition de l'expert de Canfor, que le juge de première instance a retenue, le système de PVC des droits de coupe était conçu pour garantir qu'il n'y ait jamais de perte. S'il n'y avait pas de perte de recettes, il n'y avait rien à limiter. Les principes régissant la limitation des dommages ne sont donc pas pertinents. De même, l'argument de la Couronne selon lequel il ne fallait pas permettre à Canfor de « transférer » la perte à d'autres titulaires de permis par application de « l'effet stabilisateur » porte à faux. Si aucune perte de recettes n'a été subie, il va de soi qu'aucune perte ne peut être « transférée ».

La Couronne n'a pas non plus prouvé qu'elle avait subi une perte financière en ce qui concerne les arbres réservés. L'exploitation commerciale en terrain escarpé vulnérable aurait été déficitaire et, selon les experts, la Couronne n'en aurait tiré aucune recette additionnelle. Pour ce qui est des aires riveraines (qui auraient pu être exploitées en 1992), le juge de première instance a accepté les calculs de l'expert de Canfor qui montraient que toute perte de la valeur marchande des droits de coupe anticipés était plus que compensée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré. Il n'y avait donc pas ici non plus de manque à gagner. Même si la somme tirée des droits de coupe n'est peut-être pas un indicateur financier de la valeur des aires forestières réservées à

asserted a claim for commercial value and a finding by the trial judge that there was no commercial loss precludes an award of damages on that basis.

The Crown's claim to an environmental premium with respect to the non-harvestable trees is grounded neither in the pleadings nor in the evidence. While the fire damage had both commercial and environmental dimensions, the trial judge was not given the evidence to quantify a distinct ecological or environmental loss. The lack of probative evidence, reliable measurement and proper pleading lie at the root of this case. No evidence was led about the nature of the wildlife, plants and other organisms protected by the environmental resource in question, the uniqueness of the ecosystem, the environmental services provided or recreational opportunities afforded by the resource, or the emotional attachment of the public to the damaged or destroyed area. The Crown's claim to an environmental premium of 20 percent of commercial value is therefore overly arbitrary and simplistic. Less arbitrary techniques are available and will have to be carefully considered when and if properly presented. Courts should not strangle legitimate claims that are properly pleaded because of overly technical objections to novel methods of assessment, but the Crown cannot succeed in an unpleaded claim for ecological or environmental damage simply because the Crown on this issue occupies the moral high ground. The courts and the alleged wrongdoer are entitled to require a proper evidentiary basis.

Canfor's argument that environmental losses should only be recoverable under a special statutory remedy such as the United States' *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* should be rejected. There is nothing so peculiar about environmental damages as to cause the courts to neglect the potential of the common law which, if developed in a principled and incremental fashion, can assist in achieving the fundamental value of environmental protection. However, a court cannot act on generalizations and unsupported assertions. In the absence of a statutory regime to address environmental loss, the Court must proceed cautiously with the development of the common law. The trial judge in this case rejected the Crown's claim for financial compensation for

des fins environnementales, la Couronne s'est appuyée sur la valeur marchande comme point de référence, et la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a eu aucune perte commerciale empêche d'accorder des dommages-intérêts à ce titre.

La réclamation, par la Couronne, d'une indemnité additionnelle pour perte environnementale à l'égard des arbres réservés est dénuée de fondement tant dans les actes de procédure qu'au regard de la preuve. Le dommage causé par le feu avait des dimensions à la fois commerciales et environnementales, mais le dossier ne donnait au juge de première instance aucun moyen de quantifier une perte écologique ou environnementale distincte. L'absence de preuves factuelles, de mesure fiable et d'exposé convenable de la demande dans les actes de procédure est un aspect fondamental en l'espèce. On n'a présenté aucune preuve relativement à la nature de la faune, de la flore et des autres organismes protégés par la ressource environnementale en question, au caractère unique de l'écosystème, aux avantages environnementaux qu'offre la ressource, à ses possibilités récréo-touristiques ou à l'attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite. La réclamation, par la Couronne, d'une indemnité additionnelle de 20 pour 100 de la valeur marchande est donc trop arbitraire et simpliste. Des méthodes moins arbitraires existent et devront faire l'objet d'un examen sérieux quand elles seront valablement présentées. Les tribunaux ne doivent pas paralyser les demandes légitimes présentées comme il se doit en opposant des objections excessivement techniques aux méthodes d'évaluation nouvelles, mais la Couronne ne peut avoir gain de cause en ce qui concerne une demande non alléguée pour un préjudice écologique ou environnemental, simplement parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable. Le tribunal et le présumé auteur de la faute ont droit d'exiger que la Couronne étaye sa position par des éléments de preuve.

Il faut rejeter l'argument de Canfor selon lequel seule l'adoption d'un recours distinct, dans une loi spéciale telle que la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* des États-Unis, permettrait le recouvrement des pertes environnementales. Les dommages-intérêts environnementaux ne sont pas à ce point particuliers que les tribunaux doivent négliger la possibilité que la common law, si elle évolue de façon progressive et conforme aux principes, contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu'est la protection de l'environnement. Un tribunal ne peut cependant pas s'autoriser de généralisations et d'assertions non étayées pour intervenir. En l'absence d'un régime législatif encadrant la perte environnementale, la Cour doit user de circonspection dans son élaboration de la common law.

“environmental loss” on the facts of this case and, on the record, he was right to do so.

Per Bastarache, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The Crown’s entitlement in this particular case is not limited to the damages that a private landowner would receive. The fact that the Crown is trying to recover commercial value, or using commercial value as a proxy for the recovery of damages, should not limit the Crown’s *parens patriae* jurisdiction. The Crown, in seeking damages, is still fulfilling its general duty, its *parens patriae* function to protect the environment and the public’s interest in it.

The Crown suffered a compensable loss in respect of harvestable trees despite the CVP system. This system is nothing more than a means of attempting to pass losses on to other forest licensees. Until the fire-damaged forest has grown back to its original state this source of revenue for the Crown — the trees — is lost. The fact that the Crown has a system in place by which it charges higher prices to other customers within the British Columbia Interior should not prevent the Crown from recovering damages for its very real loss. The loss is all the more real when one considers that the Crown lost not only stumpage, but a bundle of rights attached to the harvestable trees through the licensing system.

The argument that the effective rate of stumpage that the Crown receives is the same, forest fire or no forest fire, is faulty and the lower courts’ acceptance of it was wrong in fact and in law. There is no guarantee that the CVP system is revenue-neutral. Canfor has only established that the target rate is maintained by charging higher stumpage rates to others. That the target revenue is maintained as a result is by no means certain. Even for a monopolistic supplier of timber licences, as the Crown is in the British Columbia Interior, there are consequences to raising stumpage rates as a result of forest fires, consequences which are too numerous to consider and beyond the competence of the courts. If a court wishes to allow the defence that the Crown has recouped all of its losses from the forest fire by charging higher stumpage rates to other customers in the British Columbia Interior, then it should carry this analysis to its end and inquire into whether the Crown suffered any economic loss as a result of increased stumpage fees charged to other licensees. This type of analysis, however, would be endless and futile and would tax the institutional capacities of the

Le juge de première instance a rejeté la réclamation de la Couronne relative à une indemnité financière pour « perte environnementale » au regard des faits de l’espèce et, au vu du dossier, il a eu raison de le faire.

Les juges Bastarache, LeBel et Fish (dissidents) : Le droit de la Couronne en l’espèce n’est pas limité aux dommages-intérêts qu’un propriétaire ordinaire pourrait obtenir. Le fait que la Couronne cherche à recouvrer la valeur marchande, ou qu’elle utilise celle-ci comme indicateur de valeur en vue de recouvrer des dommages-intérêts, ne doit pas limiter le rôle de la Couronne à titre de *parens patriae*. En demandant des dommages-intérêts, la Couronne remplit toujours sa fonction générale, sa fonction *parens patriae* qui consiste à protéger l’environnement et l’intérêt du public à cet égard.

Même avec le système de PVC, la Couronne a subi une perte indemnisable en ce qui a trait aux arbres récoltables. Ce système n’est rien de plus qu’un mécanisme permettant de transférer les pertes aux autres titulaires de permis d’exploitation forestière. Jusqu’à ce que la forêt ravagée par le feu retrouve son état initial, cette source de recettes — ces arbres — est perdue. Le fait que la Couronne ait mis en place un système par lequel elle demande aux autres clients du secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique un prix plus élevé ne devrait pas l’empêcher d’obtenir un dédommagement pour sa perte bien tangible. La perte est d’autant plus tangible quand on considère que la Couronne a perdu non seulement les droits de coupe, mais encore un ensemble de droits rattachés aux arbres récoltables dans le cadre du régime d’octroi de permis.

L’argument selon lequel le taux effectif des droits de coupe que la Couronne perçoit reste le même, avec ou sans incendie, est erroné et son acceptation par les tribunaux inférieurs était mal fondée en fait et en droit. Rien ne garantit que le système de PVC n’aura aucune incidence sur les recettes. Canfor a établi seulement que le taux cible est maintenu du fait que l’on exige des autres exploitants des droits plus élevés. Il n’est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant. Même pour un fournisseur qui détient le monopole des permis d’exploitation, comme c’est le cas de la Couronne dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, l’augmentation des droits de coupe par l’effet des incendies de forêt a des conséquences trop nombreuses pour être étudiées, des conséquences qui excèdent la compétence des tribunaux. Si une cour veut admettre le moyen de défense selon lequel la Couronne a recouvré toutes ses pertes causées par l’incendie en imposant des taux des droits de coupe plus élevés aux autres clients du secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, elle devrait pousser son analyse jusqu’au bout et examiner

courts. To the extent that the Crown has shown that it has received less stumpage revenue in the Stone Creek fire area as a result of Canfor's negligence, it has established a right of recovery in damages. Even if the CVP system were in fact revenue-neutral, such a finding would be irrelevant to an assessment of damages in tort. The law of damages only requires the Province to establish damages in a proximate sense.

The CVP system cannot be viewed as a form of mitigation. The principles behind mitigation, in particular the principle of economic efficiency, require the injured party to exploit any new "capacity to earn" triggered by the defendant's tort. Mitigation principles do not require the injured party to attempt to recoup its losses by charging higher prices to other customers. The CVP system is therefore not a mitigating factor in the assessment of damages against Canfor.

The rule against double recovery is not violated by allowing the Crown to recover damages in addition to the increased revenue it received from other licensees under the CVP system. To deny the Crown recovery at bar would amount to recognizing in tort law the defence of passing on, which must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence. The trial judge erred in law in accepting the approach for valuing damages advocated by Canfor's expert, because the expert was essentially advocating a legal defence of passing on, even if cast in a factual light.

The Province should be allowed to recover damages for the non-harvestable trees in the environmentally sensitive areas, both in the riparian zones and on the steep slopes. These trees have intrinsic value at least equal to their commercial value (i.e., stumpage value), despite their non-commercial use. In the absence of better evidence, the value of nearby harvestable trees can serve as a yardstick to measure the value of the trees on the steep slopes, and Canfor's own expert report includes the commercial value for the non-harvestable trees in the riparian

si la Couronne a subi une perte financière en raison de l'augmentation des droits de coupe imposée aux autres titulaires de permis. Une telle analyse serait interminable et futile et grèverait les capacités institutionnelles des tribunaux. Dans la mesure où la Couronne a montré qu'en raison de la négligence de Canfor, elle a perçu moins de droits de coupe dans le secteur ravagé de Stone Creek, elle a prouvé un droit à des dommages-intérêts. Même si le système de PVC a fait en sorte d'éviter toute incidence négative sur les recettes de la Couronne, cette conclusion ne serait pas pertinente à l'évaluation des dommages-intérêts accordés en droit de la responsabilité civile délictuelle. En matière de dommages-intérêts, le droit oblige seulement la province à établir que le préjudice est une conséquence immédiate du délit.

Le système de PVC ne peut être considéré comme un moyen de limitation du préjudice. Les principes régissant la limitation du préjudice, en particulier le principe de l'efficacité économique, commandent que la personne lésée tire parti de la « capacité de gain » nouvellement acquise du fait de la faute du défendeur. Ces principes n'exigent pas que la personne lésée essaie de recouvrer ses pertes en demandant des prix plus élevés aux autres clients. Le système de PVC ne constitue donc pas un facteur de limitation du préjudice dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts réclamés à Canfor.

Le fait d'autoriser la Couronne à recouvrer une indemnité en sus des recettes accrues des droits de coupe perçues des autres titulaires de permis grâce au système de PVC ne viole pas la règle interdisant la double indemnisation. Priver la Couronne de l'indemnité dans le présent pourvoi équivaut à reconnaître en droit de la responsabilité civile délictuelle le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, qu'il ne faut pas laisser s'enraciner dans la jurisprudence canadienne. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en acceptant la méthode d'évaluation des dommages-intérêts préconisée par l'expert de Canfor, parce que ce dernier se trouvait essentiellement à préconiser le moyen de défense en droit fondé sur le transfert de la perte, même si c'était sous la forme d'un exposé factuel.

La province devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts à l'égard des arbres réservés des zones écosensibles, tant pour ce qui est des aires riveraines que des terrains escarpés. Ces arbres ont une valeur intrinsèque au moins égale à leur valeur marchande (soit la valeur des droits de coupe), en dépit de l'usage non commercial qui en est fait. Faute de meilleure preuve, la valeur des arbres récoltables des aires voisines peut servir de point de référence pour mesurer la valeur des arbres en terrain escarpé, et le rapport de l'expert de Canfor inclut déjà la

zones. To say as the Court of Appeal did that the value of the trees in question is only a portion of their commercial value is to significantly and fundamentally devalue the Crown's and society's loss. It is agreed with the majority that no damages for an environmental premium can be awarded.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283; *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Stein v. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *The Queen v. The Ship Sun Diamond*, [1984] 1 F.C. 3; *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536; *Glasgow Corp. v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923); *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York v. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921); *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892); *New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (1975); *State of Washington, Department of Fisheries v. Gillette*, 621 P.2d 764 (1980); *State of California, Department of Fish and Game v. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (1969); *State of Maine v. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (1973); *State of Maryland, Department of Natural Resources v. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (1972); *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The)*, [1991] 1 S.C.R. 3; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144; *Bellingham v. Dhillon*, [1973] Q.B. 304; *1874000 Nova Scotia Ltd. v. Adams* (1997), 146 D.L.R.

valeur marchande des arbres réservés des aires riveraines. Dire, comme la Cour d'appel, que la valeur des arbres en question n'est qu'une fraction de leur valeur marchande revient à sous-évaluer grandement la perte fondamentale qu'ont subie la Couronne et la société. Comme l'ont décidé les juges majoritaires, il n'y a pas lieu d'accorder une indemnité additionnelle au titre de l'environnement.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283; *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Stein c. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *La Reine c. Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 C.F. 3; *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536; *Glasgow Corp. c. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *North Dakota c. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923); *Missouri c. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas c. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York c. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921); *Illinois Central Railroad Co. c. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892); *New Jersey, Department of Environmental Protection c. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (1975); *State of Washington, Department of Fisheries c. Gillette*, 621 P.2d 764 (1980); *State of California, Department of Fish and Game c. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (1969); *State of Maine c. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (1973); *State of Maryland, Department of Natural Resources c. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (1972); *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (Le)*, [1991] 1 R.C.S. 3; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144; *Bellingham c. Dhillon*, [1973] Q.B. 304;

(4th) 466; *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424; *Attorney-General for Nova Scotia v. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Bilambil-Terranora Pty Ltd. v. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465; *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (1989); *Soutzo v. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL); *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Chappell v. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430.

By LeBel J. (dissenting)

Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531 (1918); *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214, rev'd (2003), 65 O.R. (3d) 577; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. viii; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; *Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *Dykhuizen v. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211; *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

1874000 Nova Scotia Ltd. c. Adams (1997), 146 D.L.R. (4th) 466; *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424; *Attorney-General for Nova Scotia c. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Bilambil-Terranora Pty Ltd. c. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465; *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (1989); *Soutzo c. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL); *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Chappell c. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531 (1918); *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Bradburn c. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195; *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089; *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555; *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541; *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214, inf. par (2003), 65 O.R. (3d) 577; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. viii; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; *Air Canada c. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; *Dykhuizen c. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211; *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84; *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 40.
Civil Code (France), art. 538.
Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 180(1).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 11(1).
Forest Act, R.S.B.C. 1979, c. 140 [now R.S.B.C. 1996, c. 157], ss. 84 [now s. 105], 161(1).
Transportation of Dangerous Goods Act, 1992, S.C. 1992, c. 34, s. 34(1)(b).

Authors Cited

- Arrow, Kenneth, et al. *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation*. Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993.
 Benidickson, Jamie. *Environmental Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, No. 46. Vancouver: The Commission, 1980.
 British Columbia. Ministry of Forests. *Interior Appraisal Manual*, January 1, 1990.
 de Bracton, Henry. *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. 2. Translated by Samuel E. Thorne. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1968.
 Estey, Wilfred. "Public Nuisance and Standing to Sue" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.
 Maguire, John C. "Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized" (1997), 7 *J.E.L.P.* 1.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Damages for Environmental Harm*. Toronto: The Commission, 1990.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Standing*. Toronto: The Commission, 1989.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.
 Sandars, Thomas Collett. *The Institutes of Justinian*, 1st American, from the 5th London ed. Chicago: Callaghan, 1876.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (release No. 12, December 2003).

Lois et règlements cités

- Code civil* (France), art. 538.
Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 180(1).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, ch. 89, art. 11(1).
Forest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 140 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 157], art. 84 [maintenant art. 105], 161(1).
Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33, art. 40.
Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses, L.C. 1992, ch. 34, art. 34(1)(b).

Doctrine citée

- Arrow, Kenneth, et al. *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation*. Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993.
 Benidickson, Jamie. *Environmental Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, No. 46. Vancouver: The Commission, 1980.
 Colombie-Britannique. Ministry of Forests. *Interior Appraisal Manual*, January 1, 1990.
 de Bracton, Henry. *Bracton on the Laws and Customs of England*, vol. 2. Translated by Samuel E. Thorne. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1968.
 Estey, Wilfred. « Public Nuisance and Standing to Sue » (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.
 Maguire, John C. « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997), 7 *J.E.L.P.* 1.
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Damages for Environmental Harm*. Toronto: The Commission, 1990.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Standing*. Toronto: The Commission, 1989.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.
 Sandars, Thomas Collett. *The Institutes of Justinian*, 1st American, from the 5th London ed. Chicago: Callaghan, 1876.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 166 B.C.A.C. 122, 271 W.A.C. 122, 11 C.C.L.T. (3d) 1, 49 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] B.C.J. No. 692 (QL), 2002 BCCA 217, allowing in part the Province's appeal and dismissing the logging company's cross-appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL). Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting.

G. Bruce Butler and Birgitta von Krosigk, for the appellant/cross-respondent.

J. Douglas Eastwood, Karen Horsman and J. Gareth Morley, for the respondent/cross-appellant.

Donald J. Rennie and Mark Kindrachuk, for the interveners the Attorney General of Canada.

John R. Pennington, for the interveners the Forest Practices Board.

Jerry V. DeMarco, Anastasia M. Lintner and Robert V. Wright, for the interveners the Sierra Club of Canada and the David Suzuki Foundation.

John J. L. Hunter, Q.C., and K. Michael Stephens, for the interveners the Council of Forest Industries, the Forest Products Association of Canada and the Coast Forest & Lumber Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

BINNIE J. — In the summer of 1992, a forest fire swept through the Stone Creek area of the Interior of British Columbia about 35 kilometres south of Prince George. Approximately 1,491 hectares were

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book, 1991 (release No. 12, December 2003).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 166 B.C.A.C. 122, 271 W.A.C. 122, 11 C.C.L.T. (3d) 1, 49 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] B.C.J. No. 692 (QL), 2002 BCCA 217, qui a accueilli en partie l'appel interjeté par la province et qui a rejeté l'appel incident interjeté par la société forestière contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents.

G. Bruce Butler et Birgitta von Krosigk, pour l'appelante/intimée.

J. Douglas Eastwood, Karen Horsman et J. Gareth Morley, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

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

John R. Pennington, pour l'intervenant le Conseil des pratiques forestières.

Jerry V. DeMarco, Anastasia M. Lintner et Robert V. Wright, pour les intervenants le Sierra Club du Canada et David Suzuki Foundation.

John J. L. Hunter, c.r., et K. Michael Stephens, pour les intervenants Council of Forest Industries, l'Association des produits forestiers du Canada et Coast Forest & Lumber Association.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE BINNIE — Pendant l'été de 1992, un incendie de forêt a ravagé la région de Stone Creek, une région de l'intérieur de la Colombie-Britannique située à quelque 35 kilomètres au sud de Prince

burned over, including areas where the appellant Canadian Forest Products Ltd. (“Canfor”) and other tenure holders were licensed to log, areas of steep slopes where it was uneconomic to log, still other areas where the trees were too immature to log, and areas along watercourses subsequently declared by the Crown to have too much environmental value to permit logging at all. It is the assessment of compensation for the Crown’s claim for environmental damage in these last-identified areas, called Environmentally Sensitive Areas (“ESAs”), that has created particular difficulty.

2 There is no longer any dispute about responsibility for the blaze. In the previous year, Canfor had carried out a controlled burn of its slashing and other logging waste, which failed to extinguish itself over the winter as expected. This fact went undetected because of the negligence of Canfor. The fire flared up again at the end of June 1992. The trial judge found that, while Canfor’s negligence contributed to the failure to suppress the resurrection of the fire, the Crown’s inadequate firefighting efforts also contributed to the loss ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)). He considered it impossible to apportion degrees of fault or blameworthiness and thus divided responsibility evenly. The Court of Appeal varied his decision by allocating 70 percent of the responsibility to Canfor and 30 percent to the Crown ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217). These findings are no longer in issue.

3 At trial, the Crown claimed damages for three categories of loss:

- (1) Expenditures for suppression of the fire and restoration of the burned-over areas;
- (2) Loss of stumpage revenue from trees that would have been harvested in the ordinary course (harvestable trees); and,
- (3) Loss of trees set aside for various environmental reasons (non-harvestable or protected trees).

George. Environ 1 491 hectares ont été incendiés, y compris des aires où l’appelante Canadian Forest Products Ltd. (« Canfor ») et d’autres titulaires de tenure forestière étaient autorisés à exploiter la forêt, des aires en terrain escarpé où l’exploitation n’était pas rentable, des aires où les arbres n’étaient pas encore matures, et des aires qui longeaient des cours d’eau et où, à cause de leur grande valeur environnementale, la Couronne a depuis interdit la coupe du bois. C’est l’évaluation de l’indemnité que réclame la Couronne pour le dommage environnemental causé dans ces dernières zones, désignées zones écosensibles (« ZES »), qui a fait particulièrement problème.

L’attribution de la responsabilité à l’égard de l’incendie n’est plus contestée. Au cours de l’année précédente, Canfor avait procédé à un brûlage dirigé des broussailles et des résidus de coupe et alors qu’on ne s’y attendait pas, le feu a couvé tout l’hiver. Ce fait est passé inaperçu à cause de la négligence de Canfor. Le feu s’est ravivé à la fin de juin 1992. Le juge de première instance a conclu que, si la négligence de Canfor avait contribué à l’absence de mesures pour empêcher le feu de se raviver, l’insuffisance des efforts de lutte contre l’incendie de la Couronne avait aussi contribué à la perte ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)). Il a jugé impossible d’établir des degrés de faute ou de blâme et a donc partagé la responsabilité également. La Cour d’appel a modifié sa décision, attribuant 70 pour 100 de la responsabilité à Canfor et 30 pour 100 à la Couronne ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217). Ces conclusions ne sont plus en litige.

En première instance, la Couronne a réclamé des dommages-intérêts pour trois catégories de pertes :

- (1) les dépenses supportées pour la lutte contre l’incendie et la restauration des aires incendiées;
- (2) la perte des droits de coupe à l’égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités (les arbres récoltables); et,
- (3) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l’environnement (les arbres réservés ou protégés).

The trial judge awarded the Crown \$3,575,000 under the first heading (which was an agreed figure), but otherwise dismissed the claim on the basis the Crown had failed to prove a compensable loss with respect either to harvestable or non-harvestable trees. In doing so, he expressly accepted as “compelling” the valuation evidence of C. H. Gairns, Canfor’s expert, and rejected the analysis of G. W. Reznik of Deloitte & Touche, the Crown’s valuation expert, as “not persuasive”.

The Court of Appeal dismissed the Crown’s appeal on damages with respect to the harvestable trees, but awarded compensation for “diminution of the value” of the non-harvestable trees at a figure equivalent to one third of their commercial value. The task of assessing the commercial value of the non-harvestable trees, if the parties could not agree to it, was referred back to the trial court. This award is the subject matter of Canfor’s appeal.

The Crown considers the award of compensation to be inadequate and in its cross-appeal claims the “auction value” of the standing timber in both harvestable and non-harvestable areas as of the date of the fire plus a premium over and above auction value for the degradation of the environment caused by destruction of the non-harvestable trees. In the alternative, it seeks an award of stumpage fees, plus the environmental premium on the non-harvestable trees. Canfor attacks the Crown’s methodology and says that, on the evidence, the Crown has been overcompensated, not undercompensated, by the courts in British Columbia.

The question of compensation for environmental damage is of great importance. As the Court observed in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 85, legal measures to protect the environment “relate to a public purpose of superordinate importance”. In *Friends of the Oldman River*

Le juge de première instance a accordé à la Couronne 3 575 000 \$ à l’égard de la première catégorie (un chiffre arrêté de concert), mais a rejeté la demande pour le reste parce que la Couronne n’avait pas prouvé une perte indemnisable soit pour les arbres récoltables, soit pour les arbres réservés. Ce faisant, il a expressément accepté comme [TRADUCTION] « probante » l’expertise de C. H. Gairns, l’expert présenté par Canfor, et il a rejeté l’analyse de G. W. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, l’expert en estimation produit par la Couronne, la trouvant [TRADUCTION] « non convaincante ».

La Cour d’appel a rejeté l’appel de la Couronne concernant les dommages-intérêts pour ce qui est des arbres récoltables, mais elle a accordé une indemnité en ce qui concerne la « diminution de la valeur » des arbres réservés, la fixant à un tiers de leur valeur marchande. Elle a renvoyé à la cour de première instance la tâche de déterminer la valeur marchande des arbres réservés, advenant que les parties ne puissent s’entendre à ce sujet. Cette indemnité fait l’objet du pourvoi de Canfor.

La Couronne estime l’indemnité insuffisante et réclame, dans son pourvoi incident, la [TRADUCTION] « valeur aux enchères » du bois sur pied tant dans les zones exploitables que dans les zones non exploitables à la date de l’incendie, ainsi qu’une indemnité additionnelle au titre de la dégradation de l’environnement causée par la destruction des arbres protégés. Subsidiairement, elle demande à l’égard des arbres réservés que les droits de coupes lui soient accordés, à quoi s’ajouterait une indemnité pour dommage environnemental. Canfor conteste la méthode employée par la Couronne et affirme que, au vu de la preuve, la Couronne a obtenu des tribunaux de la Colombie-Britannique une indemnité excessive, et non une indemnité insuffisante.

La question de l’indemnité pour dommage environnemental revêt une grande importance. Comme la Cour l’a fait observer dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 85, les mesures législatives prises en vue de protéger l’environnement « visent un objectif public d’une importance supérieure ».

4

5

6

7

Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3, the Court declared, at p. 16, that “[t]he protection of the environment has become one of the major challenges of our time.” In *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, “stewardship of the natural environment” was described as a fundamental value (para. 55 (emphasis deleted)). Still more recently, in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, the Court reiterated, at para. 1:

... our common future, that of every Canadian community, depends on a healthy environment. ... This Court has recognized that “(e)veryone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment ... environmental protection [has] emerged as a fundamental value in Canadian society” ...

8

If justice is to be done to the environment, it will often fall to the Attorney General, invoking both statutory and common law remedies, to protect the public interest. In this case, the Attorney General has not resorted to statutory remedies (as under s. 161(1) of the *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140 (now R.S.B.C. 1996, c. 157), for payment where timber is damaged or destroyed) but has sought damages at common law. The present appeal raises, therefore, the Attorney General’s ability to recover damages for environmental loss, the requirement of proof of such loss and a principled approach to the assessment of environmental compensation at common law.

9

The Crown in right of British Columbia says it sues not only in its capacity as property owner but as the representative of the people of British Columbia, for whom the Crown seeks to maintain an unspoiled environment. Thus the claim for an environmental premium is made “in recognition of the fact that it [the Crown], and the public on whose behalf it owned the Protected Trees, valued them more highly as part of a protected

Dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour a déclaré, à la p. 16, que « [l]a protection de l’environnement est devenue l’un des principaux défis de notre époque. » Dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, « la responsabilité de l’être humain envers l’environnement naturel » a été qualifiée de valeur fondamentale (par. 55 (italiques supprimées)). Encore plus récemment, dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, la Cour a affirmé ce qui suit, au par. 1 :

... notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d’un environnement sain. [...] Notre Cour a reconnu que « (n)ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l’environnement naturel [...] la protection de l’environnement est [...] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne » ...

Pour assurer une juste prise en considération de l’environnement, il revient souvent au procureur général de protéger l’intérêt public en exerçant les voies de droit prévues par la loi et par la common law. En l’espèce, le procureur général ne s’est pas prévalu des recours prévus par la loi (par exemple, le par. 161(1) de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 157), pour obtenir paiement si du bois est endommagé ou détruit) mais il a réclamé des dommages-intérêts suivant la common law. Le présent pourvoi soulève donc la possibilité, pour le procureur général, de recouvrer des dommages-intérêts pour perte environnementale, les exigences de preuve de cette perte et la méthode permettant d’évaluer l’indemnité pour dommage environnemental en common law.

La Couronne du chef de la Colombie-Britannique dit agir non seulement en qualité de propriétaire foncier, mais encore à titre de représentante des habitants de la Colombie-Britannique, au bénéfice desquels elle cherche à préserver un environnement intact. Ainsi, la revendication d’une indemnité additionnelle au titre de l’environnement est-elle formulée [TRADUCTION] « pour reconnaître le fait qu’elle [la Couronne],

ecosystem”. The Crown frames the issue on appeal as the valuation of tort damages for a “publicly owned resource”, and makes reference to the “worth to society” of the trees in their protected state. The Crown states that “[f]air compensation also requires that wrongdoers pay the public for damaging their ecosystems.” In thus framing its claims, the Crown invokes its role as *parens patriae*.

The relationship between the Crown’s status as property owner and the Crown as *parens patriae* is one of the issues presented for consideration, as is the Crown’s hybrid role as regulator of the forest industry and at the same time recipient of a revenue stream established and limited by its own regulatory system.

The Attorney General of Canada intervened in support of the Province to argue that full compensation for damage to protected natural resources must include reimbursement for financial expenditure on restoring the natural resource (“restoration cost”), compensation for the loss of use and passive use until such time as restoration is complete (“loss of use”), and, where the facts warrant, additional compensation for permanent loss of a unique resource where there is no prospect of restoration.

A claim for environmental loss, as in the case of any loss, must be put forward based on a coherent theory of damages, a methodology suitable for their assessment, and supporting evidence. No one doubts the need for environmental protection but, in this case, apart from the cost of reforestation, which was agreed to, the Crown claims only stumpage and “diminution of the value of the timber” within the burned-over area. The environment includes more than timber, but no allegations of loss were made in that regard. The pleadings, in other words,

et le public qu’elle représente en tant que propriétaire des arbres protégés, leur accordent une plus grande valeur en tant que composante d’un écosystème protégé ». Pour la Couronne, la question soulevée dans le présent pourvoi consiste dans l’évaluation des dommages-intérêts délictuels payables pour une « ressource publique » et elle mentionne la [TRADUCTION] « valeur pour la société » des arbres protégés. La Couronne affirme qu’une [TRADUCTION] « juste indemnité n’est possible que si les auteurs de la faute compensent le public de la dégradation des écosystèmes. » En formulant en ces termes ses revendications, la Couronne invoque qu’elle agit à titre de *parens patriae*.

Le rapport entre la qualité de propriétaire foncier de la Couronne et sa qualité de *parens patriae* est l’une des questions qui nous sont soumises, tout comme nous est soumise la question du rôle hybride de la Couronne à la fois en tant qu’autorité de réglementation de l’industrie forestière et en tant que bénéficiaire du flux des recettes qu’elle établit et limite par sa propre réglementation.

Le procureur général du Canada est intervenu à l’appui de la province pour soutenir que la pleine indemnisation pour la détérioration des ressources naturelles protégées doit comprendre le remboursement des sommes engagées pour restaurer ces ressources (« le coût de restauration »), l’indemnisation pour la perte de jouissance et de jouissance passive jusqu’à l’achèvement de la restauration (« la perte de jouissance ») et, si les faits le justifient, une indemnité additionnelle pour la perte permanente de ressources exceptionnelles en cas d’impossibilité de restauration.

Comme pour toute perte, une demande d’indemnité pour une perte environnementale doit être basée sur une théorie cohérente des dommages, sur une méthode permettant d’évaluer ces dommages et sur une preuve suffisante. Nul ne met en doute la nécessité de protéger l’environnement, mais en l’espèce, hormis le coût du reboisement, dont les parties ont convenu, la Couronne ne réclame que les droits de coupe et la « diminution de la valeur de la ressource » dans la zone ravagée par le feu. L’environnement ne se limite pas au bois, mais aucun préjudice n’a été

10

11

12

suggested a fairly narrow commercial focus and that is how the claim was defended.

allégué à cet égard. Autrement dit, les actes de procédure visaient un aspect commercial assez restreint et c'est sur cette base que la demande a été contestée.

13 The evidentiary record is also singularly thin on what precise environmental loss occurred, apart from damage to trees, and what value should be placed on it. The evidence of the Crown's own valuation experts, Deloitte & Touche, offered no support for the Crown's present expanded posture on environmental loss.

La preuve est aussi singulièrement mince en ce qui a trait à la nature précise de la perte environnementale, mis à part le dommage aux arbres, et à l'évaluation de cette perte. La preuve apportée par les experts en estimation de la Couronne, le cabinet Deloitte & Touche, n'appuie en rien la nouvelle réclamation de la Couronne au titre de la perte environnementale.

14 We cannot treat the Crown's argument as evidence; nor can we read into the record a theory of valuation that, rightly or wrongly, was supported by none of the experts. The Crown may have a more substantial environmental claim than is before us but she didn't prove it. Thus, while I would not interfere with the Court of Appeal's disposition of the claim in respect of the harvestable timber, in my opinion, with respect, the Crown did not establish its claim for compensation for environmental damage. I would therefore allow Canfor's appeal in that respect. The Crown's cross-appeal should be dismissed.

Les arguments de la Couronne ne sauraient être considérés comme des éléments de preuve; nous ne pouvons pas non plus interpréter le dossier comme offrant une méthode d'évaluation qui, à tort ou à raison, n'a été préconisée par aucun des experts. La Couronne a peut être droit à une indemnité plus importante au titre de l'environnement que la revendication dont nous sommes saisis, mais elle n'en a pas fait la preuve. Ainsi, je ne modifierais pas les termes de l'arrêt de la Cour d'appel en ce qui concerne les arbres récoltables, mais j'estime en toute déférence que la Couronne n'a pas prouvé son droit d'être indemnisée du dommage environnemental. Je suis donc d'avis de faire droit au pourvoi de Canfor à cet égard. Je rejetterais le pourvoi incident de la Couronne.

I. Facts

I. Les faits

15 Canfor is one of the largest forest companies in British Columbia. At all material times it held a Forest Licence from the Province under the *Forest Act*, permitting it to cut timber (the annual allowable cut) from year to year in the identified territory over a 20-year period in exchange for stumpage, i.e., a fee charged on each cubic metre of harvested timber, plus forest management services. The maximum allowable cut in each year was regulated by cutting permits, issued for terms not exceeding four years. The permit system gave licence holders such as Canfor a certain amount of flexibility in the pace, volume and location of its cutting operations. The fire spread to lands outside Canfor's licence area, including timber supply

Canfor est l'une des plus importantes entreprises forestières de la Colombie-Britannique. Pendant toute la période pertinente, elle détenait un permis d'exploitation forestière octroyé par la province en application de la *Forest Act* l'autorisant à couper du bois (la possibilité annuelle de coupe) chaque année dans l'aire désignée pendant une période de vingt ans en échange de droits de coupe, c'est-à-dire de droits par mètre cube de bois récolté, en sus des services d'aménagement forestier. La possibilité maximale de coupe pour chaque année était régie au moyen de permis de coupe délivrés pour des périodes d'au plus quatre ans. Le régime des permis accordait aux titulaires comme Canfor une certaine latitude pour ce qui est du rythme, du volume et

licence lots and woodlots held by different operators under other types of tenure.

The litigants variously described the plaintiff in terms of the “Crown”, the “Province” and the “Attorney General”. In what follows, I generally refer to the Province as the interest holder and the Crown or Attorney General as its advocate.

The area affected by the fire had been harvested before on a number of occasions in the 1950s and 1960s. The timber in the area was not, by and large, old growth but it was big enough for the wood to be merely damaged (rather than consumed) by the fire.

The stumpage system in effect in British Columbia since 1987 has its roots, at least in part, in the softwood lumber dispute with the United States. According to the expert evidence, “the Americans were suggesting that the government of British Columbia was giving away its wood at inappropriately low rates”. Accordingly, the Province adopted a stumpage “target rate” for wood harvested in the British Columbia Interior, and adopted a Comparative Value Pricing (“CVP”) system to ensure that it was able to collect that target rate for each cubic metre of timber production. Forest productivity and costs of production vary from licence area to licence area within the B.C. Interior, and the Province’s regulatory rate system, including the CVP, was calculated to ensure both cost sensitivity to local conditions and achievement by the Province of revenue that it hoped would calm the roiling waters of the U.S. softwood lumber lobby. As Crown counsel put it to Canfor’s expert :

des aires de coupe. L’incendie s’est étendu à l’extérieur de l’aire visée par le permis de Canfor, touchant aussi des terres visées par des permis d’approvisionnement et des boisés de ferme détenus par divers exploitants conformément à d’autres types de tenure.

Les parties au litige ont utilisé diverses appellations pour désigner la demanderesse : la « Couronne », la « province » et le « procureur général ». Dans les pages qui suivent, la province désigne le titulaire de l’intérêt, et la Couronne ou le procureur général désignent le défenseur de la province.

La zone touchée par l’incendie avait fait l’objet de récoltes à plusieurs reprises dans les années 1950 et 1960. Le bois dans cette zone n’était pas formé, dans l’ensemble, de peuplement vieux, mais d’arbres assez grands pour être simplement endommagés (et non détruits) par le feu.

Le régime des droits de coupe en vigueur en Colombie-Britannique depuis 1987 a son origine, du moins en partie, dans le différend sur le bois d’œuvre résineux avec les États-Unis. D’après les témoignages des experts, [TRADUCTION] « les Américains disaient que les droits exigés par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour son bois étaient trop bas ». Par conséquent, la province a adopté un « taux cible » des droits de coupe pour le bois récolté dans le secteur de l’intérieur de la Colombie-Britannique, ainsi qu’un système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (« PVC ») qui faisait en sorte qu’elle pouvait percevoir le taux cible à l’égard de chaque mètre cube de bois produit. La productivité de l’exploitation forestière et les coûts de production varient d’une aire de permis à l’autre dans le secteur de l’intérieur de la C.-B., et le système de tarification réglementaire de la province, dont le PVC fait partie, a été conçu pour assurer à la fois l’élasticité du coût par rapport aux conditions locales et la perception par la province de recettes qui lui permettent de calmer les remous provoqués par le lobby américain du bois d’œuvre résineux. Comme l’avocat de la Couronne l’a dit à l’expert de Canfor :

16

17

18

In 1987 the Ministry of Forests introduced the comparative value pricing system as part of a program to remove the 15 percent export tax which is imposed by Canada on softwood lumber exports to the U.S. in response to the threat of a U.S. tariff. Under the CVP, the stumpage rate is still determined on appraisal basis. The rate is then subjected to a mathematical manipulation to insure that the stumpage budget in B.C. approximates the target rate set by the government.

[TRADUCTION] En 1987, le ministère des Forêts a introduit le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative dans le cadre d'un programme destiné à éliminer la taxe à l'exportation de 15 pour 100 qui est imposée par le Canada sur le bois d'œuvre résineux vendu aux É.-U. en réponse à la menace des É.-U. d'imposer des droits de douanes. Dans le cadre du système de PVC, le taux des droits de coupe est encore fixé au moyen d'une évaluation, et il est ensuite l'objet d'opérations mathématiques qui font en sorte que le budget des droits de coupe de la C.-B. se rapproche du taux cible établi par le gouvernement.

19 As found by the trial judge, the CVP system ensured “that responses by the Ministry of Forests to verifiable local high costs, or low timber values, would not affect Provincial revenues” (para. 121 (emphasis added)). Canfor’s expert added, perhaps with a hint of cynicism, that “[t]hey adopted this system to boost government revenues, significantly boost government revenues. And they had a great excuse to do it, they could blame it on the Americans. That’s my opinion.”

Selon ce qu’a conclu le juge de première instance, le système de PVC faisait en sorte [TRADUCTION] « que les corrections apportées par le ministère des Forêts pour tenir compte des coûts plus élevés ou de la valeur moindre du bois constatés à certains endroits n’influent pas sur les recettes de la province » (par. 121 (je souligne)). L’expert de Canfor a ajouté ce qui suit, peut-être avec une pointe de cynisme : [TRADUCTION] « [i]ls ont adopté ce système pour augmenter les recettes du gouvernement, les augmenter sensiblement. Et ils avaient un prétexte tout trouvé pour le faire, ils pouvaient en rejeter le blâme sur les Américains. C’est ce que je crois. »

20 It is against this background that the Court must determine the amount of compensation that will, so far as money can, put the Province in the same position as it would have been in if the fire had not occurred.

C’est sur cette toile de fond que notre Cour doit déterminer le montant de l’indemnité qui, dans la mesure où l’argent permet de le faire, replacerait la province dans la situation où elle se trouverait n’eût été l’incendie.

A. *Calculation of Stumpage*

A. *Calcul des droits de coupe*

21 “Stumpage”, as mentioned, is an amount of money charged by the Province on each cubic metre of harvested timber. At the date of the fire, it was payable at rates determined in accordance with the policies and procedures approved for the forest region by the Minister. The relevant policies are set out in the “Interior Appraisal Manual” which has the force of subordinate legislation made pursuant to s. 105 of the current *Forest Act* (formerly s. 84). Canfor argues that the Crown’s compensable interest was the creature of, and was limited by, the regulatory scheme that was put in place by the Province itself in 1987. The Province is not, in that respect, an ordinary landowner. It was entitled to a revenue

Comme je l’ai indiqué, les « droits de coupe » représentent la somme demandée par la province à l’égard de chaque mètre cube de bois récolté. Au moment de l’incendie, les droits variaient selon les régions forestières en conformité avec les politiques et les méthodes approuvées par le ministre. Les politiques pertinentes sont énoncées dans le document intitulé « Interior Appraisal Manual » qui a force de législation subordonnée sous le régime de l’art. 105 de la *Forest Act* actuelle (auparavant l’art. 84). Canfor soutient que l’intérêt indemnisable de la Couronne a été créé, avec les limites prévues, par la réglementation que la province a elle-même mise en place en 1987. À cet égard, la province n’est pas

stream and, says Canfor, there was no shortfall in that revenue stream attributable to the fire.

The regulatory scheme dealt separately with the Coastal Region and the Interior Region. The Crown established a target rate for each region which, when multiplied by anticipated timber production, yielded a target revenue.

Actual stumpage rates were adjusted from place to place, depending on local yields, to ensure that the Crown obtained no more and no less than the total harvest multiplied by the target rate. This produced stumpage at a higher rate in some places than others, depending on the comparative “value” of the wood harvested in a particular area in relation to the costs of production. Areas of poor yield were charged lower stumpage fees than more productive areas. For each cutting area, therefore, what was called a “value index” (“VI”) was established.

The next step was to pool the VI from all of the cutting areas in the B.C. Interior into a “mean value index” (“MVI”) to establish a benchmark. Local variation in net productivity above or below the benchmark determined the local stumpage rate.

Any operator with a higher VI would pay more than the base rate in stumpage whereas those with a VI lower than the MVI would pay less, with a view to achieving a constant and predictable revenue for the Province.

The stumpage system, including the CVP, was and is the only source of revenue for the Province under the *Forest Act* pursuant to which the Province was entitled to recover revenues. The Province could, of course, have devised a different system, and has since made a modification to exclude the effect of forest fires from the CVP calculation. However, as of the date of *this* fire in 1992, it had not done so.

un propriétaire foncier ordinaire. Elle a droit à un flux de recettes et, d’après Canfor, l’incendie ne lui a causé aucun manque à gagner.

La réglementation prévoyait des dispositions distinctes selon qu’elles s’appliquaient dans le secteur côtier ou dans le secteur de l’intérieur. La Couronne avait établi à l’égard de chaque secteur un taux cible des droits qui, lorsqu’il était multiplié par la production de bois prévue, lui permettait d’obtenir les recettes anticipées.

Les taux des droits de coupe étaient rajustés d’un endroit à l’autre en fonction du rendement à chaque endroit afin de garantir à la Couronne ni plus ni moins que la récolte totale multipliée par le taux cible. Il en résultait des droits de coupe à un taux plus élevé pour certains endroits, selon la « valeur » comparative du bois récolté dans une aire donnée par rapport aux coûts de production. Dans des aires à faible rendement, les droits de coupe réclamés étaient moindres que dans les aires plus productives. On établissait donc pour chaque parterre de coupe ce qu’on appelait un « indice de valeur » (« IV »).

L’IV de tous les parterres de coupe du secteur de l’intérieur de la C.-B. était ensuite fondu dans un « indice de valeur moyen » (« IVM ») pour former un point de référence. Les variations locales de productivité nette au-dessus ou en dessous du point de référence déterminaient le taux des droits de coupe à l’échelle locale.

Tout exploitant dont l’IV était plus élevé versait des droits de coupe plus élevés que le taux de base, alors que celui dont l’IV était moins élevé que l’IVM payait des droits moindres, de façon à rapporter à la province des recettes constantes et prévisibles.

Le système des droits de coupe, y compris le PVC, était et demeure la seule source de recettes de la province sous le régime de la *Forest Act* donnant ouverture à indemnisation. Bien entendu, la province aurait pu concevoir un système différent et elle a, depuis, apporté une modification qui exclut l’incidence des feux de forêt dans le calcul du PVC. Toutefois, à la date de *cet* incendie en 1992, elle ne l’avait pas encore fait.

22

23

24

25

26

B. *The Waterbed Effect*

27 These VI and MVI “values” were adjusted each fiscal quarter. Where, as in the case of the Stone Creek fire area, the “value” of the standing timber was reduced, thus lowering the VI of that area in relation to the MVI, and therefore giving rise to a reduced stumpage rate in the Stone Creek area, the regulatory system, through the CVP mechanism, adjusted the rates paid by other licensees in the following quarter to compensate. This was known as the “waterbed effect”. As the trial judge found, at para. 121,

[i]t has been dubbed “the waterbed effect” by the forest industry because any special stumpage reduction factors negotiated by a Forest Licensee, or a group of licensees, results in increased stumpage rates for the others. [Emphasis added.]

28 The “waterbed” effect built into the regulatory regime was a loss-spreading system that distributed local VI gains and VI losses amongst the forest licensees throughout the region in such a way that the Province did not, and could not, suffer a revenue loss as a result of a drop in productivity in any one area, such as Stone Creek.

29 All of these adjustments, including the impact on VI and MVI of the Stone Creek fire, were, as Canfor’s expert put it, “business as usual”. The regulator *intended* to maintain the Crown’s revenue at a level low enough to encourage activity in the forest industry but high enough to pacify trade disputes with U.S. producers who claimed to function at a serious cost disadvantage in relation to their Canadian competitors.

30 The Crown objected at trial that the increased revenue yield achieved elsewhere under the CVP stumpage “waterbed” was a “collateral” effect and should not be taken into account to reduce the Crown’s compensation, but this position was rejected by both the trial judge and by the Court of

B. *Effet stabilisateur*

Ces « valeurs », les IV et les IVM, étaient rajustées tous les trimestres. Lorsque, comme dans le cas de la zone incendiée de Stone Creek, la « valeur » du bois sur pied était diminuée, abaissant ainsi l’IV de cette zone par rapport à l’IVM et entraînant par conséquent une diminution du taux des droits de coupe dans la zone de Stone Creek, la réglementation, par le mécanisme de PVC, rajustait les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du trimestre suivant pour compenser. On appelait cela « l’effet stabilisateur ». Selon les conclusions du juge de première instance, au par. 121,

[TRADUCTION] [o]n l’a surnommé « l’effet stabilisateur » dans le secteur forestier parce que tous facteurs spéciaux de réduction des droits de coupe négociés par un titulaire de permis d’exploitation ou par un groupe de titulaires entraînent pour les autres titulaires une majoration des droits. [Je souligne.]

L’effet « stabilisateur » intégré à la réglementation était un mécanisme de répartition des pertes par lequel les baisses et les hausses de l’IV au niveau local étaient réparties entre les titulaires de permis de toute la région, de telle sorte que la province n’a pas subi, et ne pouvait pas subir, une perte de recettes en raison d’une baisse de productivité dans une zone donnée, comme celle de Stone Creek.

Tous ces rajustements, y compris l’effet de l’incendie de Stone Creek sur les IV et les IVM, étaient, pour reprendre la formule de l’expert de Canfor, [TRADUCTION] « le cours normal des choses ». L’autorité de réglementation *entendait* maintenir les recettes de la Couronne à un niveau suffisamment bas pour encourager l’activité du secteur forestier mais suffisamment élevé pour atténuer les différends commerciaux avec les producteurs américains qui prétendaient avoir à supporter des coûts qui les handicapaient sérieusement par rapport à leurs concurrents canadiens.

En première instance, la Couronne a répondu que l’accroissement des recettes obtenu ailleurs par « l’effet stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe était un effet [TRADUCTION] « accessoire » et ne devait pas être pris en compte pour diminuer l’indemnité de la Couronne. Cet

Appeal. In their view, and I agree, the Crown was unable to establish any compensable revenue shortfall.

C. *Areas of Environmental Sensitivity*

At the time of the fire, the Crown had established certain areas excluded from harvesting, where logging was prohibited. These included “steep, sensitive sites”. It was recognized that conventional logging on steep hillsides would disturb the ground, leading to potential erosion. There were also limitations on cutting in areas of immature trees and wildlife areas designed to protect flora and fauna.

After the fire, but prior to trial, the Crown also established “riparian areas” in the forests where logging along rivers and creek banks was prohibited to protect watercourses, fish habitat, and other environmental values.

Canfor’s expert took the view, valuing the loss as of the date of the fire in 1992, that riparian areas should be included in the valuation of the Crown’s loss because they were available for logging at that time. For purposes of this case, therefore, such timber was treated as harvestable and therefore productive of revenue. However, Canfor’s expert calculated that logging the steep, sensitive slopes in a way that was environmentally acceptable even in 1992 (i.e., by helicopter) would have been so uneconomic as to produce for the Crown, notionally, a *negative* stumpage rate. He therefore concluded that although logging the steep, sensitive slopes would have yielded a certain quantity of timber, it would not have financially advantaged the Crown. He calculated the Crown’s revenue loss on both harvestable trees and non-harvestable or protected trees on steep, sensitive slopes at zero.

argument a cependant été rejeté tant par le juge de première instance que par la Cour d’appel. Selon ces tribunaux, et je souscris à leur opinion, la Couronne n’a pas été en mesure de prouver quelque manque à gagner ouvrant droit à indemnisation.

C. *Zones écosensibles*

Au moment de l’incendie, la Couronne avait soustrait à la récolte certaines zones où elle interdisait la coupe du bois. Ces zones englobaient des « terrains escarpés vulnérables ». On reconnaissait que l’exploitation forestière traditionnelle dans les aires en pente raide perturbait les sols, risquant de causer l’érosion. On avait aussi limité l’exploitation dans des aires peuplées d’arbres immatures et dans des zones sauvages où la flore et la faune étaient protégées.

Après l’incendie, mais avant le procès en première instance, la Couronne a aussi créé des « aires riveraines » où l’exploitation sur les rives des rivières et ruisseaux était interdite afin de protéger les cours d’eau, l’habitat du poisson et d’autres valeurs écologiques.

Évaluant la perte à la date de l’incendie en 1992, l’expert de Canfor a émis l’avis que les aires riveraines devaient être comprises dans l’appréciation de la perte subie par la Couronne parce qu’à l’époque, l’exploitation y était permise. Par conséquent, pour les besoins de la présente instance, les arbres de ces aires ont été considérés comme des arbres récoltables et, donc, générateurs de recettes. Toutefois, l’expert de Canfor a estimé que l’exploitation en terrain vulnérable escarpé selon des méthodes écologiquement acceptables même en 1992 (c.-à-d. par hélicoptère) aurait été si peu rentable qu’elle n’aurait donné à la Couronne, théoriquement, que des taux de droits de coupe *négatifs*. Il a donc conclu que, bien que l’exploitation en terrain escarpé vulnérable eût produit une certaine quantité de bois, la Couronne n’en aurait pas tiré d’avantage financier. Il a estimé à zéro la perte de recettes pour la Couronne en ce qui concerne tant les arbres récoltables que les arbres réservés ou protégés en terrain escarpé vulnérable.

31

32

33

34 In the present case, the Crown claimed that approximately 85 percent (235,567 cubic metres) of the timber salvaged from the burnt area consisted of harvestable trees and 15 percent (42,881 cubic metres) of non-harvestable or protected trees.

D. *Salvage Operations*

35 After the fire, the burned-over cutting areas were logged. The fire-damaged timber was sold at a reduced price. This produced immediate revenue for the Crown of \$1,528,857. The burned trees in some areas were left standing for environmental reasons, primarily to add stability to the soil.

E. *Rehabilitation Plan*

36 The Crown adopted a Rehabilitation Plan consisting largely of steps to prevent siltation of watercourses, construction of erosion bars, clearing of leaning trees and pushovers, and sowing of grass seed from helicopters to establish vegetation to reduce erosion and improve slope stability. Natural regrowth of the forest will, of course, take decades. The elements and cost of this plan were agreed to by the parties.

F. *Expert Valuation of Loss of Harvestable Trees*

37 The stumpage rate for the harvestable trees depended on the nature of the tenure: for Forest Licence timber (50 percent of total), it averaged \$14.68 per cubic metre; for Timber Supply Licence timber (6 percent of total), it averaged \$21.20; for Woodlot timber (44 percent of total), it averaged \$12.95. The weighted average for stumpage rates at the time of the fire in 1992 was therefore \$14.31 per cubic metre, as compared with the target stumpage rate for the B.C. Interior of \$8.55.

38 Canfor's expert, Mr. Gairns, prepared a present value calculation of the Crown's loss by measuring the future stumpage revenue stream with and without the fire, using information that would have been

En l'espèce, la Couronne a prétendu qu'environ 85 pour 100 (235 567 mètres cubes) du bois récupéré dans la zone ravagée provenait des arbres récoltables et 15 pour 100 (42 881 mètres cubes) des arbres réservés ou protégés.

D. *Opérations de récupération*

Après l'incendie, les arbres ont été coupés dans les parterres de coupe ravagés par le feu. Le bois endommagé par le feu a été vendu à prix réduit, rapportant immédiatement à la Couronne des recettes de 1 528 857 \$. Dans certaines zones, les arbres brûlés ont été laissés debout à des fins écologiques, principalement pour assurer la stabilité des sols.

E. *Plan de restauration*

La Couronne a adopté un plan de restauration comprenant principalement les mesures destinées à prévenir l'envasement des cours d'eau, la construction d'ouvrages antiérosion, la coupe rase des arbres inclinés et renversés, et l'ensemencement par hélicoptère d'herbes formant un tapis végétal propre à réduire l'érosion et à augmenter la stabilité des pentes. Le reboisement naturel prendra, bien entendu, des décennies. Les éléments et le coût de réalisation de ce plan ont été arrêtés de concert par les parties.

F. *Expertise concernant la perte des arbres récoltables*

Le taux des droits de coupe à l'égard des arbres récoltables dépendait de la nature de la tenure : pour le bois visé par un permis d'exploitation (50 pour 100 du total), il était en moyenne de 14,68 \$ le mètre cube; pour le bois visé par un permis d'approvisionnement (6 pour 100 du total), il était de 21,20 \$ en moyenne; pour les boisés de ferme (44 pour 100 du total), il était de 12,95 \$ en moyenne. La moyenne pondérée des taux des droits de coupe au moment de l'incendie en 1992 s'établissait donc à 14,31 \$ le mètre cube, en comparaison du taux cible de 8,55 \$ pour le secteur de l'intérieur de la C.-B.

L'expert de Canfor, M. Gairns, a effectué un calcul de la valeur actualisée de la perte subie par la Couronne. En se servant des données dont les parties auraient disposé à la date de l'incendie, il

available to the parties at the time of the fire, then applying the appropriate discount rate to reflect the benefit to the Crown of having the use of the money years ahead of the anticipated receipt. Specifically, he took the July 1, 1992 target rate and applied it to the volume of timber expected to be harvested in future in accordance with the probable cutting schedule anticipated before the fire, and deducted the present value of the stumpage revenue from the salvaged timber, to arrive at the Crown's net stumpage value loss or gain. He concluded that, because the Crown's receipt of revenue was accelerated dramatically by the fire, and the Crown would therefore have the use of over \$1.5 million over a period of many years that it would not otherwise have had, the paradoxical result of the fire under the Province's regulatory stumpage system was a financial gain to the Crown of \$100,291 (using a discount rate of 3.5 percent).

The Crown's expert, Mr. Reznik of Deloitte & Touche, accepted Mr. Gairns' approach of valuing the expected revenue streams from stumpage fees with and without the fire. However, he assumed that a more aggressive cutting schedule would have been permitted (thereby reducing the discount effect). Moreover, in order to project Crown revenue had the fire not occurred, he used an *average* of actual stumpage rates imposed over the seven years after 1992, less the revenue received from salvage stumpage. Stumpage rates rose in the years after 1992. Using actual post-1992 rates magnified the loss. He arrived at an estimated Crown loss of \$2,400,758 (using a 3.5 percent discount rate).

As stated, the trial judge accepted the evidence of Canfor's witness, Mr. Gairns, who acknowledged that "[i]nitially, it might appear unusual that the revenue received from the salvage logging more than made up for the loss of the timber for future

a calculé le flux des droits de coupe pour l'avenir avec l'incendie et sans l'incendie, puis il a appliqué le taux d'actualisation approprié pour tenir compte de l'avantage pour la Couronne d'avoir l'usage des sommes plusieurs années avant le recouvrement anticipé. Plus précisément, il a utilisé le taux cible du 1^{er} juillet 1992 et l'a appliqué au volume de bois qui aurait vraisemblablement été récolté ultérieurement conformément au calendrier probable de coupe prévu avant l'incendie et il a soustrait la valeur actualisée des droits de coupe du bois récupéré, pour obtenir la valeur de la perte ou du gain net de la Couronne au titre des droits de coupe. Il a conclu que, puisque l'incendie avait accéléré radicalement la perception des recettes par la Couronne, et que celle-ci avait pu disposer pendant une période de plusieurs années d'une somme de plus de 1,5 million de dollars qu'elle n'aurait pas eue sans l'incendie, cet incendie avait eu pour elle, par l'application du système réglementaire de droits de coupe de la province, l'effet paradoxal de lui procurer un gain financier de 100 291 \$ (compte tenu d'un taux d'actualisation de 3,5 pour 100).

L'expert de la Couronne, M. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, a accepté la méthode suivie par M. Gairns pour évaluer le flux anticipé des droits de coupe avec l'incendie et sans l'incendie. Toutefois, il a supposé qu'un calendrier de coupe plus dynamique aurait été possible (réduisant ainsi l'incidence de l'actualisation). De plus, afin d'extrapoler les recettes de la Couronne s'il n'y avait pas eu l'incendie, il a utilisé une *moyenne* des taux des droits de coupe effectifs imposés pendant les sept années postérieures à 1992, moins les recettes provenant des droits de coupe du bois récupéré. Les taux des droits de coupe ont augmenté pendant les années postérieures à 1992. L'utilisation des taux en vigueur après 1992 a eu pour effet de grossir la perte. Il a établi la perte estimative de la Couronne à 2 400 758 \$ (compte tenu d'un taux d'actualisation de 3,5 pour 100).

Comme je l'ai indiqué, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'expert de Canfor, M. Gairns, qui a reconnu que [TRADUCTION] « [d]e prime abord, il peut sembler insolite que les recettes produites par le bois récupéré compensent et

harvests.” However, Mr. Gairns put forward several reasons for this:

- (1) Although a large volume of timber in the Stone Creek area was damaged, the damage wasn’t so severe as to make the timber significantly less valuable than green (i.e., pre-fire) timber.
- (2) The stumpage rates for the salvaged timber were still generally higher than the Interior Target Rate set for the relevant 1992 period.
- (3) The differences in stumpage rates calculated for pre-fire timber versus post-fire timber were relatively small.
- (4) Small business timber supply licensees, who generally paid higher stumpage rates than major operators such as Canfor, logged a greater proportion of the salvage timber in the Stone Creek fire area than they would have taken of “green” timber if the fire had not occurred.
- (5) Without the fire, the Crown would not have received stumpage revenue in the area for many years, as it was not scheduled for further logging until an initial harvest of some blocks in 2001 and further “passes” in 2016 and 2031. Some timber in one of the larger woodlots would not have been harvested for 66 years. The accelerated receipt by the Crown of stumpage up to 66 years in advance was a significant financial advantage and this was an important factor in the finding that the Crown suffered no loss.

Q [W]hy didn’t you just consider a methodology for quantifying the Crown’s loss by just multiplying the [salvaged] timber involved in the Stone Fire area times the applicable rate of stumpage at the time of the loss?

même dépassent la perte des arbres récoltables dans le futur. » Toutefois, M. Gairns a suggéré plusieurs éléments pour expliquer ce résultat :

- (1) Bien qu’un volume considérable de bois ait été endommagé dans la zone de Stone Creek, le dommage n’était pas grave au point de diminuer de manière significative la valeur de ce bois par rapport au bois vert (c.-à-d. non endommagé par le feu).
- (2) Les taux des droits de coupe pour le bois récupéré excédaient encore généralement le taux cible du secteur de l’intérieur fixé à l’égard de la période pertinente de 1992.
- (3) Il y avait relativement peu d’écart entre les taux des droits de coupe calculés à l’égard du bois avant l’incendie et après celui-ci.
- (4) Les petites entreprises titulaires de permis d’approvisionnement, qui versaient généralement des droits de coupe plus élevés que ceux des grands exploitants tels que Canfor, ont récolté une plus grande proportion du bois récupéré de la zone ravagée de Stone Creek que la proportion du bois « vert » qu’elles auraient récolté n’eût été l’incendie.
- (5) Sans l’incendie, la Couronne n’aurait pas perçu de droits de coupe à l’égard de cette zone pendant bien des années, car la première récolte n’était prévue au calendrier de coupe initiale qu’en 2001 et les récoltes suivantes en 2016 et 2031. Le bois dans un des plus grands boisés de ferme n’aurait pas été récolté pendant 66 ans. La perception anticipée des droits de coupe par la Couronne jusqu’à 66 ans à l’avance constituait un avantage financier appréciable et cela a été un facteur important dans la conclusion que la Couronne n’avait pas subi de perte.

[TRADUCTION]

Q [P]ourquoi n’avez-vous pas simplement utilisé, pour quantifier la perte de la Couronne, la méthode consistant à multiplier le volume de bois [récupéré] touché par le feu de Stone [Creek] par le taux applicable des droits de coupe au moment de la perte?

A Because it could not have been harvested on that kind of a schedule.

- (6) Mr. Gairns did not adjust the stumpage rates on a forward averaging basis, as did Deloitte & Touche, because in his view, such rate increases were due to a lot of factors that could not have been anticipated in 1992. Moreover, in his view, it was wrong to isolate only one “future” factor, i.e., stumpage rates, out of complex developments that included major changes in the regulatory system in 1996. The trial judge agreed, at para. 124, holding that:

Among other shortcomings, the Deloitte & Touche assessment utilizes changes in stumpage rates over the past seven years, but does not take into consideration other changes in the forest industry over that period. The report is not persuasive.

- (7) The Stone Creek fire displaced logging activities somewhat within the Prince George area but did not affect the overall magnitude of the logging effort or, consequently, Crown revenue. Mr. Gairns testified:

... in the Prince George timber supply area ... there's something like 60 years supply of mature timber at the current levels of harvest. So a fire just changes the age class in the [burned over] portion of the timber supply area. It [the fire] doesn't really affect the ability to harvest the annual allowable cut. It moves it around but it doesn't affect the level of harvest.

- (8) Most of the timber that could not be salvaged would not have been harvested had the fire not occurred; and,
- (9) The CVP stumpage calculation was designed to take into account all local variations, including fires (whether started by natural causes or negligently). “The system was set up so that if somebody had to log low-grade timber, the

R Parce que ce bois n'aurait pu être récolté selon un calendrier de ce genre.

- (6) M. Gairns n'a pas rajusté les droits de coupe par étalement sur les années suivantes, comme l'a fait Deloitte & Touche, parce qu'à son avis, de telles majorations des droits reposaient sur bon nombre de facteurs qui ne pouvaient être anticipés en 1992. De plus, d'après lui, on aurait tort d'isoler un seul facteur « futur », soit les droits de coupe, parmi un ensemble complexe de faits nouveaux, dont des modifications importantes apportées à la réglementation en 1996. Le juge de première instance a accepté ce raisonnement, concluant en ces termes au par. 124 :

[TRADUCTION] Entre autres lacunes, l'évaluation de Deloitte & Touche utilise les changements apportés aux taux des droits de coupe au cours des sept dernières années, mais ne prend pas en considération d'autres changements survenus dans le secteur forestier pendant cette période. Le rapport n'est pas convaincant.

- (7) L'incendie de Stone Creek a déplacé quelque peu les activités d'exploitation forestière dans la région de Prince George, mais il n'a pas modifié l'ordre de grandeur de l'activité d'exploitation ni, par conséquent, les recettes de la Couronne. M. Gairns a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] ... dans la région d'approvisionnement en bois de Prince George, [...] il y a suffisamment de bois mature pour assurer l'exploitation forestière pendant environ 60 ans, aux niveaux actuels de récolte. Un feu ne fait que modifier la catégorie d'âge dans la partie [ravagée] de la région d'approvisionnement en bois. Il [le feu] ne restreint pas vraiment la possibilité annuelle de coupe. Celle-ci est réaménagée sans que le niveau de récolte soit touché.

- (8) La majeure partie du bois qui n'a pas pu être récupéré n'aurait pas été récolté s'il n'y avait pas eu l'incendie.
- (9) Le calcul des droits de coupe en fonction du PVC a été conçu pour tenir compte de toutes les variables locales, y compris les incendies (d'origine naturelle ou causés par la négligence). [TRADUCTION] « Le système a été ainsi

Crown's revenue would not change. That's what it was for and that's what it did."

Mr. Gairns therefore concluded, and the trial judge agreed, that the Crown had suffered no financial loss with respect to harvestable trees. The Court of Appeal agreed.

G. *Expert Valuation of the Loss of Non-Harvestable Trees*

41 Deloitte & Touche valued the loss of non-harvestable (or protected) trees on the basis of stumpage value, or alternatively, the auction value (i.e., as if the entire block of green forest had been put up for auction on the date of the fire). The Crown added a premium equivalent to about 20 percent over auction value on the basis that the Province must have valued non-harvestable trees more highly as part of a protected ecosystem than as harvestable timber, otherwise it would not have protected them. The 20 percent was acknowledged to be a somewhat arbitrary figure.

42 Canfor's expert concluded that the Crown had suffered no financial loss on the "protected" or non-harvestable trees either. As stated, he *included* the environmentally sensitive riparian areas in his revenue calculations because they had not been excluded from harvesting as of 1992. They therefore formed part of his general "no loss in revenue" calculation.

43 On the other hand, the "sensitive slope areas", in his opinion, would have been so expensive to log as to produce a negative return both for the operator and for the Crown, as stated.

44 On the more general question of environmental loss, however, Mr. Gairns had this to say in cross-examination:

If there is a value, it's the kind of value you measure in visitor days and fish caught and a lot of other things, but not in terms of stumpage revenue. There may be a way to value that, and I think there are experts in other fields

conçu de façon à ce que la coupe du bois de qualité inférieure ne modifie pas les recettes de la Couronne. C'est ce que l'on visait et c'est ce que l'on a obtenu. »

M. Gairns en a donc conclu, conclusion à laquelle a souscrit le juge de première instance, que la Couronne n'avait pas subi de perte financière en ce qui a trait aux arbres récoltables. La Cour d'appel a accepté cette décision.

G. *Expertise concernant la perte des arbres réservés*

Deloitte & Touche a évalué la perte des arbres réservés (ou protégés) en fonction de la valeur des droits de coupe ou, subsidiairement, de la valeur aux enchères (c.-à-d. comme si tout le peuplement d'arbres verts avait été mis aux enchères à la date de l'incendie). La Couronne a majoré de 20 pour 100 la valeur aux enchères au motif que la province accordait sans doute une plus grande valeur aux arbres réservés, en tant que composante d'un écosystème protégé, qu'au bois récoltable, sinon elle ne les aurait pas protégés. La Couronne a reconnu que 20 pour 100 représentait un chiffre un peu arbitraire.

L'expert de Canfor a conclu que la Couronne n'avait subi aucune perte financière en ce qui concerne aussi les arbres réservés ou « protégés ». Comme je l'ai indiqué, il *a inclus* les aires riveraines écosensibles dans le calcul des recettes, parce qu'elles n'étaient pas soustraites à la récolte en 1992. Il en a donc tenu compte dans son analyse générale, concluant à l'absence de perte de recettes.

Par ailleurs, selon lui, les coûts élevés d'exploitation en « terrain escarpé vulnérable » auraient produit un rendement négatif tant pour l'exploitant que pour la Couronne, comme je l'ai indiqué.

Sur la question plus générale de la perte environnementale, toutefois, M. Gairns a affirmé ceci au cours de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION] Si l'on peut parler de valeur, c'est le genre de valeur qui se mesure en nombre de jours-visiteurs, de poissons pris et en bien d'autres choses, mais non en droits de coupe. Il y a peut-être un moyen

of forest economics that could do that. I know of one that does wildlife and tourism types of economic evaluations and maybe there's something could be done there. I don't think it's a high tourist-use area, but I know that it has a value as a watershed. If there's degradation to the water supply, that could be valued. I didn't try to do that because I don't think that that's a loss of revenue to the Crown.

. . .

It doesn't look that nice because we've got skeletons of trees instead of green ones. I don't know and I don't believe Mr. Reznik [of Deloitte & Touche] knew of any good way to put a value on that degraded view. And so he said in lieu of not having anything, we'll just say it could have been logged and we'll use the stumpage rate. I think that's completely inappropriate.

The Crown called no expert evidence on the evaluation of environmental damage other than that of Deloitte & Touche.

II. Issues

1. The Crown seeks compensation both as landowner and in a representative capacity for environmental losses suffered by the public generally. Canfor says the Crown sued only as landowner in private law and it should not be allowed to float a "public interest claim" at this late stage of the litigation.
2. The Crown says that the harvestable areas were a capital asset whose value was greatly diminished by the fire and thus claims the difference between the "auction value" of the timber in the burnt area before and after the fire. Canfor says that auction value is irrelevant. Under the *Forest Act* and its regulatory scheme, the Province had tied up the relevant forest areas in long-term licences. The regulatory scheme did not permit "auction" of the harvestable timber. The Province's sole relevant entitlement was to

de l'évaluer, et je pense que des experts d'autres branches de l'économie forestière pourraient le faire. J'en connais un qui fait des évaluations économiques ayant trait aux espèces sauvages et au tourisme et peut-être qu'il y aurait moyen de regarder de ce côté. Je ne crois pas que la région soit un haut lieu touristique, mais je sais qu'elle a une valeur en tant que bassin hydrographique. En cas d'atteinte à l'approvisionnement en eau, ce serait un élément à apprécier. Je n'ai pas essayé de le faire parce que je ne pense pas que cela représente une perte de recettes pour la Couronne.

. . .

Le paysage n'est pas joli parce qu'on voit des squelettes d'arbres au lieu d'arbres verts. Je ne connais pas — et je ne crois pas que M. Reznik [du cabinet Deloitte & Touche] connaissait — une bonne façon d'évaluer cette dégradation du paysage. Alors, il s'est dit, au lieu de n'avoir aucun élément d'appréciation, supposons que l'on aurait pu y couper du bois et nous allons utiliser les droits de coupe. Je pense que ce n'est pas du tout approprié.

Relativement à l'évaluation du dommage environnemental, la Couronne n'a pas fait témoigner d'autre expert que celui de Deloitte & Touche.

II. Les questions en litige

1. La Couronne demande d'être indemnisée tant en sa qualité de propriétaire foncier qu'en sa qualité de représentante pour les pertes environnementales subies par le public. Canfor affirme que la Couronne n'a intenté une action qu'à titre de propriétaire foncier en droit privé et qu'il ne convient pas de lui permettre de lancer une « revendication fondée sur l'intérêt public » à cette étape tardive de l'instance.
2. La Couronne affirme que les zones exploitables constituaient des immobilisations qui ont perdu beaucoup de valeur à cause du feu et elle réclame ainsi la différence entre la « valeur aux enchères » du bois du secteur ravagé avant l'incendie et après l'incendie. Canfor dit que la valeur aux enchères n'est pas pertinente. Conformément à la *Forest Act* et à sa réglementation, la province avait accordé des permis à long terme à l'égard des aires forestières en question. La réglementation ne permettait pas

receive the revenue stream provided for under a regulatory system that included the CVP “waterbed”.

3. The Crown says the operation of the CVP system provides an irrelevant “collateral source of income” that ought not to have been taken into account to reduce the compensation payable by Canfor. Canfor says the CVP “waterbed effect” allowed the Province to achieve its target stumpage rate despite the fire. The Province was never entitled to anything more or less than the harvested timber multiplied by the target rate under the regulatory scheme. The Province therefore suffered no loss in relation to harvestable timber.
4. As to the non-harvestable trees, the Crown says it is entitled to the commercial value of the trees plus a premium for their environmental value. Canfor says even if the protected trees are taken into account, the Province proved no financial loss.
5. Canfor further says that Canadian common law does not provide for “environmental damages” as claimed by the Crown in this case, and that any change in the law governing environmental losses should be made by the legislators, if they think it wise to do so, not the courts.

III. Judicial History

- A. *British Columbia Supreme Court*, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL)

47

The trial judge concluded that compensation for lost stumpage revenue would restore the Province to its original position. As the experts had agreed on the “stumpage” approach to valuation, he rejected the Crown’s claim to the “auction value” of the harvestable trees as a proper measure of damages. He accepted Canfor’s argument that the fire had in effect accelerated the Province’s receipt of revenue that would otherwise have been spread over a

la « vente aux enchères » du bois récoltable. Le seul droit pertinent que la province pouvait exercer était celui de percevoir le flux des recettes prévu par une réglementation qui comportait « l’effet stabilisateur » du système de PVC.

3. La Couronne affirme que l’application du système de PVC fournit une « source de revenu accessoire » non pertinente qu’il n’y avait pas lieu de prendre en considération pour limiter l’indemnité payable par Canfor. Cette dernière affirme que « l’effet stabilisateur » du PVC a permis à la province d’atteindre son taux cible des droits de coupe en dépit du feu. La province n’a jamais eu droit à quoi que ce soit de plus ou de moins qu’au produit obtenu en multipliant le volume de bois récolté par le taux cible réglementaire. La province n’a donc subi aucune perte en ce qui concerne le bois récoltable.
4. Quant aux arbres réservés, la Couronne dit avoir droit à la valeur marchande des arbres et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale. Canfor affirme que même si les arbres protégés sont pris en compte, la province n’a prouvé aucune perte financière.
5. Canfor ajoute que la notion de « dommage environnemental » invoquée par la Couronne en l’espèce n’est pas reconnue en common law canadienne et qu’il appartient au législateur, s’il estime sage de le faire, et non aux tribunaux, de modifier le droit applicable en matière de pertes environnementales.

III. Historique des procédures judiciaires

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 1945 (QL)

Le juge de première instance a conclu que le paiement d’une indemnité pour la perte des droits de coupe replacerait la province dans la situation où elle se trouvait avant l’incendie. Puisque les experts avaient convenu d’une méthode d’évaluation fondée sur les « droits de coupe », il a rejeté la prétention de la Couronne selon laquelle les dommages devaient être évalués en fonction de la « valeur aux enchères » des arbres récoltables. Il a accepté l’argument

number of years, and to that extent the fire actually conferred a small benefit in purely financial terms.

Pursuing the “revenue stream” approach, the trial judge held that Canfor was entitled to have the increased revenue obtained by the Province from other licensees under the CVP system taken into account to neutralize the Stone Creek loss. In his view, the CVP system was not collateral to Canfor’s negligence, and it was therefore relevant to the calculation of damages. There was no revenue loss. The application of the CVP plus other adjustments left the Province in no worse financial position than it would have enjoyed had the fire not occurred.

With respect to the non-harvestable trees, the trial judge stated, at para. 130:

There is no doubt that the trees in these areas had value. It was more than an aesthetic or amenity value. It was a pecuniary, utilitarian value. Mr. Gairns [Canfor’s expert] said that, “Stone Creek provides both fish habitat and water supply to local residents.” The retention of the trees in those areas was simply the application of ecological and environmental sanity. [Footnote omitted.]

In the trial judge’s view, the Province had lost something of value, but he considered the proper measure of damages to be restoration cost, namely, “the cost to replant and husband the area to ensure that it would regain its former self” (para. 133). He did not factor into his calculation the number of years required for the forest to regenerate to its 1992 dimensions. The costs of reseedling by helicopter and other restoration work had been agreed to. Consequently, no damages were awarded in respect of the non-harvestable ESA trees either.

Essentially, therefore, apart from the costs of the reseedling and other elements of the Forest

de Canfor selon lequel le feu avait en fait accéléré la perception par la province de recettes qui, sans cela, auraient été étalées sur de nombreuses années et que, de ce point de vue, le feu lui avait apporté un léger avantage d’ordre purement financier.

Appliquant la méthode du « flux des recettes », le juge de première instance a décidé que Canfor avait droit à ce que les recettes supplémentaires obtenues par la province des autres titulaires de permis en application du système de PVC soient prises en compte pour compenser la perte de Stone Creek. À son avis, le système de PVC n’était pas accessoire par rapport à la négligence de Canfor et était donc pertinent pour le calcul des dommages-intérêts. Il n’y avait eu aucune perte de recettes. Par l’application du PVC, combinée à d’autres rajustements, la province se trouvait dans une situation financière aussi avantageuse que si l’incendie n’avait pas eu lieu.

En ce qui concerne les arbres réservés, le juge de première instance a affirmé ce qui suit, au par. 130 :

[TRADUCTION] Il est indubitable que les arbres de cette zone avaient une valeur. Leur valeur allait au-delà de l’esthétique ou de l’agrément. Il s’agissait d’une valeur pécuniaire, utilitaire. M. Gairns [l’expert de Canfor] a dit que, « Stone Creek constitue à la fois un habitat du poisson et une source d’approvisionnement en eau pour les habitants. » La préservation des arbres dans cette zone procédait simplement de l’application du bon sens sur les plans écologique et environnemental. [Renvoi omis.]

D’après le juge, la province avait perdu quelque chose de valeur, mais il a estimé que le coût de restauration, à savoir [TRADUCTION] « le coût de la replantation et des travaux requis pour remettre l’aire dans son état original » (par. 133), compensait les dommages dans une juste mesure. Dans son calcul, il n’a pas pris en compte le nombre d’années nécessaires pour redonner à la forêt ses dimensions de 1992. Les coûts de réensemencement par hélicoptère et d’autres travaux de restauration avaient fait l’objet d’un accord. En conséquence, il n’a pas été accordé de dommages-intérêts à l’égard des arbres réservés des ZES.

Essentiellement, donc, mis à part les coûts de réensemencement et ceux d’autres éléments du plan

48

49

50

51

Rehabilitation Plan already agreed to by Canfor, the Crown's claim for compensation was dismissed.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217

52 The reasons of the Court of Appeal were given by Hall J.A., with separate concurring reasons on the CVP issue given by Smith J.A. (Huddart J.A. concurring).

1. Reasons of Hall J.A.

53 Hall J.A. held that the trial judge was correct to award no damages for loss of stumpage revenue on the harvestable trees. It was appropriate to take into account the "waterbed" effect of the CVP stumpage system. CVP revenue was not "*res inter alios acta*" (para. 56). On the contrary, there was a direct relationship between the stumpage revenue lost due to the fire and the additional revenue obtained from other forest operators via the CVP stumpage system. The CVP system had been put in place by the Province to "ensure that despite whatever vicissitudes might occur in any year in timber harvesting operations, provincial revenue would remain essentially unaffected" (para. 61). Account had therefore to be taken of the levelling effect of the CVP system. At the end of the day, the Province was not out of pocket on the stumpage fees.

54 Hall J.A. then turned to damages for the non-harvestable trees. They were an asset, in his view, maintained in order to preserve the environment. However, since the trees were not intended to enter the marketplace, Hall J.A. felt it was "out of accord with commercial reality" (para. 65) to assess the value of the asset by reference to the market value of the trees. He thus rejected the Crown's attempt to value the non-harvestable trees by reference to their potential stumpage revenue as inappropriate.

55 Hall J.A. then considered how to value an asset that was deliberately withheld from the marketplace.

de restauration de la forêt déjà acceptés par Canfor, la demande d'indemnisation de la Couronne a été rejetée.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217

Les motifs de la Cour d'appel ont été exposés par le juge Hall, le juge Smith rédigeant des motifs distincts concourants sur la question du PVC (avec l'appui de la juge Huddart).

1. Motifs du juge Hall

Le juge Hall s'est dit d'avis que le juge de première instance avait eu raison de ne pas accorder de dommages-intérêts pour la perte des droits de coupe relatifs aux arbres récoltables. Il convenait de prendre en compte l'effet « stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe. Les recettes obtenues par application du PVC n'étaient pas « *res inter alios acta* » (par. 56). En fait, il y avait un lien direct entre les droits de coupe perdus à cause du feu et les recettes additionnelles obtenues des autres exploitants par application du système de PVC des droits de coupe. Le système de PVC avait été mis en place par la province afin de [TRADUCTION] « veiller à ce que, sans égard aux aléas de l'activité forestière au cours d'une année donnée, les recettes de la province restent essentiellement intactes » (par. 61). Il fallait donc tenir compte de l'effet stabilisateur du système de PVC. Au bout du compte, la province ne subissait aucune perte de droits de coupe.

Le juge Hall a ensuite analysé la question de l'indemnité pour les arbres réservés. À son avis, ils constituaient un actif conservé pour préserver l'environnement. Toutefois, comme ces arbres n'étaient pas censés être commercialisés, le juge Hall a estimé qu'il était [TRADUCTION] « contraire à la réalité commerciale » (par. 65) d'apprécier la valeur de cet élément d'actif en fonction de sa valeur marchande. Il a donc refusé que la Couronne évalue les arbres réservés en fonction des droits de coupe pouvant s'y rattacher, jugeant cette démarche inopportune.

Puis, le juge Hall a examiné la façon d'évaluer un actif que l'on a choisi à dessein de ne pas

In his view, there was a real loss however difficult it was to quantify. Having regard to *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283, and *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267, he held, at para. 74, that the difficulty of estimating damages accurately should not relieve the wrongdoer of the need to pay damages, that the judge/jury must “do ‘the best it can’ and its conclusions will not be set aside even if ‘the amount of the verdict is a matter of guess-work’” (emphasis deleted). The Province had suffered a real loss. The trial judge had identified “ecological damage” which was tangible and real, not merely an amenity value. There was destruction of valuable tree habitat. Fish habitat and water supply to local residents had been harmed. While it was not easy to set a value on the damage, and though the assessment might lie “near the outer parameters of the possibility of estimation”, he ordered compensation equivalent to one third of the commercial value of the non-harvestable trees.

2. Concurring Reasons of Smith J.A. (Huddart J.A. Concurring)

Smith J.A. also rejected the Crown’s claims for loss of stumpage revenue but did so on the basis of the rule against double recovery: *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940. Since the effect of the CVP stumpage system was to prevent any overall loss to the Crown from the fire, and the Crown had already recovered its revenue at the “target rate”, any recovery by the Crown in this litigation would amount to compensation for a loss the Crown had not suffered. The financial effect of the fire was revenue-neutral. The Crown had not suffered a compensable loss.

IV. Analysis

It is now accepted that Canfor was principally responsible for a fire that, with sensible precautions, could have been avoided. The result has been serious *physical* damage to 1,491 hectares

commercialiser. Selon lui, il y avait une perte véritable, peu importe qu’il soit difficile de la quantifier. Eu égard aux arrêts *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283, et *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267, il a décidé au par. 74 que la difficulté inhérente à l’évaluation précise des dommages ne décharge pas l’auteur du préjudice de l’obligation de payer des dommages-intérêts, que le juge ou le jury doit [TRADUCTION] « “agir au mieux” et sa conclusion ne sera pas infirmée même si “le montant accordé n’est en fait que le fruit de conjectures” » (italiques supprimés). La province avait subi une perte véritable. Le juge de première instance avait identifié un [TRADUCTION] « préjudice écologique » qui était tangible et réel, et non pas simplement une perte d’agrément. Il y avait eu destruction d’un habitat forestier. Il y avait eu atteinte à l’habitat du poisson et à l’approvisionnement en eau des habitants de la région. Bien qu’il ne fut pas facile d’évaluer les dommages, et qu’il faille pour cette évaluation approcher [TRADUCTION] « la limite des possibilités d’estimation », le juge a accordé une indemnité équivalant au tiers de la valeur marchande des arbres réservés.

2. Motifs concourants du juge Smith (avec l’appui de la juge Huddart)

Le juge Smith a lui aussi rejeté la demande d’indemnité de la Couronne pour la perte de droits de coupe, mais il s’est fondé sur la règle interdisant la double indemnisation : *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940. Puisque le système de PVC des droits de coupe avait eu pour effet d’empêcher au bout du compte toute perte pour la Couronne attribuable au feu et que celle-ci avait déjà recouvré ses recettes selon le « taux cible », permettre à la Couronne dans le présent litige de recouvrer quelque somme que ce soit équivaldrait à l’indemniser pour une perte qu’elle n’a pas subie. L’incendie n’a eu aucune incidence financière sur les recettes. La Couronne n’a pas subi de perte ouvrant droit à indemnisation.

IV. Analyse

Il est désormais reconnu que Canfor a été le principal responsable d’un incendie qui aurait pu être évité si des précautions raisonnables avaient été prises. L’incendie a causé de graves dommages

of formerly green forests. One could reasonably anticipate that the environmental impact, apart from “diminution of the value of the timber”, was also significant. Erosion problems have likely been aggravated. Fish habitat likely threatened. Water supply to the local community to some extent degraded. Forest vistas replaced with the skeletons of blackened trees.

à des *biens*, à savoir 1 491 hectares de forêt peuplée d’arbres verts. Outre la « diminution de la valeur du bois », il était raisonnable de s’attendre à des conséquences environnementales d’importance. Les problèmes d’érosion ont probablement été aggravés. L’habitat du poisson a probablement été menacé. L’approvisionnement en eau de la collectivité s’est jusqu’à un certain point détérioré. Là où l’on pouvait admirer des forêts verdoyantes, on ne voit plus que des squelettes d’arbres noircis.

58 Yet, apart from stumpage, the Crown’s claim was limited to “diminution of the value of the timber”. On that point Canfor says that, as a matter of law, the Crown has failed to establish any *financial* loss in excess of the costs of sowing grass seed and other tasks under a forestry rehabilitation plan which will require decades to restore the forests to their pre-fire maturity.

Et pourtant, hormis les droits de coupe, la demande d’indemnité de la Couronne se limitait à la « diminution de la valeur du bois ». Sur ce point, Canfor affirme que, en droit, la Couronne n’a pas prouvé de perte *financière* outre le coût de l’ensemencement d’herbe et d’autres activités prévues à un plan de restauration forestière qui prendra des décennies pour rendre à la forêt la maturité qu’elle avait avant l’incendie.

59 This appeal is thus not about proof of physical damages, but about the proof and assessment of *compensable* loss. One does not have to agree with Mr. Gairns’ characterization of environmental loss valuations as “pretty airy-fairy” to accept, nevertheless, that in assessing compensatory damages for environmental loss, the Court ought not to be engaged merely in punishment of the wrongdoer (which is the domain of regulatory offences) or imputing losses based on little more than a generalized desire to mete out rough justice to a tortfeasor. Quantification of the loss must be “fair to both the plaintiff and the defendant . . . fairness is best achieved by avoiding both undercompensation and overcompensation”: *Ratych, supra*, at p. 963.

Le présent pourvoi ne concerne donc pas la preuve de dommages à des biens, mais la preuve et l’évaluation de la perte *indemnisable*. Point n’est besoin de souscrire à l’opinion de M. Gairns selon laquelle l’évaluation des pertes environnementales est [TRADUCTION] « assez chimérique » pour admettre qu’en évaluant les dommages-intérêts compensatoires pour la perte environnementale, la Cour ne doit pas s’attacher uniquement à punir l’auteur de la faute (ce qui est l’objet des infractions réglementaires) ni à calculer des pertes en se fondant tout au plus sur l’intention de pratiquer une justice sommaire à l’endroit de l’auteur de la faute. L’évaluation de la perte doit être « équitable tant pour le demandeur que pour le défendeur [. . .] [l]a meilleure façon de réaliser cette équité c’est d’éviter à la fois les indemnités trop modestes et les indemnités trop élevées » : *Ratych*, précité, p. 963.

60 It is one thing for the Court to say that the difficulty of estimating damages accurately should not relieve the wrongdoer of the need to compensate for a loss. It is another to dispense with proof of loss in the first place (recognizing, however, the realistic limits of proof inherent in the subject

Pour la Cour, dire que la difficulté que pose l’évaluation précise des dommages ne peut décharger l’auteur de la faute de l’obligation de compenser la perte est une chose. C’en est une autre d’écarter d’abord l’obligation de faire la preuve d’une perte (tout en reconnaissant, cependant, que

matter). I agree in principle entirely with Crown counsel's plea at trial that

environmentally sensitive areas serv[e] many purposes, including prevention of slope erosion where it's located in steep areas, prevention of stream siltification from slope erosions, providing shade to streams, to support wildlife and food from the tree branches, habitat for wildlife and various other purposes[.]

However, Canfor says the Crown has framed this case as an ordinary commercial law suit and Canfor is entitled to have it pleaded and proved in the ordinary way.

It therefore becomes necessary to analyse the overall structure of the Crown's financial claim piece by piece.

A. Is the Crown Limited to Suing in its Capacity as an Ordinary Landowner?

The Crown sued and recovered compensation in the courts of British Columbia in its capacity as landowner of the Crown forests.

Can the Crown also sue as a representative of the public to enforce the public interest in an unspoiled environment? If the Crown cannot do so, who (if anyone) can? Reference was made to *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), where the court held that a municipal corporation cannot recover for the loss of "amenities" on behalf of its inhabitants arising from the destruction of trees.

In this Court, the Crown suggested that it was entitled to collect damages in negligence, "to effectively deter environmental harm and compensate the public for environmental damage". Canfor took the position that any such claim amounted to a "public law" remedy available only under special legislation such as the United States' *Comprehensive Environmental Responses, Compensation, and Liability Act of 1980*, 42 U.S.C. §§ 9601-9675

la preuve inhérente à l'objet du litige peut avoir des limites réalistes). Je suis tout à fait d'accord en principe avec les observations suivantes de l'avocat de la Couronne en première instance :

[TRADUCTION] . . . les zones écosensibles rempli[ssent] diverses fonctions, notamment prévenir l'érosion en terrain escarpé, prévenir l'envasement des cours d'eau dû à l'érosion, donner de l'ombre aux cours d'eau, aider les espèces sauvages, leur procurer les aliments que fournissent les branches, constituer l'habitat des espèces sauvages et diverses autres fonctions[.]

Cependant, Canfor affirme que la Couronne a introduit l'instance comme une action ordinaire en matière commerciale et que Canfor a droit à ce que les plaidoiries et la preuve suivent la manière usuelle.

Il devient donc nécessaire d'analyser individuellement chaque élément de l'ensemble de la demande d'indemnité pécuniaire de la Couronne.

A. La Couronne ne peut-elle poursuivre qu'en sa qualité de propriétaire foncier ordinaire?

Devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, la Couronne a engagé une action et obtenu une indemnité en sa qualité de propriétaire des forêts domaniales.

Peut-elle également poursuivre en qualité de représentante de la population pour faire respecter le droit du public à un environnement intact? Si la Couronne ne peut pas agir, qui le pourrait? On nous a cité l'arrêt *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), où la cour a décidé qu'une municipalité ne peut pas recouvrer au nom de ses habitants une indemnisation pour la perte d'[TRADUCTION] « agrément » résultant de la destruction d'arbres.

Devant notre Cour, la Couronne a affirmé avoir droit à des dommages-intérêts pour négligence [TRADUCTION] « pour décourager effectivement les dommages à l'environnement et faire en sorte que le public soit indemnisé du préjudice environnemental ». Canfor a prétendu que pareille demande équivalait à un recours de « droit public » que seule pourrait autoriser une loi spéciale telle que la *Comprehensive Environmental Responses*,

61

62

63

64

65

(1982 Supp. V 1987) (“*CERCLA*”), often called the “Superfund” law. Such losses are not, Canfor says, recoverable by a landowner in tort. The Crown’s argument, Canfor implies, confuses distributive justice with corrective justice. Canfor was supported in this regard by the industry intervener, the Council of Forest Industries (“COFI”) and others. Canfor and COFI took the view that when the Crown sues in tort, it is limited to the rights of a private party. It was conceded that there is an accepted role for the Attorney General as defender of the public interest in the law of public nuisance, but the remedy available in such cases is injunctive, not compensatory.

Compensation, and Liability Act of 1980 des États-Unis, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1982 Supp. V 1987) (« *CERCLA* »), souvent appelée la loi « Superfund ». Canfor affirme qu’un propriétaire foncier ne peut recouvrer de telles pertes en droit de la responsabilité civile délictuelle. Selon Canfor, l’argument de la Couronne confond la justice distributive et la justice commutative. Le point de vue de Canfor a été appuyé par l’intervenant du secteur forestier, Council of Forest Industries (« COFI ») et par d’autres. Selon Canfor et le COFI, quand la Couronne engage une poursuite fondée sur la responsabilité civile délictuelle, ses droits se limitent à ceux d’un plaideur privé. On a concédé que le procureur général joue effectivement un rôle comme défenseur de l’intérêt public dans les cas de nuisance publique, mais la voie de droit qui lui est ouverte dans ces cas est l’injonction et non l’indemnisation.

66 Historically, of course, the Attorney General, representing the Crown, has been the appropriate party to sue for abatement of a public nuisance. Recently, the Court adopted as correct the proposition that “any activity which unreasonably interferes with the public’s interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience” is capable of constituting a public nuisance: *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 52. It seems to me that the act of Canfor in burning down a public forest is capable of constituting a public nuisance. It was also negligence.

De tout temps, bien entendu, c’est au procureur général, représentant la Couronne, qu’il a appartenu d’intenter une action pour faire supprimer une nuisance publique. Récemment, dans *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 52, notre Cour a reconnu qu’il est permis d’affirmer que « toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l’intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité » peut constituer une nuisance publique. À mon avis, en brûlant une forêt domaniale, Canfor a posé un acte qui pouvait constituer une nuisance publique. C’était aussi une négligence.

67 While a public nuisance may also be a crime (see *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 180(1)), it is more often the subject of injunction proceedings brought by the Attorney General on behalf of the public. The usual objective is abatement. As put by McLachlin J. (as she then was) in *Stein v. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263 (B.C.S.C.), “[p]ublic rights, including claims for public nuisance, can only be asserted in a civil action by the Attorney-General as the Crown officer representing the public” (p. 265). McLachlin J. went on to say that it is the “Attorney-General who is entrusted and charged with the duty of enforcing public rights” (p. 268). The Attorney General’s

Bien qu’une nuisance publique puisse également être un crime (voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 180(1)), elle est plus souvent l’objet de demandes d’injonction à l’initiative du procureur général pour le compte du public. L’objectif est habituellement la suppression de la nuisance. Pour reprendre les propos de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) dans *Stein c. Gonzales* (1984), 14 D.L.R. (4th) 263 (C.S.C.-B.), [TRADUCTION] « [l]es droits du public, y compris dans le domaine de la nuisance publique, ne peuvent être plaqués que dans une action au civil intentée par le procureur général en qualité d’agent de la Couronne représentant le public » (p. 265). La

standing is sometimes attributed to the Crown's role as *parens patriae*: see W. Estey, "Public Nuisance and Standing to Sue" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563, at pp. 566 and 576; see also Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Standing* (1989), at p. 10, and Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980), No. 46, at p. 7.

It is true that the role of the Attorney General has traditionally been to seek a stop to the activity that is interfering with the public's rights. This has led to a view that the only remedy available to the Attorney General is injunctive relief. Some commentators regard the injunction as the "public remedy" obtained by the Attorney General, while damages are a "private remedy" available to those private citizens who have suffered a special loss such as personal injury or damage to private property: see, e.g., P. H. Osborne, *The Law of Torts* (2nd ed. 2003), at p. 364. The reality, of course, is that it would be impractical in most of these environmental cases for individual members of the public to show sufficient "special damages" to mount a tort action having enough financial clout to serve the twin policy objectives of deterrence to wrongdoers and adequate compensation of their victims: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534. Class actions will have a role to play but, as Professor Klar notes, "[w]hat has made public nuisance a particularly ineffective private law remedy is the special damages requirement" (L. N. Klar, *Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 647).

Canadian courts have not universally adhered to a narrow view of the Crown's available remedies in civil proceedings for public nuisance. In *The Queen v. The Ship Sun Diamond*, [1984] 1 F.C. 3 (T.D.), the federal Crown sought damages

juge McLachlin a ajouté que [TRADUCTION] « le procureur général est investi et chargé de la tâche de faire respecter les droits du public » (p. 268). Sa qualité pour agir est parfois rattachée au rôle de *parens patriae* de la Couronne : voir W. Estey, « Public Nuisance and Standing to Sue » (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 563, p. 566 et 576; voir aussi Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Standing* (1989), p. 10, et Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Civil Litigation in the Public Interest* (1980), n° 46, p. 7.

Il est vrai que le rôle du procureur général a traditionnellement été de chercher à mettre un terme à toute activité portant atteinte aux droits du public. C'est pourquoi l'on a émis l'avis que la seule voie de droit ouverte au procureur général était l'injonction. Pour certains commentateurs, l'injonction est la « réparation publique » obtenue par le procureur général, alors que les dommages-intérêts sont une « réparation privée » que peuvent demander les particuliers qui ont subi une perte particulière comme une blessure ou des dommages à leurs biens : voir, par exemple, P. H. Osborne, *The Law of Torts* (2^e éd. 2003), p. 364. En réalité, il serait pratiquement impossible à des membres du public de démontrer dans la plupart de ces affaires concernant l'environnement qu'ils ont subi des « dommages spécifiques » suffisants pour intenter une action en responsabilité civile délictuelle ayant une incidence financière assez grande pour satisfaire les deux objectifs de politique générale que sont la dissuasion et la juste indemnisation des victimes : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534. Les recours collectifs joueront aussi un rôle mais, comme le fait observer le professeur Klar, [TRADUCTION] « [c]'est la condition relative aux dommages spécifiques qui a rendu particulièrement inefficaces les actions privées fondées sur la nuisance publique » (L. N. Klar, *Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 647).

Les tribunaux canadiens n'ont pas tous adopté une conception restrictive des voies de droit ouvertes à la Couronne dans les actions civiles pour nuisance publique. Dans *La Reine c. Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.),

in relation to cleanup costs it had incurred to mitigate damage from an oil spill in the waters off Vancouver. Damages were awarded for the cost of the water cleanup activities, in addition to costs to clean Crown-owned beach and foreshore property. Walsh J. commented, “what was done was reasonable and appears to be a good example of the *parens patriae* principle with the Crown . . . acting as what is referred to in civil law as ‘*bon père de famille*’” (pp. 31-32 (emphasis added)).

la Couronne du chef du Canada a réclamé des dommages-intérêts pour recouvrer le coût du nettoyage qu’elle avait dû supporter pour pallier les dommages causés par un déversement de mazout dans les eaux près de Vancouver. Une indemnité a été accordée pour le nettoyage des eaux, en plus du nettoyage des plages et des rives des propriétés appartenant à la Couronne. Le juge Walsh a fait remarquer que : « ce qui a été fait était raisonnable et semble fournir un bon exemple du principe *parens patriae*, la Couronne [. . .] agissant comme on dit en droit civil, en “*bon père de famille*” » (p. 31-32 (je souligne)).

70 In *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, the Province sought damages in relation to the cost of cleaning up a public highway following an accident. This Court held that Ontario was entitled to claim damages for harm to its property, like any other private property owner, and needed no statutory authority to bring such an action. Moreover, Estey J., writing for the Court, went on to cite, at p. 547, the following passage of Lord Dunedin, in *Glasgow Corp. v. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1, with apparent approval:

Dans *Procureur général de l’Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, la province a réclamé des dommages-intérêts pour les frais de nettoyage d’une route provinciale à la suite d’un accident. Notre Cour a décidé que la province avait droit à une indemnité pour les dommages à sa propriété, comme tout autre propriétaire foncier ordinaire, et n’avait pas à être expressément autorisée par la loi pour intenter une action. De plus, s’exprimant au nom de la Cour, le juge Estey a, à la p. 547, cité, semble-t-il en l’approuvant, le passage qui suit des motifs de lord Dunedin dans *Glasgow Corp. c. Barclay, Curle & Co.* (1923), 93 L.J.P.C. 1 :

That a person, who, by his action, did something which made the highway impassable, and so destroyed the use of that highway by others, could be interdicted at the instance of a road authority I do not doubt . . . and although suits for damages in respect of such action may be sought for in vain in the books, I do not doubt that they would lie. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Une personne qui, par son action, a fait quelque chose qui a rendu la route impraticable et a ainsi empêché les autres de l’utiliser pourrait sans aucun doute être interdictée de passage à la demande de l’administration de la voirie, [. . .] même si on peut consulter en vain les textes à ce sujet, je suis d’avis que des actions en dommages-intérêts relativement à cette action pourraient être intentées. [Je souligne.]

71 The British Columbia Law Reform Commission in its *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, *supra*, suggested that the reluctance of the courts to award damages against those who commit a public nuisance should be relaxed somewhat to provide an effective remedy (pp. 70-71). See also Ontario Law Reform Commission, *Report on Damages for Environmental Harm* (1990) (“*OLRC Report*”), at pp. 11-13.

Dans son *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, *op. cit.*, la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique a indiqué qu’il convenait, afin d’offrir un recours efficace, que les tribunaux se montrent moins réticents à condamner à des dommages-intérêts les auteurs de nuisance publique (p. 70-71). Voir aussi Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on Damages for Environmental Harm* (1990) (« *OLRC Report* »), p. 11-13.

72 In my view, Canfor takes too narrow a view of the entitlement of the Crown, represented by the

À mon avis, Canfor adopte un point de vue trop étroit à l’égard du droit de la Couronne, représentée

Attorney General, to pursue compensation for environmental damage in a proper case.

Canadian courts have suggested that even municipalities have a role to play in defence of public rights. In *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255 (Ont. C.A.), Lacourcière J.A., in an oral decision, said at p. 257 that:

In our judgment, the municipality is, in a broad general sense, a trustee of the environment for the benefit of the residents in the area of the road allowance and, indeed, for the citizens of the community at large. [Emphasis added.]

This expression was referred to, without elaboration, by L'Heureux-Dubé J. in *114957 Canada*, *supra*, at para. 27.

The notion that there are public rights in the environment that reside in the Crown has deep roots in the common law: see, e.g., J. C. Maguire, “Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized” (1997), 7 *J.E.L.P.* 1. Indeed, the notion of “public rights” existed in Roman law:

By the law of nature these things are common to mankind - the air, running water, the sea

(T. C. Sandars, *The Institutes of Justinian* (1876), Book II, Title I, at p. 158)

A similar notion persisted in European legal systems. According to the French *Civil Code*, art. 538, there was common property in navigable rivers and streams, beaches, ports, and harbours. A similar set of ideas was put forward by H. de Bracton in his treatise on English law in the mid-13th century (*Bracton on the Laws and Customs of England* (1968), vol. 2, at pp. 39-40):

By natural law these are common to all: running water, air, the sea and the shores of the sea No one therefore is forbidden access to the seashore

par le procureur général, de demander l'indemnisation d'un dommage environnemental lorsque l'affaire s'y prête.

Les tribunaux canadiens ont exprimé l'avis que même les municipalités jouent un rôle dans la défense des droits du public. Dans *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255 (C.A. Ont.), dans une décision rendue de vive voix, le juge Lacourcière dit ce qui suit, à la p. 257 :

[TRADUCTION] À notre avis, la municipalité est, dans un sens large, fiduciaire de l'environnement au profit des habitants de la zone de la réserve routière et, de fait, des citoyens de toute la collectivité. [Je souligne.]

La juge L'Heureux-Dubé a repris cette expression, sans la commenter, dans *114957 Canada*, précité, par. 27.

L'idée selon laquelle la Couronne est investie des droits du public en matière environnementale a des origines anciennes en common law : voir, par exemple, J. C. Maguire, « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada : The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997), 7 *J.E.L.P.* 1. En fait, la notion de « droits du public » était reconnue en droit romain :

[TRADUCTION] Suivant le droit naturel, sont communs tous les éléments suivants : l'air, l'eau courante, la mer

(T. C. Sandars, *The Institutes of Justinian* (1876), livre II, titre I, p. 158)

Une notion semblable persiste dans les systèmes de droit européens. Aux termes de l'art. 538 du *Code civil* français, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, les ports et les havres, sont du domaine public. H. de Bracton expose une conception similaire dans son traité sur le droit anglais du milieu du 13^e siècle (*Bracton on the Laws and Customs of England* (1968), vol. 2, p. 39-40) :

[TRADUCTION] Selon le droit naturel, sont communs tous les éléments suivants : l'eau courante, l'air, la mer et le rivage de la mer [. . .] L'accès au rivage de la mer n'est donc interdit à personne

73

2004 SCC 38 (CanLII)

74

75

All rivers and ports are public, so that the right to fish therein is common to all persons. The use of river banks, as of the river itself, is also public by the *jus gentium*

76 By legal convention, ownership of such public rights was vested in the Crown, as too did authority to enforce public rights of use. According to de Bracton, *supra*, at pp. 166-67:

(It is the lord king) himself who has ordinary jurisdiction and power over all who are within his realm. . . . He also has, in preference to all others in his realm, privileges by virtue of the *jus gentium*. (By the *jus gentium*) things are his . . . which by natural law ought to be common to all Those concerned with jurisdiction and the peace . . . belong to no one save the crown alone and the royal dignity, nor can they be separated from the crown, since they constitute the crown.

Since the time of de Bracton it has been the case that public rights and jurisdiction over these cannot be separated from the Crown. This notion of the Crown as holder of inalienable “public rights” in the environment and certain common resources was accompanied by the procedural right of the Attorney General to sue for their protection representing the Crown as *parens patriae*. This is an important jurisdiction that should not be attenuated by a narrow judicial construction.

77 As stated, in the United States the *CERCLA* statute provides legislative authority for government actions in relation to the “public interest”, including environmental damage, but this is not the only basis upon which claims in relation to the environment can be advanced by governments at the state and federal levels.

78 Under the common law in that country, it has long been accepted that the state has a common law *parens patriae* jurisdiction to represent the collective interests of the public. This jurisdiction has historically been successfully exercised in relation to environmental claims involving injunctive

Les rivières et les ports sont tous publics, et le droit d’y pêcher est commun. Selon le *jus gentium*, l’usage des rives, comme celui des rivières et des fleuves eux-mêmes, est public

Suivant une convention juridique, la Couronne était titulaire de ces droits du public et avait l’autorité pour faire respecter les droits d’usage du public. Selon de Bracton, *op. cit.*, p. 166-167 :

[TRADUCTION] (Le seigneur roi) lui-même exerce normalement la compétence et le pouvoir sur toute personne qui se trouve dans son royaume. [. . .] Il a aussi, en priorité sur toute autre personne dans son royaume, les privilèges qu’il tient du droit naturel. (Selon le droit naturel,) les biens publics [. . .] qui doivent naturellement être communs [. . .] lui appartiennent [. . .] Ceux qui concernent l’administration de la justice et la paix [. . .] n’appartiennent à personne si ce n’est à la couronne seulement et à la dignité royale, et on ne peut les dissocier de la couronne puisqu’ils constituent la couronne.

Depuis l’époque de de Bracton, il est constant que les droits publics et la compétence sur ces droits sont indissociables de la Couronne. Cette notion de la Couronne comme titulaire des « droits du public » inaliénables en ce qui a trait à l’environnement et à certaines ressources communes s’accompagnait du droit du procureur général, représentant de la Couronne en qualité de *parens patriae*, d’engager les procédures pour les protéger. Il s’agit d’une compétence importante qu’il convient de ne pas atténuer par une interprétation judiciaire restrictive.

Comme je l’ai indiqué, aux États-Unis, la *CERCLA* autorise l’introduction d’actions par le gouvernement dans « l’intérêt public », y compris en cas de dommage environnemental, mais ce n’est pas là le seul fondement des demandes touchant l’environnement que peuvent présenter les États et le gouvernement fédéral.

Suivant la common law américaine, il est admis depuis longtemps que l’État est investi de la compétence *parens patriae* pour assurer la défense des intérêts collectifs du public. L’exercice de cette compétence a été accueilli favorablement dans des demandes d’injonction

relief against interstate public nuisances: see, e.g., *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), at p. 374; *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); and *New York v. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921). In *Tennessee Copper*, Holmes J. held for the Supreme Court of the United States, at p. 237, that, “the State has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain” (emphasis added).

The American law has also developed the notion that the states hold a “public trust”. Thus, in *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892), the Supreme Court of the United States upheld Illinois’ claim to have a land grant declared invalid. The State had granted to the railroad in fee simple all land extending out one mile from Lake Michigan’s shoreline, including one mile of shoreline through Chicago’s central business district. It was held that this land was impressed with a public trust. The State’s title to this land was

different in character from that which the State holds in lands intended for sale. . . . It is a title held in trust for the people of the State that they may enjoy the navigation of the waters, carry on commerce over them, and have liberty of fishing therein freed from the obstruction or interference of private parties. [p. 452]

The deed to the railway was therefore set aside.

The *parens patriae* and “public trust” doctrines have led in the United States to successful claims for monetary compensation. Thus in *New Jersey, Department of Environmental Protection v. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975), the State sued a power plant operator for a fish kill in tidal waters caused by negligent pumping that caused a temperature variation in the fish habitat. The State sought compensatory damages for the harm to public resources. The court concluded that the State had

en matière d’environnement visant des nuisances publiques dans un État voisin : voir, par exemple, *North Dakota c. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), p. 374; *Missouri c. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); *Kansas c. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Georgia c. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907); *New York c. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921). Dans *Tennessee Copper*, le juge Holmes a conclu au nom de la Cour suprême des États-Unis, à la p. 237, que [TRADUCTION] « l’État a sur tout le sol et l’air de son domaine un intérêt indépendant des titres de ses citoyens et fondamental » (je souligne).

Le droit américain reconnaît également la notion que l’État est investi d’un mandat de « fiducie publique ». Ainsi, dans *Illinois Central Railroad Co. c. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892), la Cour suprême des États-Unis a fait droit à la demande de l’Illinois visant à faire déclarer invalide une concession de terre. L’État avait concédé en fief simple à la société ferroviaire une bande de terre d’une largeur d’un mille à partir de la rive du lac Michigan, y compris une bande d’un mille dans le quartier des affaires de Chicago. La Cour a jugé que ce terrain était l’objet d’une fiducie publique. Le titre de propriété de l’État sur ce terrain était

[TRADUCTION] de nature différente de celui que détient l’État sur des terres destinées à être vendues. [. . .] C’est un titre détenu en fiducie au bénéfice des habitants de l’État afin qu’ils puissent naviguer sur les eaux, y faire commerce et jouir du droit d’y pêcher sans entrave ni ingérence de parties privées. [p. 452]

L’acte de transfert en faveur de la société ferroviaire a donc été annulé.

Aux États-Unis, les doctrines de la qualité de *parens patriae* et de la « fiducie publique » ont permis l’obtention de réparations pécuniaires. Ainsi, dans *New Jersey, Department of Environmental Protection c. Jersey Central Power and Light Co.*, 336 A.2d 750 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1975), l’État a poursuivi l’exploitant d’une centrale électrique pour la destruction massive de poissons dans les eaux soumises aux marées par suite d’un déversement négligent ayant causé un changement de température dans l’habitat du

the “right and the fiduciary duty to seek damages for the destruction of wildlife which are part of the public trust” in “compensation for any diminution in that [public] trust corpus” (p. 759), noting that:

It seems to us that absent some special interest in some private citizen, it is questionable whether anyone but the State can be considered the proper party to sue for recovery of damages to the environment.

See also *State of Washington, Department of Fisheries v. Gillette*, 621 P.2d 764 (Wash. Ct. App. 1980), and *State of California, Department of Fish and Game v. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (C.D. Cal. 1969). The potential availability of damages in *parens patriae* and “public trust” environmental actions has also been affirmed in *State of Maine v. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (D. Me. 1973), and *State of Maryland, Department of Natural Resources v. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (D. Md. 1972). These were all cases decided under the common law, not *CERCLA*.

poisson. L'État a réclamé des dommages-intérêts compensatoires pour le préjudice causé à des ressources publiques. La cour a conclu que l'État avait [TRADUCTION] « le droit et l'obligation fiduciaire de demander des dommages-intérêts pour la destruction de la faune et de la flore qui font partie de la fiducie collective » pour « compenser toute diminution du capital de cette fiducie [collective] » (p. 759), faisant remarquer ceci :

[TRADUCTION] Il nous semble que, faute de quelque intérêt particulier de simple citoyen, il est douteux que quiconque à part l'État puisse être considéré comme la personne pouvant à juste titre tenter une action en dommages-intérêts pour dommages à l'environnement.

Voir aussi *State of Washington, Department of Fisheries c. Gillette*, 621 P.2d 764 (Wash. Ct. App. 1980), et *State of California, Department of Fish and Game c. S.S. Bournemouth*, 307 F.Supp. 922 (C.D. Cal. 1969). La possibilité pour les États d'obtenir des dommages-intérêts en matière environnementale en invoquant leur qualité de *parens patriae* et la « fiducie collective » a également été confirmée dans *State of Maine c. M/V Tamano*, 357 F.Supp. 1097 (D. Me. 1973), et dans *State of Maryland, Department of Natural Resources c. Amerada Hess Corp.*, 350 F.Supp. 1060 (D. Md. 1972). Ces affaires ont toutes été tranchées par application de la common law et non de la *CERCLA*.

81

It seems to me there is no legal barrier to the Crown suing for compensation as well as injunctive relief in a proper case on account of public nuisance, or negligence causing environmental damage to public lands, and perhaps other torts such as trespass, but there are clearly important and novel policy questions raised by such actions. These include the Crown's potential liability for *inactivity* in the face of threats to the environment, the existence or non-existence of enforceable fiduciary duties owed to the public by the Crown in that regard, the limits to the role and function and remedies available to governments taking action on account of activity harmful to public enjoyment of public resources, and the spectre of imposing on private interests an indeterminate liability for an

Il me semble qu'aucun obstacle juridique n'empêche la Couronne d'engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales, et peut-être pour d'autres quasi-délits tels que l'entrée sans autorisation, mais ces actions soulèvent des questions de politique générale nouvelles et manifestement importantes. Parmi ces questions, mentionnons la responsabilité possible de la Couronne pour *inaction* en cas de menaces pour l'environnement, l'existence ou l'absence d'obligations fiduciaires contraignantes de la Couronne envers le public à cet égard, les limites du rôle et de la fonction des gouvernements pour les mesures prises à l'encontre d'actes préjudiciables à

indeterminate amount of money for ecological or environmental damage.

This is not a proper appeal for the Court to embark on a consideration of these difficult issues. The Crown's own expert evidence treated the Crown as owner of Crown forests seeking compensation on the same basis as any other landowner for stumpage and "diminution of the value of the timber". Reliance was placed on s. 11(1) of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, which provides that "the rights of the parties must, subject to this Act, be as nearly as possible the same as in a proceeding between persons". Of course it is perfectly open to the Crown to assert its private law rights as a property owner: *Fatehi, supra*, and *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510. The groundwork for a claim on some broader "public" basis was not fully argued in the courts below. The Crown now suggests that it claimed "commercial value as a proxy" for environmental damage but, with respect, the pleadings suggest otherwise. It would be unfair to the other parties to inject such far-reaching issues into the proceedings at this late date.

I therefore proceed on the basis that the Crown's entitlement in this particular case is limited to entitlement in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest.

B. *Is the Crown, by Analogy With Private Landowners, Entitled to the "Auction Value" of the Harvestable Timber?*

The Province was entitled to be restored to the position it would have enjoyed, to the extent money can accomplish it, had the tort not been committed: *Ratych, supra*, at pp. 962-63; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at p. 396; and

la jouissance des ressources publiques par le public ainsi que les voies de droit qui leur sont ouvertes sous ce rapport, et le spectre d'une responsabilité indéterminée qui serait imposée à des parties privées pour des sommes indéterminées en cas de préjudice écologique ou de dommage environnemental.

Le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen de ces questions difficiles. La preuve d'expert présentée par la Couronne considère celle-ci comme un propriétaire de forêts domaniales qui demande, au même titre que tout propriétaire foncier, d'être indemnisé pour la perte de droits de coupe et la « diminution de la valeur du bois ». La Couronne a invoqué le par. 11(1) de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 89, qui dispose que [TRADUCTION] « les droits des parties sont, sous réserve de la présente loi, dans la mesure du possible les mêmes que dans une instance entre personnes ». Bien entendu, la Couronne a toute latitude pour faire valoir ses droits de propriétaire foncier : *Fatehi*, précité, et *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510. Les fondements d'une revendication présentant un caractère un peu plus « public » n'ont pas été débattus à fond devant les tribunaux d'instance inférieure. La Couronne affirme maintenant avoir réclamé [TRADUCTION] « la valeur marchande comme indicateur » du dommage environnemental, mais en toute déférence, ce n'est pas ce qu'indiquent ses actes de procédure. Il serait injuste pour les autres parties de présenter à une étape aussi tardive des questions dont la portée est aussi grande.

Je vais donc examiner la demande de la Couronne dans la présente espèce en considérant que son droit est limité à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration en première instance.

B. *La Couronne a-t-elle droit, par analogie avec les propriétaires privés, à la « valeur aux enchères » du bois récoltable?*

La province avait le droit d'être replacée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été le délit civil, dans la mesure où cela pouvait se faire en argent : *Ratych*, précité, p. 962-963; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 396; et *Sunrise Co.*

82

2004 SCC 38 (CanLII)

83

84

Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The), [1991] 1 S.C.R. 3, at p. 27, *per* McLachlin J. dissenting in part, but endorsed on this point by L'Heureux-Dubé J. for the majority, at p. 17.

c. Lake Winnipeg (Le), [1991] 1 R.C.S. 3, p. 27, la juge McLachlin dissidente en partie, mais avec l'appui sur ce point de la juge L'Heureux-Dubé au nom des juges majoritaires, à la p. 17.

85 The Crown argues that the courts below “misconceived” the nature of the Province’s claim. The courts erroneously characterized the Province’s loss as a revenue entitlement. When loss of the harvestable trees is viewed “correctly”, the Crown says, the best measure of its loss is the “auction” price which it could have obtained if the trees had been harvested and sold at a timber auction on the date of the fire, plus loss of use in the interim while the forest regenerates. The “auction approach” presupposes that the trees in the Stone Creek area were available for immediate harvesting in July of 1992. The Crown says the compensable loss, thus conceived, is \$3,517,038.65. Canfor responds that the Province, having locked up its rights to harvest its timber under complex long-term licences, cannot now put itself forward on the same footing as an unencumbered landowner free to auction its property to the highest bidder: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77.

La Couronne soutient que les tribunaux d’instance inférieure ont « mal compris » la nature de la demande de la province. Ils ont estimé à tort que la perte de la province consistait dans un manque à gagner. Lorsque la perte des arbres récoltables est « bien » envisagée, selon la Couronne, la meilleure mesure de sa perte est le prix qu’elle aurait pu obtenir aux « enchères » si les arbres avaient été récoltés et vendus à une vente de bois aux enchères à la date de l’incendie, majoré du montant de la perte de jouissance pendant que la forêt se régénère. La « méthode des enchères » présuppose que les arbres de la région de Stone Creek pouvaient être récoltés immédiatement en juillet 1992. Selon la Couronne, la perte indemnisable, ainsi conçue, s’élève à 3 517 038,65 \$. Canfor répond que, ayant bloqué ses droits de récolter ses arbres par un régime complexe de permis d’exploitation à long terme, la province ne peut pas maintenant être mise sur le même pied qu’un propriétaire foncier dont la propriété n’est pas grevée et qui est libre de céder ses biens au plus offrant : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77.

86 In my view, Canfor’s objection to an “auction” approach is entitled to prevail for both substantive and procedural reasons.

À mon avis, l’objection de Canfor à la méthode des « enchères » doit être retenue pour des motifs tant de fond que de forme.

87 In its Further Amended Statement of Claim, the Crown did not claim auction value. It claimed “losses incurred relating to reduced stumpage due to fire damage” (para. 15(c)). The regulatory scheme provides that stumpage is paid over the lifetime of the logging operation which in this case was up to 66 years. It is not open to the Crown to ignore the legal effect of the licences previously granted to private parties to log in the Stone Creek area, including Canfor.

Dans sa déclaration re-modifiée, la Couronne n’a pas réclamé la valeur aux enchères, mais les [TRADUCTION] « pertes subies par suite de la diminution des droits de coupe attribuable à l’incendie » (par. 15(c)). La réglementation prévoit que les droits de coupe sont versés pendant toute la durée de production de l’exploitation forestière, en l’occurrence 66 ans. Il n’est pas loisible à la Couronne d’écarter l’effet juridique des permis déjà accordés à des personnes pour l’exploitation forestière dans la région de Stone Creek, y compris à Canfor.

88 The regulatory scheme devolves much of the forest management responsibility on large operators

La réglementation cède en grande partie la responsabilité de la gestion des forêts aux grands

such as Canfor. This is done through a complex licencing system, which confers long-term cutting rights on the licensee in exchange for stumpage and the licensee's undertaking of many responsibilities, some of which were formerly performed by government itself, including extensive road building and permanent infrastructure. Economic viability requires these licences to be long-term (in this case 20 years). Under the regulatory licensing system in effect in 1992 in British Columbia, the Province was not entitled to auction off the right to an immediate cut of the entire territory eventually burned over, which is what "auction value" measures. The Provincial regulatory scheme schedules the right to log its forests from year to year and decade to decade in exchange for long-term stability, as well as the economic well-being of communities dependent on a sustainable forest industry. The practical effect is that the Province has tied up its forest assets in such a way as to render the "auction" approach at odds with the Province's own regulatory regime.

It seems to me that in making a claim for lost revenue the Crown is as surely bound by the regulatory regime under the *Forest Act* as are the private operators (who, unlike the Crown, are not in a position to amend it), subject to any special exemption. There are no special exemptions applicable here.

It is therefore not surprising that the Crown's own valuation experts did not support a claim to auction value at trial, but instead focussed on a claim for loss of stumpage revenue over a projected schedule of many years. *The Crown's expert valuation witness expressly abandoned auction value as the legitimate measure of the Crown's loss.* While the initial version of the Deloitte & Touche valuation report suggested in "scenario one" the possibility of auction value, that position was reversed in its subsequent report dated May 13, 1999, in favour of what they called "scenario three", namely the present discounted value of future stumpage value "which would have been obtained [in the normal course] had the [fire] not occurred". The Crown's

exploitants tels que Canfor. Cette dévolution s'opère au moyen d'un système complexe de permis, qui confère au titulaire le droit d'exploiter la forêt à long terme moyennant le paiement de droits de coupe et l'engagement du titulaire à s'acquitter de nombreuses fonctions, dont certaines étaient auparavant exercées par l'État, comme la construction d'un réseau routier et la création de l'infrastructure permanente. La viabilité économique exige des permis à long terme (20 ans en l'espèce). Suivant le système de permis réglementaire en vigueur en Colombie-Britannique en 1992, la province n'avait pas le droit de vendre aux enchères le droit de couper immédiatement tout le bois de la zone qui allait être ravagée par le feu, ce que permet de mesurer la « valeur aux enchères ». La réglementation provinciale fixe la coupe du bois pour les années et les décennies à venir en contrepartie de la stabilité à long terme ainsi que du bien-être économique des collectivités qui dépendent d'une industrie forestière stable. L'effet pratique de ce système est que la province a bloqué ses actifs forestiers de sorte que la méthode des « enchères » est incompatible avec sa propre réglementation.

Il me semble qu'en réclamant pour perte de recettes, la Couronne, sous réserve d'exemption spéciale, est certes liée par les règlements d'application de la *Forest Act* au même titre que les exploitants privés (qui, contrairement à la Couronne, ne peuvent pas les modifier). Aucune exemption spéciale ne s'applique en l'espèce.

Il n'est donc pas étonnant que les propres évaluateurs-experts de la Couronne eux-mêmes n'aient pas, en première instance, défendu la prétention fondée sur la valeur aux enchères, mais qu'ils aient plutôt mis l'accent sur la perte des droits de coupe pendant plusieurs années à venir. *L'expert en évaluation de la Couronne a expressément abandonné l'idée que la valeur aux enchères soit la mesure légitime de la perte de celle-ci.* Bien que la version initiale du rapport d'expertise de Deloitte & Touche propose dans son « premier scénario » la possibilité de la valeur aux enchères, le cabinet a changé sa position dans son rapport postérieur du 13 mai 1999, optant pour ce qu'on a appelé le « troisième scénario », soit la valeur actualisée des

expert, Mr. Reznik of Deloitte & Touche, confirmed in his examination-in-chief at trial his rejection of the “auction” value claim (“scenario one”) in favour of stumpage revenue (called “scenario three”). Mr. Reznik then confirmed on cross-examination that he accepted that the proper approach to be followed was scenario three, i.e., discounted present value of stumpage revenue.

droits de coupe futurs, [TRADUCTION] « qui auraient été obtenus [dans le cours normal des activités] si [l’incendie] n’avait pas eu lieu ». Au cours de son interrogatoire principal à l’instruction, l’expert de la Couronne, M. Reznik du cabinet Deloitte & Touche, a confirmé son rejet de la prétention fondée sur la valeur aux « enchères » (« premier scénario ») en faveur des droits de coupe (ce qu’il a appelé le « troisième scénario »). M. Reznik a ensuite confirmé, au cours de son contre-interrogatoire, qu’il admettait que la bonne méthode d’évaluation était le troisième scénario, soit la valeur actualisée des droits de coupe.

91 Accepting the consensus of the experts, the trial judge ruled against auction value as an appropriate measure of the Crown’s loss as follows (at para. 113):

For the harvestable trees, the plaintiff’s position, but for the fire, would be the receipt of stumpage revenue, as and when the trees were harvested. The plaintiff transferred her “rights” to her trees with, what is now, Timber Licence A40873. The defendant, subject to all necessary permits, acquired the right to harvest the trees. The plaintiff [Province] had a correlative duty not to do so. Therefore, to put her in possession of the stumpage revenue she would have received, is to “put her in the same position as she would have been had the tort not occurred”. [Emphasis added.]

Acceptant le consensus des experts, le juge de première instance a rejeté en ces termes la valeur aux enchères comme méthode d’évaluation de la perte de la Couronne (par. 113) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les arbres récoltables, la situation de la demanderesse, n’eût été l’incendie, aurait été la perception de droits de coupe au moment de la récolte des arbres. La demanderesse a cédé ses « droits » sur ses arbres au moyen de ce qui est maintenant le Permis d’exploitation A40873. Sous réserve de l’obtention de tous les permis nécessaires, la défenderesse a acquis le droit de récolter les arbres. La demanderesse [la province] avait l’obligation corollaire de s’abstenir de les récolter. En conséquence, la mettre en possession des droits de coupe qu’elle aurait touchés équivaut à « la replacer dans la situation où elle se serait trouvée, n’eût été le délit civil ». [Je souligne.]

92 On appeal to the British Columbia Court of Appeal, the Crown reiterated its reliance on a present discounted “stumpage revenue” method (as opposed to “auction value”):

The plaintiff’s [Crown’s] position is that it is entitled to the stumpage it would have received from this [harvestable] timber minus the amount it did receive in reduced stumpage as a result of salvage harvesting which took place in 1993. In order to calculate ‘the amount the Plaintiff would have received had the fire not occurred’ a finding must be made as to the stumpage rate which would have been assessed on the wood located in the Stone Fire Area for each of the years harvesting would have taken place. In addition, an estimate of the volume which would have been harvested in each of those years would also have to be made.

(Canfor, Respondent’s Authorities, Tab 5, p. 23, at para. 74)

Devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, la Couronne s’est encore une fois appuyée sur la méthode des « droits de coupe » actualisés (par opposition à la « valeur aux enchères ») :

[TRADUCTION] La position de la demanderesse [la Couronne] est qu’elle a droit aux droits de coupe qu’elle aurait perçus pour ce bois [à récolter] moins le montant qu’elle a touché sous forme de droits de coupe réduits par suite de la récupération des arbres en 1993. Afin de calculer la « somme que la demanderesse aurait perçue n’eût été l’incendie », il faut déterminer le taux des droits de coupe qui aurait été imposé sur le bois qui se trouvait dans la zone ravagée de Stone [Creek] pour chacune des années pendant lesquelles la récolte aurait eu lieu. En outre, il faudrait faire une estimation du volume de bois qui aurait été récolté pendant chacune de ces années.

(Canfor, Recueil de sources de l’intimée, onglet 5, p. 23, par. 74)

In the circumstances, I do not think it is open to the Crown, unsupported by expert testimony, to pursue “auction value” as the appropriate basis on which to calculate compensation in its appeal to this Court.

C. *The Crown Says the CVP System Provides an Irrelevant “Collateral Source of Income” Which Cannot Properly Be Taken Into Account to Reduce its Compensation*

Once the Province’s claim is restricted to the impact of the fire on its projected revenue stream, its claim becomes impaled on the financial logic of its own forest regulatory regime. This is because the injured party “should be compensated for the full amount of his loss, but no more. . . [H]e is not entitled to turn an injury into a windfall. In each case the task of the Court is to determine as nearly as possible the plaintiff’s actual loss”: *Ratych, supra*, at p. 962 (emphasis added).

Canfor says that the Crown cannot establish any revenue loss from the harvestable areas subject to the CVP stumpage system on various grounds, including the following:

(a) The Province’s increased income from other licences, obtained by modifying their stumpage rates to reflect the “target” rate overall, is the direct result of the fire and should therefore be taken into account in mitigation of the Crown’s damages.

(b) Alternatively, as the CVP system was designed to ensure revenue neutrality to the Province, the “waterbed” effect of the CVP system ensured that the “loss” never occurred, and there is therefore no “loss” to recover from the tortfeasor.

(c) In the further alternative, if the Province collects both higher stumpage rates and

Vu les circonstances, je ne pense pas qu’il soit loisible à la Couronne, sans l’appui de preuve d’expert, de prétendre devant notre Cour que la « valeur aux enchères » constitue le fondement qui convient pour calculer l’indemnité.

C. *La Couronne dit que le système de PVC fournit une « source de revenu accessoire » non pertinente qu’il n’y a pas lieu de prendre en compte pour diminuer son indemnité*

Une fois la demande de réparation de la province limitée à l’incidence de l’incendie sur le flux anticipé des droits de coupe, cette demande se bute à la logique financière de la réglementation forestière de la province. C’est que la personne lésée « devrait être indemnisée intégralement de sa perte, mais sans plus. [. . .] [Elle] n’a toutefois pas le droit de transformer un préjudice en une aubaine. Il incombe au tribunal dans chaque cas de déterminer le plus exactement possible la perte réelle du demandeur » : *Ratych*, précité, p. 962-963 (je souligne).

Canfor affirme que la Couronne ne peut pas prouver de perte de recettes pour ce qui est des zones exploitables assujetties au système de PVC des droits de coupe, et ce pour diverses raisons dont les suivantes :

a) Le revenu additionnel que la province tire des autres permis et qui est produit par la modification des taux de droits de coupe destinée à respecter le taux « cible » général est le résultat direct de l’incendie et doit donc être pris en compte de façon à limiter les dommages-intérêts de la Couronne.

b) Subsidiairement, comme le système de PVC était conçu de manière à éviter la fluctuation des recettes de la province, l’effet « stabilisateur » du système de PVC a fait en sorte qu’il n’y a eu aucune « perte » et que, par conséquent, il n’y a aucune « perte » à recouvrer de l’auteur du délit.

c) Subsidiairement encore, si la province perçoit à la fois des droits de coupe plus élevés

93

94

95

compensation from Canfor for the lower yield in the burned area, it will have obtained double recovery for the same loss.

et une indemnité de Canfor pour le rendement inférieur de l'aire ravagée, elle aura obtenu une double indemnisation.

96

It should first be recognized that the “waterbed” element of the CVP stumpage system affected only a portion of the Crown’s claim. As earlier mentioned, there were three types of timber tenures in the fire area: the Forest Licence, Timber Sale Licences and Woodlot Licences. Only timber harvested from the Forest Licence area was impacted by the CVP system. Approximately 35 percent of the harvested timber from the Stone Creek fire came from this tenure. Accordingly, the Crown’s objection to the operation of the CVP system affects little more than a third of Mr. Gairns’ revenue calculation.

Il convient tout d’abord de reconnaître que l’élément « stabilisateur » du système de PVC des droits de coupe n’a touché qu’une partie de la demande d’indemnité de la Couronne. Comme je l’ai déjà indiqué, il existait trois types de tenures dans la zone ravagée : le permis d’exploitation, le permis d’approvisionnement et les permis de boisés de ferme. Seul le bois récolté conformément à des permis d’exploitation était visé par le système de PVC. Environ 35 pour 100 du bois récolté dans la zone ravagée de Stone Creek provenait de cette tenure. En conséquence, l’opposition de la Couronne à l’application du système de PVC ne concerne qu’un peu plus d’un tiers des recettes calculées par M. Gairns.

97

At the root of this debate is a controversy over what “revenue” is at issue. The trial judge took the view that the relevant frame of reference was the revenue-generating system covering the B.C. Interior Region. That system was a self-contained regulatory unit that was designed to (and did) provide a revenue equivalent to the target rate multiplied by the cubic metres of harvested timber irrespective of the variation in local productivity. The Stone Creek fire was an example of a local variation, but it did not in fact detract from the revenue-generating capacity of the region. In other words, in the trial judge’s view, the shifting of the gains and losses under the CVP in particular areas was a loss-spreading device that operated *before*, not after calculation of the relevant bottom line. Mr. Gairns thus testified in cross-examination:

Cette discussion trouve ses origines dans une controverse au sujet de la nature des « recettes » en cause. D’après le juge de première instance, le cadre de référence pertinent serait le système de génération de recettes appliqué dans le secteur de l’intérieur de la C.-B. Ce système formait une réglementation indépendante visant à générer (et qui a généré) des recettes égales au taux cible multiplié par le nombre de mètres cubes de bois récolté sans égard aux variations de productivité à l’échelle locale. L’incendie de Stone Creek constituait un exemple de variation locale, mais il n’a pas, en fait, réduit la capacité de la région de générer des recettes. Autrement dit, selon le juge de première instance, le transfert des gains et des pertes prévu par le système de PVC dans des secteurs donnés représentait un mécanisme d’étalement des pertes qui jouait *avant*, et non après, le calcul du résultat net pertinent. Voici ce que M. Gairns a dit lors de son contre-interrogatoire :

I was evaluating the effect [of the fire] on Provincial revenues, not the effect on somebody paying stumpage in Stone Creek.

[TRADUCTION] J’ai évalué l’effet [du feu] sur les recettes de la province et non son effet sur une personne qui versait des droits de coupe à l’égard de la zone de Stone Creek.

And later, in the same vein:

Et ensuite, dans le même ordre d’idées :

The difference in the Province's revenue between there being no fire and there being a fire is what I considered to be the economic loss to the Province.

The Crown's experts took a different view on this point. In their view, the relevant frame of reference was limited to the Stone Creek fire area itself. Taking the 1,491 hectare area burned by the fire as a stand-alone revenue-generating unit, they made a calculation of the stumpage value of the timber in that plot pre-fire and post-fire, and calculated a site-specific loss. They then turned to an examination of VI and MVI values under the provincial regulatory scheme to see where "the loss" ended up, and its potential effect on Crown revenues. This allowed the Crown to argue that Canfor should not be allowed to "pass on" the loss to other long-term forest licensees under the regulatory umbrella of the CVP system. In Canfor's view, accepted by the trial judge as a correct reading of the regulatory scheme, the 1,491 hectares did not constitute a stand-alone revenue-generating unit. There was never a "loss" in the *relevant* revenue-generating unit, i.e., the B.C. Interior Region, and therefore nothing to "pass on".

My colleague LeBel J. challenges the finding of fact that the result of the CVP scheme was revenue-neutral. He suggests the trial judge's conclusion "[t]hat the target revenue is maintained as a result [of the CVP "waterbed"] is by no means certain" because the analysis was not carried "to its bitter end" (para. 171 (emphasis deleted)). However, with respect, revenue neutrality was not only asserted by Canfor, and accepted by the trial judge, but was accepted as correct on the facts of this case by both the Crown's factual witness, Mr. Tigchelaar ("The comparative value pricing system, in effect, makes the harvested portion of timber damaged by a forest fire revenue neutral" (emphasis added)), and by the Crown's expert accounting witness (the CVP system "ensures that provincial revenues are not affected by low timber values" (emphasis added)). Revenue neutrality was not merely

[TRANSLATION] En ce qui concerne les recettes de la province, l'écart entre la situation en l'absence de l'incendie et la situation compte tenu de l'incendie représentait pour moi la perte financière de la province.

Les experts de la Couronne ont présenté une position différente sur ce point. Pour eux, le cadre de référence pertinent se limitait à la zone ravagée de Stone Creek elle-même. Considérant l'aire de 1 491 hectares ravagée par le feu comme une unité génératrice de recettes autonome, ils ont calculé la valeur des droits de coupe du bois de ce secteur tant avant l'incendie qu'après, et ils ont calculé une perte dans ce secteur seulement. Puis, ils ont pris en compte les valeurs IV et IVM prévues par la réglementation provinciale afin d'estimer « la perte » et d'évaluer son effet possible sur les recettes de la Couronne. C'est ainsi que la Couronne a pu soutenir qu'il ne fallait pas permettre à Canfor de « transférer » la perte à d'autres titulaires de permis à long terme par application du système de PVC réglementaire. Du point de vue de Canfor, point de vue que le juge de première instance a accepté comme l'interprétation juste de la réglementation, les 1 491 hectares ne formaient pas une unité génératrice de recettes autonome. L'unité génératrice de recettes *pertinente*, soit le secteur de l'intérieur de la C.-B., n'a jamais subi de « perte » et il n'y avait donc rien à « transférer ».

Mon collègue le juge LeBel conteste la conclusion de fait selon laquelle le résultat du régime de PCV n'avait pas de répercussion sur les recettes. Selon lui, c'est parce que le juge de première instance n'a pas poussé son analyse « jusqu'au bout » qu'il a conclu qu'« [i]l n'est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant » en conséquence de l'effet « stabilisateur » du PVC (par. 171 (soulignement supprimé)). J'estime toutefois en toute déférence que l'absence d'incidence sur les recettes n'a pas seulement été invoquée par Canfor et acceptée par le juge de première instance, mais qu'elle a aussi été acceptée comme juste, compte tenu des faits de l'espèce, tant par le témoin qui a exposé ces faits pour la Couronne, M. Tigchelaar ([TRANSLATION] « Effectivement, avec le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative, la récolte du bois endommagé

“presumed”. It was established in evidence as a fact to the satisfaction of the trial judge.

par un feu de forêt n’a pas d’incidence sur les recettes » (je souligne)) que par le comptable expert de la Couronne (le système de PVC [TRADUCTION] « garantit que la moindre valeur du bois n’a pas d’incidence sur les recettes de la province » (je souligne)). L’absence d’incidence sur les recettes n’a pas été simplement « supposée »; la preuve en a été faite à la satisfaction du juge de première instance.

100 In my view, the Court ought not to speculate “to its bitter end” about a factual matter which the parties, on the basis of a consensus among their forensic experts, agree upon, and for *that* reason did not pursue in the evidence. Mr. Gairns, as mentioned, stated categorically that “the Crown’s revenue would not change. That is what [CVP] was for and that’s what it did”.

À mon avis, notre Cour n’est pas tenue de pousser ses suppositions « jusqu’au bout » au sujet d’un fait sur lequel les parties elles-mêmes s’entendent, selon l’opinion unanime de leurs experts judiciaires, et lorsque, pour *cette* raison, ils n’ont pas étoffé davantage la preuve de ce fait. Comme je l’ai mentionné, M. Gairns a affirmé catégoriquement que ce fait [TRADUCTION] « ne modifie pas les recettes de la Couronne. C’est ce que l’on visait et c’est ce que l’on a obtenu ».

101 On the other hand, there were clearly opposing views about the relevancy of the CVP scheme. In the end the trial judge accepted Canfor’s legal analysis of the regulatory system and, keeping that in mind, endorsed Mr. Gairns’ approach to valuation as “more likely to define the money which can put the plaintiff in the same position as she would have been, had the tort not occurred, which is reasonable to both the plaintiff and the defendant” (para. 125).

Par contre, les avis étaient manifestement partagés au sujet de la pertinence du système de PVC. Au bout du compte, le juge de première instance a accepté l’analyse juridique de la réglementation présentée par Canfor et, se basant sur celle-ci, il a souscrit à la méthode d’évaluation préconisée par M. Gairns, estimant qu’elle était [TRADUCTION] « plus susceptible d’établir la somme qui peut replacer la demanderesse dans la situation où elle se serait trouvée n’eût été le délit civil, ce qui est raisonnable tant pour la demanderesse que pour la défenderesse » (par. 125).

102 In my opinion, the trial judge’s analysis of the regulatory system was correct and it was open to him, after hearing the opposing expert approaches, to proceed as he did. Within the limits established by the trial judge’s legal analysis, identification of the appropriate accounting framework is a matter for experts. Mr. Gairns is a professional forestry expert. He has worked in the forest industry since 1955, most recently as President and General Manager of Canada’s largest forestry consulting firm doing work both for government and the private sector. Deloitte & Touche are chartered accountants. While interpretation of the regulations raises issues of law, the law does not dictate an answer to the factual valuation problem on which they were asked to give

À mon avis, le juge de première instance a fait une juste analyse de la réglementation et il lui était loisible, après avoir étudié les méthodes divergentes utilisées par les experts, de trancher comme il l’a fait. Dans les limites de l’analyse juridique effectuée par le juge de première instance, il revient aux experts de définir le cadre comptable approprié. M. Gairns est un expert de la foresterie. Il travaille dans le secteur forestier depuis 1955, actuellement à titre de président et directeur général du plus important cabinet-conseil en foresterie au Canada, remplissant des mandats tant de l’État que de l’entreprise privée. Deloitte & Touche est un cabinet de comptables agréés. Quoique l’interprétation de la réglementation soulève des questions de droit, le droit ne dicte

expert evidence. Expert evidence is not even admissible unless “ordinary people are unlikely to form a correct judgment about it, if unassisted by persons with special knowledge”: *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684. The trial judge was required to choose between conflicting theories of valuation and he did so. His factual findings in this respect are entitled to deference. The Court of Appeal agreed with him.

The assessment of compensable loss is therefore heavily influenced by the regulatory structure which the Province itself designed and implemented. A somewhat similar issue arose in a different regulatory context in *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (F.C.A.). In that case, the Crown contended that the relevant framework for determining airport costs and revenues was on the aggregated basis of its “system” of eight international airports across Canada, including Mirabel. The effect was to impose Mirabel’s deficit on some airlines that never used it. The airlines objected that, according to their experts, the relevant frame of reference for fixing regulatory charges was the individual airport where they *did* land. The Federal Court of Appeal concluded that the federal regulatory scheme had defined the relevant revenue-generating “system” to include all of its international airports, and the trial judge was correct to proceed on that basis. It seems to me that here, as well, it was open to the trial judge to conclude that the Province had defined the B.C. Interior Region as the appropriate frame of reference for revenue purposes, and that Canfor was entitled to rely on the “revenue-neutral” system the Province had implemented. As the trial judge put it during the Crown’s cross-examination of Mr. Gairns:

pas la solution qu’il faut apporter à la question de fait relative à l’évaluation sur laquelle on a demandé une expertise. La preuve d’expert n’est pas même admissible, sauf s’il [TRADUCTION] « est peu probable que des personnes ordinaires puissent former un jugement juste à cet égard sans l’assistance de personnes possédant des connaissances spéciales » : *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, p. 684. Le juge de première instance devait choisir entre des théories opposées en matière d’évaluation et il a fait un choix. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard de ses conclusions de fait sur ce point. La Cour d’appel a accepté son avis.

L’appréciation de la perte indemnisable dépend donc grandement de la réglementation que la province a elle-même élaborée et mise en œuvre. Une question assez semblable s’est posée dans un contexte réglementaire différent dans *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (C.A.F.). Dans cette affaire, la Couronne prétendait que le cadre de référence pertinent pour la détermination des coûts et des revenus des aéroports consistait dans l’assiette globale de son « système » de huit aéroports internationaux au Canada, dont Mirabel. La réglementation avait pour effet de faire supporter le déficit de Mirabel par des compagnies d’aviation qui n’utilisaient jamais cet aéroport. Les compagnies d’aviation ont objecté que, d’après leurs experts, le cadre de référence pertinent pour la fixation des taxes réglementaires était l’aéroport où leurs avions *se posaient*. La Cour d’appel fédérale a conclu que la réglementation fédérale avait défini le « système » générateur de revenus pertinent comme englobant tous ses aéroports internationaux, et que le juge de première instance avait à bon droit fondé son examen sur cet élément. Il m’apparaît qu’en l’espèce aussi, il était loisible au juge de première instance de conclure que la province avait défini le secteur de l’intérieur de la C.-B. comme étant le cadre de référence approprié pour déterminer les recettes, et que Canfor était en droit d’invoquer le système « neutre quant aux recettes » que la province avait mis en place. Comme l’a dit le juge de première instance au cours du contre-interrogatoire de M. Gairns par la Couronne :

THE COURT: . . . As I understand [Mr. Gairns] to be saying, this is the Provincial enterprise and I have plugged my numbers into the Provincial enterprise and this is the result I get. Now, have I misunderstood the evidence?

THE WITNESS [Mr. Gairns]: No, that's exactly right.

104

As stated, the Province, in the course of this lawsuit, has amended the CVP system to exclude fire damage from the "waterbed" computation. The amendment does not prejudice Canfor in this case, but it means that after a future fire the tortfeasor will have to reckon with the Province's revenue structure as he finds it. For present purposes, however, the Crown, like the licence holders, is obliged to apply and live by the statutory scheme in existence in 1992.

105

With these observations, I turn to the Crown's specific arguments on this point, all of which, it seems to me, ignore the regulatory context in which the issue of alleged loss of revenue arises.

1. Mitigation of Damages

106

The law requires a plaintiff to take reasonable steps to mitigate its loss. When mitigation yields a sum of money equal to or greater than the original loss, the plaintiff has made himself whole, and cannot claim further from the defendant. The argument is that the Crown, having successfully recouped its loss under the CVP "waterbed" effect, has no further claim. Hall J.A. accepted the application of the mitigation principle here, relying on the well-known formulation of the principle in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). In that case, the plaintiff, having lost the use of its obsolete generating equipment by reason of a breach of contract, took immediate steps to purchase more efficient generators whereby "all loss was extinguished . . . actually the respondents made a

[TRANSDUCTION] LA COUR : . . . Si je comprends bien ce que [M. Gairns] dit, c'est l'entreprise de la province, j'ai introduit mes chiffres dans l'entreprise de la province et voilà le résultat que j'obtiens. Est-ce que j'ai mal interprété la preuve?

LE TÉMOIN [M. Gairns] : Non, c'est exactement ça.

Comme il a été indiqué ci-dessus, la province a, au cours de la présente instance, modifié le système de PVC de façon à exclure du calcul en fonction de l'effet « stabilisateur » le dommage causé par le feu. La modification n'a pas lésé Canfor dans la présente espèce, mais cela signifie qu'à l'avenir, après un incendie, l'auteur de la faute devra tenir compte de la structure des recettes de la province telle qu'elle existe. Pour les besoins du présent pourvoi, cependant, la Couronne, comme les titulaires de permis, est obligée d'appliquer et de respecter le régime prévu par la loi applicable en 1992.

Compte tenu de ces observations, j'aborde maintenant les arguments précis de la Couronne sur ce point, lesquels, il me semble, ne prennent pas en considération le contexte réglementaire dans lequel se pose la question de la perte de recettes alléguée.

1. Limitation du préjudice

Le droit oblige le demandeur à prendre des mesures raisonnables pour limiter sa perte. Si ces mesures produisent une somme égale ou supérieure au montant initial de la perte, le demandeur a récupéré la somme qu'il avait perdue et ne peut rien réclamer au défendeur. Canfor fait valoir que la Couronne, ayant recouvré sa perte grâce à l'effet « stabilisateur » du PVC, ne peut plus rien demander. Le juge Hall a accepté l'application du principe de la limitation du préjudice en l'espèce, s'appuyant sur la formulation bien connue qui a été faite du principe dans *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Dans cette affaire, la demanderesse, qui avait perdu l'usage de son matériel désuet de production d'électricité par suite d'une rupture de contrat, a immédiatement pris des mesures pour

profit by the course they took” (p. 688). In these circumstances, Viscount Haldane observed, at pp. 690-91:

The subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business.

. . .

The transaction was not *res inter alios acta*, but one in which the person whose contract was broken took a reasonable and prudent course quite naturally arising out of the circumstances in which he was placed by the breach.

The *British Westinghouse* principle of mitigation has been extended to tort claims: *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.); *Bellingham v. Dhillon*, [1973] Q.B. 304 (C.A.); *1874000 Nova Scotia Ltd. v. Adams* (1997), 146 D.L.R. (4th) 466 (N.S.C.A.); and S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4th ed. 2004), at para. 15.730. Waddams summarizes the effect of the mitigation cases, at para. 15.800:

These considerations suggest what seems to be a test often applied, that is, whether the plaintiff could, even in the absence of the wrong, have made the disputed profit. If so, it is treated as collateral. If not, it goes to reduce the plaintiff’s loss.

See also *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

If mitigation principles were applicable here, I would agree with Hall J.A. that the CVP “water-bed” effect would have to be taken into account because, to paraphrase Viscount Haldane in *British Westinghouse*, *supra*, the CVP adjustment arose out

acheter des génératrices plus performantes de sorte que [TRADUCTION] « toute perte a été effacée [. . .] en fait, les intimées ont réalisé un bénéfice grâce aux moyens qu’elles ont pris » (p. 688). Vu les circonstances, le vicomte Haldane a fait observer ce qui suit aux p. 690-691 :

[TRADUCTION] Si l’on doit prendre en considération l’opération ultérieure, il faut qu’elle résulte des conséquences de l’inexécution et se situe dans le cours normal des affaires.

. . .

L’opération n’était pas *res inter alios acta*, mais une opération qui constituait, pour la personne dont le contrat avait été rompu, une démarche raisonnable et prudente découlant tout naturellement de la situation dans laquelle la rupture l’avait mise.

L’application du principe de limitation du préjudice énoncé dans *British Westinghouse* a été élargie aux réclamations en responsabilité civile délictuelle : *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.); *Bellingham c. Dhillon*, [1973] Q.B. 304 (C.A.); *1874000 Nova Scotia Ltd. c. Adams* (1997), 146 D.L.R. (4th) 466 (C.A.N.-É.); et S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4^e éd. 2004), par. 15.730. Waddams résume l’effet de la jurisprudence en matière de limitation du préjudice, au par. 15.800 :

[TRADUCTION] Ces considérations indiquent ce qui semble être un critère souvent appliqué, à savoir si le demandeur aurait pu, même en l’absence de faute, réaliser le bénéfice contesté. Dans l’affirmative, celui-ci est tenu pour accessoire. Dans la négative, il réduit la perte du demandeur.

Voir également *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

Si les principes régissant la limitation étaient applicables en l’espèce, je souscrirais à l’opinion du juge Hall selon laquelle l’effet « stabilisateur » du PVC doit être pris en compte parce que, pour paraphraser le vicomte Haldane dans *British*

of the consequences of Canfor's negligence and was made in the ordinary course of business. Or, in Professor Waddams' terms, the increased revenue obtained by the Crown from licensees outside the Stone Creek area under the operation of the CVP could not have been received by the Province but for the fire.

109

However, I agree with the majority of the Court of Appeal that it is difficult to frame this case in terms of mitigation. The most important contextual fact is the regulatory system. We are not determining whether a source of private revenue is collateral to, as opposed to "directly arising" from, the wrong. Mr. Gairns' testimony was that the CVP stumpage system was designed to ensure that the loss was never incurred. If there was no revenue loss, there was nothing to mitigate. A variant of the idea that the Crown never wins and the Crown never loses was incorporated into the regulatory system itself. There was no "loss" subject to after-the-fact mitigation in the sense contemplated in *British Westinghouse*.

2. The "Passing-on" Objection

110

At this point, it is convenient to mention the related "passing-on" argument made by the Crown.

111

Almost any business will have to "pass on" the impact of a business loss to its clients or customers. It is not generally open to a wrongdoer to dispute the existence of a loss on the basis it has been "passed on" by the plaintiff. Such an argument would require the court to engage in "the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result": see *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), *per* Holmes J., at p. 534; *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), at pp. 430-33; *Attorney-General for Nova Scotia v. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742 (S.C. App. Div.), at p. 752. However, if no revenue loss was

Westinghouse, précité, le rajustement du PVC résultait des conséquences de la négligence de Canfor et s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Ou, pour reprendre les propos du professeur Waddams, le supplément de recettes que la Couronne a perçu des titulaires de permis à l'extérieur de la région de Stone Creek par application du PVC n'aurait pu être obtenu par la province n'eût été l'incendie.

Toutefois, je souscris au point de vue des juges majoritaires de la Cour d'appel selon lequel il est difficile de considérer la présente espèce comme une affaire où intervient la limitation du préjudice. La réglementation constitue le fait le plus important dans le contexte. Nous ne sommes pas appelés à déterminer si une source de revenus privée est accessoire à la faute plutôt que « le résultat direct » de celle-ci. M. Gairns a témoigné que le système de PVC des droits de coupe était conçu pour garantir qu'il n'y ait jamais de perte. S'il n'y avait pas de perte de recettes, il n'y avait rien à limiter. Une variante de la notion suivant laquelle la Couronne ne gagne ni ne perd jamais a été incorporée dans la réglementation elle-même. Il n'y avait pas de « perte » susceptible de limitation après le fait dans le sens où la Chambre des Lords l'entendait dans *British Westinghouse*.

2. L'objection concernant le « transfert de la perte »

À ce point, il convient de s'arrêter à l'argument connexe avancé par la Couronne relativement au « transfert de la perte ».

Presque toutes les entreprises doivent « transférer » leurs pertes à leurs clients. Il n'est généralement pas loisible à l'auteur d'une faute de contester l'existence d'une perte au motif qu'elle a été « transférée » par le demandeur. Pareil argument obligerait la cour à entreprendre [TRADUCTION] « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu'à son aboutissement ultime » : voir *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), le juge Holmes, p. 534; *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), p. 430-433; *Attorney-General for Nova Scotia c. Christian* (1974), 49 D.L.R. (3d) 742 (C.S., Div. app.), p. 752.

suffered in the first place, no loss was “passed on”, and the whole “passing-on” concept is irrelevant.

My colleague LeBel J. accepts the Crown’s argument that it need only establish loss “in the proximate sense. The courts need not”, my colleague continues, “go on to consider whether the plaintiff was able to recoup his or her losses by accessing other sources of revenue or exercising contractual or statutory rights” (para. 197). With respect, the Crown overlooks the difficulty that it failed to prove *any* loss in a “proximate sense” or otherwise. The courts below correctly concluded that the regulatory scheme was “revenue neutral”. There was no loss expected and none arose. The Crown cannot ignore the actual operation of the regulatory scheme when the selfsame regulatory scheme defines the Crown’s claim to lost stumpage which the experts agreed was the correct measure of its damages.

Moreover, even where a “proximate” loss is established, the courts routinely go on to consider whether a plaintiff can recoup the loss by accessing “other sources of revenue or exercising contractual . . . rights”. Contractual entitlements under collective agreements (*Ratych, supra; Cunningham, supra*), sick pay (*Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.)), private pension plans, CPP payments and other benefits discussed by my colleague LeBel J., at paras. 187 to 190, are all common instances where such consideration is given. The issue is thus not whether “other sources of revenue” can be taken into account, but whether there has been a proper analysis of the relationship between those other sources and “the loss” alleged by the plaintiff. Here the operation of the CVP is part and parcel of the pricing/revenue provisions of a legislative scheme which collectively define the Province’s entitlement.

Toutefois, si aucune perte de recettes n’a été subie, aucune n’a été « transférée » et toute notion de « transfert de la perte » devient non pertinente.

Mon collègue le juge LeBel accepte l’argument de la Couronne selon lequel le demandeur n’a à prouver que la perte représentant « une conséquence immédiate » du délit. Mon collègue ajoute ce qui suit : « Les tribunaux n’ont pas à examiner si le demandeur a pu recouvrer ses pertes grâce à d’autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ou conférés par la loi » (par. 197). En toute déférence, la Couronne oublie une difficulté : elle n’a fait la preuve d’*aucune* perte, qu’elle soit ou non « une conséquence immédiate » d’un délit. Les tribunaux inférieurs ont conclu avec raison que la réglementation [TRADUCTION] « n’a[vait] pas d’incidence sur les recettes ». On ne pouvait s’attendre à aucune perte et il n’y en a pas eu. La Couronne ne peut faire abstraction de l’effet véritable de la réglementation alors que cette même réglementation précise le droit de la Couronne de réclamer les droits de coupe perdus qui sont, comme les experts en conviennent, la juste mesure de son préjudice.

De plus, même si une perte « immédiate » est établie, les tribunaux examinent couramment si un demandeur peut recouvrer ses pertes « grâce à d’autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ». Les droits contractuels prévus aux conventions collectives (*Ratych*, précité; *Cunningham*, précité), les indemnités de maladie (*Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.)), les paiements provenant d’un régime de retraite privé, les allocations versées en vertu du RPC et les autres prestations que mentionne mon collègue le juge LeBel, aux par. 187 à 190, illustrent tous des cas où l’on envisage cette possibilité. Il ne s’agit donc pas de déterminer si « d’autres sources de revenu » peuvent être prises en compte, mais si l’on a analysé comme il se doit le rapport entre ces autres sources et « la perte » que fait valoir le demandeur. En l’espèce, l’application du PVC est un élément essentiel des dispositions relatives à l’établissement des prix et des recettes, et ces dispositions sont prévues à la réglementation qui définit globalement les droits de la province.

112

113

114 The principle embodied in the CVP that the Crown neither wins nor loses works, of course, in both directions. If the fire had not occurred, the higher stumpage rates that would have been received in the burn area would not have enured to the benefit of the Crown. They would have enured to other forest operators (including Canfor's other logging operations) in the B.C. Interior Region. The Crown's revenue entitlement stood above the fray in both good times and bad. Irrespective of the CVP swaps of VI advantages and VI disadvantages amongst forest licensees, the Crown would still have received from the B.C. Interior Region no more and no less than the "target rate" multiplied by the volume of timber logged in the region.

115 As the "passing-on" defence does not properly arise on the facts of this case there is no need to discuss it further.

3. The Loss Never Arose

116 The necessary inference from the trial judge's analysis of the Crown's revenue entitlement under the regulatory system in place in 1992, and his acceptance of Mr. Gairns' testimony, is that no loss arose in the first place. In *McGregor on Damages* (17th ed. 2003), at para. 7-097, the author says that cases of "no loss" are excluded from consideration under mitigation principles: "it may be that the benefit provided by the act of the third party prevents the loss from arising in the first place rather than reduces or eliminates a loss already incurred" (see *Ratych, supra*, at p. 981; and *Cunningham, supra*, at pp. 396 and 401, *per* Cory J., and at pp. 384-85, *per* McLachlin J.). In this case, of course, it was the action of the Province itself, in putting in place a regulatory scheme to help resolve the softwood lumber dispute with the U.S. that assured that its revenue was protected against updrafts as well as downdrafts.

4. The Rule Against Double Recovery

117 In light of the trial judge's acceptance of Mr. Gairns' testimony, the Crown's tactic to isolate the

Le principe intégré au PVC selon lequel la Couronne ne fait ni perte ni gain joue, bien entendu, dans les deux sens. N'eût été l'incendie, la Couronne n'aurait pas tiré profit des droits de coupe plus élevés perçus dans le secteur ravagé. Ces droits auraient profité à d'autres exploitants (dont Canfor pour ses autres opérations de coupe) dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. La Couronne avait droit à un flux de recettes uniforme sans égard aux aléas. Peu importe la fluctuation des IV du système de PVC alternativement avantageux et désavantageux pour les titulaires de permis d'exploitation, la Couronne aurait tout de même perçu dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. ni plus ni moins que le « taux cible » multiplié par le volume de bois récolté dans le secteur.

Comme les faits de l'espèce ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur le transfert des pertes, il n'est pas nécessaire de l'examiner plus à fond.

3. La perte ne s'est jamais matérialisée

Ce qu'il faut nécessairement inférer de l'analyse du juge de première instance en ce qui a trait au droit de la Couronne de percevoir des recettes suivant la réglementation en vigueur en 1992, ainsi que de son acceptation du témoignage de M. Gairns, c'est qu'il n'y a eu aucune perte. Dans *McGregor on Damages* (17^e éd. 2003), par. 7-097, l'auteur affirme que l'examen des principes en matière de limitation du préjudice est exclu dans les cas où il n'y a eu [TRADUCTION] « aucune perte » : « il se peut que l'effet bénéfique de l'acte du tiers prévienne une perte, au lieu de réduire ou de supprimer une perte déjà subie » (voir *Ratych*, précité, p. 981; et *Cunningham*, précité, le juge Cory, p. 396 et 401, et la juge McLachlin, p. 384-385). Dans le présent pourvoi, bien entendu, c'est la mesure prise par la province elle-même, lorsqu'elle a mis en place une réglementation destinée à résoudre le différend commercial sur le bois d'œuvre résineux avec les États-Unis, qui a fait en sorte que ses recettes soient protégées contre les fluctuations positives ou négatives.

4. La règle interdisant la double indemnisation

Étant donné que le juge de première instance a accepté le témoignage de M. Gairns, la tactique de

Stone Creek fire area from the regulatory region of which it forms a part, must be rejected as an attempt to construct a financial loss that was not in fact suffered. Some of the testimony evidencing agreement among the experts on this point has already been mentioned. Thus, Mr. Gairns noted in his report of March 5, 1999:

This [CVP] process was introduced into stumpage pricing to ensure that responses by the Ministry of Forests to verifiable local high costs, or low timber values, would not affect Provincial revenues. [Emphasis added.]

Similarly, Deloitte & Touche, for the Crown, explained in the May 13, 1999 report that if CVP is taken into account the fire did not affect provincial revenues:

[T]he [Mean Value Index] is lowered by inclusion of any low-value or fire salvage timber. A lowered MVI increases each cutting permit stumpage rate to compensate for the volume of low price timber harvested previously. This ensures that provincial revenues are not affected by low timber values. [Emphasis added.]

It is therefore clear that if the Crown were permitted to ignore its own regulatory system, and calculate a “notional” loss by treating the Stone Creek fire area in isolation, it would by collection of that amount exceed the revenue otherwise intended to be collected by its own regulatory scheme and to that extent make a windfall rather than receive fair compensation for a proven loss.

D. *The Crown Says It Is Entitled to the Commercial Value of the Non-Harvestable or Protected Trees, Plus a Premium for Their Environmental Value. Canfor Says Such Trees Were Never Intended to Be Logged, and Thus Their Destruction Did Not Represent a Loss of Stumpage Income, Which Is All That the Crown, as Property Owner, Was Entitled To.*

As indicated earlier, the issue of the Crown’s authority to seek damages on behalf of the public

la Couronne consistant à isoler la zone ravagée de Stone Creek du secteur réglementé dont elle fait partie doit être rejetée parce qu’elle constitue une tentative de créer une perte financière qu’elle n’a pas subie. J’ai déjà fait état des témoignages montrant que les experts sont unanimes sur ce point. Ainsi, M. Gairns a fait remarquer ce qui suit dans son rapport du 5 mars 1999 :

[TRADUCTION] Ce processus [le PVC] a été introduit dans la fixation des prix du bois pour faire en sorte que les corrections apportées par le ministère des Forêts pour tenir compte des coûts plus élevés constatés à certains endroits ou de la faible valeur du bois n’influent pas sur les recettes de la province. [Je souligne.]

De la même façon, les experts de Deloitte & Touche retenus par la Couronne ont expliqué dans leur rapport du 13 mai 1999 que si l’on tient compte du PVC, l’incendie n’a pas influé sur les recettes de la province :

[TRADUCTION] [L’inclusion de tout bois de faible valeur ou de tout bois récupéré après un incendie abaisse l’[indice de valeur moyen]. Un IVM plus bas augmente le taux des droits de coupe de chaque permis de coupe pour compenser le volume de bois de faible valeur récolté antérieurement. De la sorte, les recettes de la province ne seront pas touchées par les faibles valeurs du bois. [Je souligne.]

Il est donc clair que si l’on permettait à la Couronne de faire fi de sa propre réglementation et de calculer une perte « théorique » en prenant isolément la zone ravagée de Stone Creek, elle toucherait, avec cette somme, des recettes supérieures à celles qu’elle était censée percevoir en vertu de sa propre réglementation et, dans cette mesure, elle obtiendrait un paiement injustifié au lieu de recevoir une juste indemnisation de la perte prouvée.

D. *La Couronne affirme qu’elle a droit à la valeur marchande des arbres réservés ou protégés et à une indemnité additionnelle pour leur valeur environnementale. Canfor dit que la coupe de ces arbres n’était pas envisagée et que leur destruction ne représentait donc pas une perte des droits de coupe, soit tout ce à quoi la Couronne avait droit à titre de propriétaire foncier.*

Comme je l’ai déjà indiqué, la question de savoir si la Couronne peut demander des

for environmental damage remains open for decision in a future appeal.

120 This leaves for discussion in this case whether the Crown as *landowner* can recover compensation equivalent to stumpage on the non-harvestable or protected trees and, if so, whether such damage can be measured by commercial value and, in the further alternative, whether (as discussed in the next section of these reasons) there should be added a premium over and above commercial value to reflect lost environmental benefits. As will be seen, the environmental “premium” issue is not really invoked by the Crown as an *ordinary* landowner, but contains strong overtones of its disputed role as *parens patriae*.

121 The Crown says that commercial value should be the floor of potential compensation. After all, trees that were protected were *capable* of being harvested, albeit in some areas at a cost that was totally uneconomic. The Crown says that if it had not valued the trees as worth more for their environmental value than as harvested lumber, the trees would have been harvested. On this first branch of the argument, therefore, the Crown says protected or non-harvestable trees should be valued as worth *at least* as much as harvestable trees. After all, the salvaged timber from the fire-damaged protected trees *did* produce stumpage revenue at the established commercial rate.

122 Thus, Mr. Tigchelaar, Prince George fire centre manager for the Province, testified:

... the value of [the trees in] the ES area, environmentally sensitive area, would be greater than the value of stumpage. ... [I]f it wasn't, it wouldn't have been left in reserve. So it had a greater value to be left standing than being cut.

123 I accept in principle that in setting aside environmentally sensitive areas the Province concluded that the protected trees “had a greater value ...

dommages-intérêts au nom du public pour un dommage environnemental devra être tranchée dans un futur pourvoi.

Il reste donc en l'espèce à se demander si la Couronne peut, *en qualité de propriétaire foncier*, recouvrer une indemnité équivalant aux droits de coupe relatifs aux arbres réservés ou protégés et, dans l'affirmative, si ce dommage correspond à la valeur marchande et, subsidiairement (comme nous allons le voir dans la prochaine section des présents motifs), si une indemnité additionnelle doit être ajoutée à la valeur marchande pour refléter la perte d'avantages environnementaux. Comme nous le verrons, la question de « l'indemnité additionnelle » au titre de l'environnement n'est pas vraiment soulevée par la Couronne à titre de propriétaire foncier *ordinaire*, mais elle se rattache fortement à sa qualité, par ailleurs contestée, de *parens patriae*.

Selon la Couronne, la valeur marchande représente le montant minimal de l'indemnisation éventuelle. Après tout, les arbres qui étaient protégés étaient *susceptibles* d'être récoltés, quoique dans certaines aires les coûts de récolte auraient rendu l'opération absolument non rentable. La Couronne affirme que, si elle n'avait pas estimé que la valeur environnementale des arbres était supérieure à leur valeur comme arbres récoltables, ceux-ci auraient été récoltés. Sur ce premier volet de l'argument, la Couronne soutient donc qu'il faut attribuer aux arbres protégés ou réservés une valeur *au moins* aussi élevée que celle des arbres récoltables. Après tout, le bois récupéré des arbres protégés endommagés par le feu *a de fait* rapporté des droits de coupe au taux commercial établi.

M. Tigchelaar, directeur du centre des incendies provincial de Prince George, a affirmé ce qui suit dans son témoignage :

[TRADUCTION] ... la valeur [des arbres] dans la ZES, la zone écosensible, est plus grande que celle du bois d'abatage. [...] [S]i elle ne l'était pas, les arbres n'auraient pas été réservés. Ils avaient donc une valeur plus grande sur pied que coupés.

J'accepte en principe qu'en établissant des zones écosensibles, la province a conclu que les arbres protégés [TRADUCTION] « avaient [...] une valeur

left standing than being cut”. I also accept that the Crown should not be penalized for acting with “ecological and environmental sanity” (para. 130). On the contrary, “the fact that the owner of property does not desire to use it, or to use it to the best economic advantage, has not meant that its value is less than it would be in the hands of one who regarded it differently”: *Bilambil-Terranora Pty Ltd. v. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465 (C.A.), at para. 113. See also S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at para. 1.1410.

Hall J.A. considered that it would be “out of accord with commercial reality” (para. 65) to assess the value of protected trees according to the marketplace because there is no relevant marketplace. However, if we accept as correct (as I do) the Crown’s invitation to look at a “floor value” of protected trees on a “commercial basis”, it still does not result in an award of damages on the facts of this case. We are simply brought back to the evidence of commercial valuation provided by the contending experts on the basis of lost stumpage. The trial judge found there was *no* lost stumpage revenue from the totality of the timber that *included* the trees in the environmentally sensitive areas, both trees growing on “steep, sensitive slopes” in the Stone Creek area, and trees growing in “riparian areas” along watercourses, including Stone Creek.

1. Steep, Sensitive Slopes

In their initial report dated February 5, 1999, the Crown’s experts, Deloitte & Touche, did not assign a commercial value to trees growing on the “steep, sensitive sites” because the inaccessibility of these trees meant the cost of logging would be prohibitive. The Crown experts thus acknowledged that the Province would not in any event have received any stumpage from these trees.

Canfor’s expert, on the other hand, actually calculated 1992 stumpage rates for the timber on “steep, sensitive sites”, based on the use of

plus grande sur pied que coupés ». J’accepte en outre que la Couronne ne devrait pas être pénalisée pour avoir agi suivant le [TRADUCTION] « bon sens sur les plans écologique et environnemental » (par. 130). Au contraire, [TRADUCTION] « le fait que le propriétaire foncier ne veuille pas faire usage de son bien-fonds ou ne veuille pas en faire l’usage le plus rémunérateur ne signifie pas que le bien vaut moins qu’il ne vaudrait entre les mains d’un propriétaire qui l’envisage différemment » : *Bilambil-Terranora Pty Ltd. c. Tweed Shire Council*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 465 (C.A.), par. 113. Voir aussi S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), par. 1.1410.

Le juge Hall a estimé qu’il était [TRADUCTION] « contraire à la réalité commerciale » (par. 65) d’apprécier la valeur des arbres protégés en fonction du marché étant donné qu’il n’y a pas de marché pertinent. Toutefois, si nous acceptons (ce que je fais) de considérer la « valeur marchande » comme la valeur « minimale » des arbres réservés, comme le souhaite la Couronne, l’octroi de dommages-intérêts n’est toujours pas, compte tenu des faits en l’espèce, le résultat qui s’impose. Cela nous ramène simplement à la preuve de la valeur commerciale que présentent les expertises divergentes fondées sur la perte des droits de coupe. Le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait eu *aucune* perte de droits de coupe à l’égard du bois qui *incluait* les arbres des zones écosensibles, tant les arbres en « terrain escarpé vulnérable » dans la zone de Stone Creek que les arbres des « aires riveraines » sur les rives des cours d’eau, y compris celles de Stone Creek.

1. Terrains escarpés vulnérables

Dans leur rapport initial du 5 février 1999, les experts de la Couronne du cabinet Deloitte & Touche n’ont pas accordé de valeur marchande aux arbres des « terrains escarpés vulnérables » parce que l’inaccessibilité de ces peuplements rendait le coût de l’abattage prohibitif. Ces experts ont donc reconnu que, de toute façon, la province n’aurait pas perçu de droits de coupe sur ces arbres.

À l’opposé, l’expert de Canfor a effectivement calculé les droits de coupe pour 1992 à l’égard du bois qui se trouvait « en terrain escarpé

124

125

126

helicopter logging methods. The cost of logging so much exceeded the value of the harvested timber as to produce, notionally, *negative* stumpage rates ranging between *minus* \$14.72 and *minus* \$17.42 per cubic metre of timber.

127 Commercial logging of steep, sensitive slopes would have been uneconomic. The attempt to apply “commercial value” to such trees would not, according to Mr. Gairns, have produced additional revenue for the Crown.

128 The Crown argued, and my colleague LeBel J. agrees, that “[t]he stumpage value of nearby, unprotected trees can serve as a proxy for the value of the destroyed trees on the steep, sensitive slopes” (para. 227). The Crown’s approach, however, ignores the expert evidence accepted by the trial judge that it was precisely the cost of extracting trees from the “steep, sensitive slopes” that gave them a negative commercial value. “[N]earby, unprotected trees” were in a more accessible location, and were therefore more profitable to cut, and therefore, unlike the trees on the steep slopes, had a positive commercial value. I do not accept the Crown’s attempt to use as a “proxy” the value of trees that, according to the expert evidence, are simply not comparable from a commercial perspective.

2. Riparian Areas

129 The Province permitted logging in riparian areas in 1992 despite the trial judge’s concern about ecological and environmental sanity.

130 Deloitte & Touche, the Crown’s experts, made a notional stumpage calculation on the basis the trees in these areas would have been harvested based on the same allocation and timing as the timber in surrounding areas. Mr. Gairns also included in his March 5th report “the areas in the riparian areas because they would have been harvested under 1992

vulnérable », selon les méthodes de récolte par hélicoptère. Le coût de l’abattage dépassait à tel point la valeur du bois récolté qu’il aurait donné, théoriquement, des taux de droits de coupe *négatifs* allant de *moins* 14,72 \$ à *moins* 17,42 \$ le mètre cube de bois.

L’exploitation commerciale des terrains escarpés vulnérables n’aurait pas été rentable. La tentative d’application de la « valeur marchande » à ces arbres n’aurait pas produit de recettes additionnelles pour la Couronne, d’après M. Gairns.

La Couronne a fait valoir, et mon collègue le juge LeBel accepte cet argument, que « [l]a valeur des droits de coupe établie à l’égard des arbres récoltables dans les aires voisines peut être indicateur de la valeur des arbres détruits qui se trouvaient en terrain escarpé vulnérable » (par. 227). Dans la démarche qu’elle préconise cependant, la Couronne fait abstraction des témoignages des experts acceptés par le juge de première instance et selon lesquels c’est précisément le coût d’extraction des arbres « en terrain escarpé vulnérable » qui donnait à ces arbres une valeur marchande négative. Les « arbres récoltables dans les aires voisines » étaient plus accessibles et, donc, plus rentables et par conséquent, contrairement aux arbres en terrain escarpé, ils avaient une valeur marchande positive. Je n’accepte pas la tentative de la Couronne d’utiliser comme « indicateur » la valeur d’arbres qui, selon les experts, ne sont simplement pas comparables d’un point de vue commercial.

2. Aires riveraines

En 1992, la province permettait l’exploitation forestière dans les aires riveraines même si le juge de première instance s’est demandé si cette exploitation était sensée sur les plans écologique et environnemental.

Les experts de la Couronne, le cabinet Deloitte & Touche, ont fait un calcul théorique des droits de coupe en supposant que les arbres de ces aires auraient été récoltés selon la même répartition et le même calendrier que le bois des aires voisines. M. Gairns a lui aussi inclus dans son rapport du 5 mars [TRADUCTION] « les aires riveraines, étant donné

rules”. The trial judge therefore had before him conflicting evidence about “the commercial value” of the protected trees in the riparian areas. He accepted Mr. Gairns’ calculations, already discussed, which showed that any loss in the commercial value of expected stumpage revenue was more than offset by the receipt of accelerated payments for the immediate harvest of salvage timber. There was no revenue shortfall. This is not to say that stumpage money is a satisfactory substitute for forest areas preserved for environmental purposes. It is merely to say that if the Crown wishes to assert *commercial* value as a benchmark, a finding by the trial judge that in fact there was no *commercial* loss precludes an award of damages on that basis: *Ratych, supra*, at p. 981.

E. *The Crown’s Claim to an Environmental Premium With Respect to the Non-Harvestable Trees*

The Crown sought commercial value of the non-harvestable trees plus a premium of 20 percent, which the Crown concedes is “necessarily somewhat arbitrary”, but is said to be “on the low end of the reasonable range”. The claim thus formulated would value the loss of the protected trees at \$1,481,452.79 (auction value) or \$736,352.53 (stumpage value).

The provincial Crown’s position is supported by the federal Crown, who argues that excessive focus on market values is inappropriate when attempting to assess and quantify damages to the environment (quoting *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (D.C. Cir. 1989), at pp. 462-63):

While it is not irrational to look to market price as *one* factor in determining the use value of a resource, it is unreasonable to view market price as the *exclusive* factor, or even the predominant one. From the bald eagle to the blue whale and snail darter, natural resources have

que le bois y aurait été récolté suivant les règles de 1992 ». Le juge de première instance disposait donc de preuves contradictoires quant à la « valeur marchande » des arbres protégés dans les aires riveraines. Il a accepté les calculs de M. Gairns expliqués ci-dessus, qui montraient que toute perte de la valeur marchande des droits de coupe anticipés était plus que compensée par la perception de versements anticipés pour la récolte immédiate du bois récupéré. Il n’y avait pas de manque à gagner. Ce qui ne veut pas dire que la somme tirée des droits de coupe soit un substitut satisfaisant pour les aires forestières réservées à des fins environnementales. Cela veut simplement dire que, si la Couronne souhaite s’appuyer sur la valeur *marchande* comme point de référence, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’y a eu aucune perte *commerciale* empêche d’accorder des dommages-intérêts à ce titre : *Ratych*, précité, p. 981.

E. *La demande d’indemnité additionnelle pour le préjudice environnemental présentée par la Couronne à l’égard des arbres réservés*

La Couronne a réclamé la valeur marchande des arbres réservés plus une indemnité additionnelle de 20 pour 100 qui, a-t-elle concédé, est [TRADUCTION] « nécessairement un peu arbitraire », mais qui serait « un minimum raisonnable ». La demande ainsi formulée fixerait la valeur de la perte des arbres protégés à 1 481 452,79 \$ (valeur aux enchères) ou à 736 352,53 \$ (la valeur des droits de coupe).

La position de la Couronne du chef de la province est appuyée par la Couronne du chef du Canada, qui soutient qu’il n’est pas approprié d’accorder une importance exagérée à la valeur marchande dans l’appréciation et la quantification des dommages environnementaux (repris de *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, 880 F.2d 432 (D.C. Cir. 1989), p. 462-463) :

[TRADUCTION] Bien qu’il ne soit pas contre la logique de prendre en considération la valeur marchande pour évaluer une ressource, il est déraisonnable de tenir la valeur marchande pour le facteur *exclusif* ou même le facteur prédominant. De l’aigle à tête blanche au rorqual bleu

values that are not fully captured by the market system. [Emphasis in original.]

133 Canfor agrees that claims for environmental loss are possible but says the Crown's claim in this case is grounded neither in the pleadings nor in the evidence. I conclude that Canfor's objection in these respects is well founded.

134 In terms of pleading, the provincial Crown rested its entire case for environmental loss on an added claim in its Further Amended Statement of Claim for compensation for "diminution of the value of the timber impacted by the Stone Fire". No linkage is drawn in the pleadings to, for example, fish habitat or biodiversity.

135 The Crown's basic proposition that our environment is an asset of superordinate importance that cannot precisely be quantified by its market value is not seriously disputed. The Ontario Law Reform Commission made the point as follows:

Many writers in the environmental field state that the market price, even if it existed, cannot be considered an adequate proxy for the true economic value of an environmental resource. Adherence to the market value technique, it is argued, seriously undervalues the true worth of the environmental resource, results in a low assessment of damages, and leaves injuries largely uncompensated. . . . As one American author stated, the "value of the famous Lone Cypress of Monterey Peninsula cannot be reduced to its price as lumber".

(*OLRC Report, supra*, at pp. 37-38)

136 Even Mr. Gairns acknowledged that "nobody in their right mind would value Stanley Park on the basis of stumpage revenue that could be obtained from the trees".

137 Canfor argues the Court of Appeal was wrong, at paras. 74-75, to infer from what the trial judge said at para. 130 about "ecological and environmental sanity" that he was making a finding of actual

et au poisson-escargot, les ressources naturelles ont une valeur que le régime de marché ne peut refléter pleinement. [En italique dans l'original.]

Canfor reconnaît que les demandes d'indemnité pour perte environnementale sont possibles, mais dit que la réclamation de la Couronne en l'espèce est dénuée de fondement tant au regard des actes de procédure qu'au regard de la preuve. Je conclus que cette prétention de Canfor est bien fondée.

Dans les actes de procédure, la Couronne du chef de la province a fait reposer toute sa demande relative à la perte environnementale sur une réclamation, ajoutée par sa déclaration re-modifiée, d'une indemnité pour la [TRADUCTION] « diminution de la valeur du bois touché par l'incendie de Stone [Creek] ». Les actes de procédure n'établissent aucun lien avec, par exemple, l'habitat du poisson ou la biodiversité.

L'argument de base de la Couronne, selon lequel notre environnement est un bien d'importance supérieure qui ne saurait se mesurer exactement par sa valeur marchande, n'est pas sérieusement contesté. La Commission de réforme du droit de l'Ontario l'a souligné en ces termes :

[TRADUCTION] Nombre d'auteurs dans le domaine de l'environnement affirment que la valeur marchande, quand il en existe une, ne saurait être considérée comme un juste indicateur de la véritable valeur économique du patrimoine naturel. L'adhésion à la méthode de la valeur marchande, selon eux, sous-estime gravement la véritable valeur du patrimoine naturel, aboutit à une sous-évaluation des dommages-intérêts et fait en sorte que le préjudice reste en grande partie non réparé. [. . .] Comme le disait un auteur américain, la « valeur du célèbre Lone Cypress de la péninsule de Monterey ne saurait se mesurer au prix qu'on paierait pour son bois ».

(*OLRC Report, op. cit.*, p. 37-38)

Même M. Gairns a reconnu que [TRADUCTION] « nulle personne sensée n'évaluerait le parc Stanley en fonction des droits de coupe que ses arbres pourraient rapporter ».

Canfor soutient que c'est à tort que la Cour d'appel a, aux par. 74-75, inféré des propos du juge de première instance au par. 130 concernant le [TRADUCTION] « bon sens sur les plans écologique

damage. I disagree. In reading the trial judgment as a whole, it is clear Wilson J. made a finding that the fire damage had both commercial and environmental dimensions. It could hardly be otherwise after a blaze that covered 1,491 hectares. The trial judge's problem was that he was not given the tools to quantify the "ecological or environmental" loss. The Court of Appeal tried to finesse the issue of quantification by awarding one third of the commercial value. However, as discussed, the evidence accepted by the trial judge was that the commercial value was zero. One third of zero is still zero.

The Crown is well aware of the range and identity of evidence (both expert and non-expert) that could be marshalled in support of a claim for environmental loss. At paras. 64-66 of its factum in this Court, the Crown identified at least three components of environmental loss: use value, passive use or existence value, and inherent value.

"Use value" includes the services provided by the ecosystem to human beings, including food sources, water quality and recreational opportunities. Even if the public are not charged for these services, it may be possible to quantify them economically by observing what the public pays for comparable services on the market.

F. B. Cross, "Natural Resource Damage Valuation" 42 *Vanderbilt L.R.* 269 (1989) at pp. 281-292; *OLRC Report, supra*, ch. 3

"Passive use" or "existence" value recognizes that a member of the public may be prepared to pay something for the protection of a natural resource, even if he or she never directly uses it. It includes both the psychological benefit to the public of knowing that the resource is protected, and the option value of being able to use it in the future. The branch of economics known as "contingent valuation" uses survey techniques to attempt to quantify what the public would be prepared to pay to maintain these benefits. [Emphasis added.]

et environnemental » que ce dernier concluait à l'existence de dommages concrets. Je ne suis pas d'accord. Il ressort à l'évidence de l'ensemble du jugement de première instance que le juge Wilson a conclu que le dommage causé par le feu avait des dimensions à la fois commerciales et environnementales. Il pourrait difficilement en être autrement après un incendie qui a détruit 1 491 hectares. La difficulté pour le juge de première instance tenait au fait que le dossier ne lui donnait aucun moyen de quantifier la perte « écologique ou environnementale ». La Cour d'appel a tenté de trancher la question de la quantification en accordant un tiers de la valeur marchande. Cependant, comme je l'ai indiqué précédemment, la preuve acceptée par le juge de première instance avait établi la valeur marchande à zéro. Un tiers de zéro donne toujours zéro.

La Couronne est bien consciente de l'ampleur et de la nature de la preuve (tant d'experts que de profanes) qu'il faudrait présenter pour étayer une réclamation pour une perte environnementale. Aux paragraphes 64 à 66 de son mémoire devant notre Cour, la Couronne a énuméré au moins trois éléments d'une perte environnementale : la valeur de jouissance, la valeur de jouissance passive ou d'existence et la valeur intrinsèque.

[TRADUCTION] La « valeur de jouissance » inclut les services fournis aux humains par l'écosystème, notamment les sources de nourriture, la qualité de l'eau et les possibilités récréo-touristiques. Même si le public n'a pas à payer pour ces services, il est possible de mesurer leur valeur économique en observant le prix que paie le public pour des services comparables sur le marché.

F. B. Cross, « Natural Resource Damage Valuation » 42 *Vanderbilt L.R.* 269 (1989) p. 281-292; *OLRC Report, op. cit.*, ch. 3

La « valeur de jouissance passive ou d'existence » reconnaît qu'un membre du public peut être disposé à payer un prix pour la protection d'une ressource naturelle, même s'il ne l'utilise jamais directement. Elle comprend tant l'avantage psychologique pour le public de savoir que la ressource est protégée que la valeur qu'offre la possibilité d'en jouir ultérieurement. Une méthode de l'analyse économique appelée « évaluation contingente » utilise la technique des enquêtes pour chercher à mesurer ce que le public serait prêt à payer pour préserver ces avantages. [Je souligne.]

Cross, “Natural Resource Damage Valuation”, *supra*, at pp. 285-292; K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (Washington, D.C.: National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993) at p. 3ff; *OLRC Report, supra*, at p. 47ff.

Finally, an ecosystem may be said to have an “inherent value” beyond its usefulness to humans. Those who invoke inherent value argue that ecosystems should be preserved not just for their utility to humans, but because they are important in and of themselves. . . . [T]o the extent humans recognize this inherent value, and are willing to forego income or wealth for it, it becomes a part of passive use value and becomes compensable.

Cross, “Natural Resource Damage Valuation”, at pp. 292-297.

139

In the *OLRC Report, supra*, the Ontario Law Reform Commission contains many helpful observations including, at pp. 30-31:

. . . although a person may never have visited Algonquin Park or the Rocky Mountains, he may want to do so some day and, consequently, may value the preservation of these sites. . . . In well-established private markets, as, for example, the market for agricultural commodities, traders will frequently pay a significant sum of money for an option on the right to use a product.

. . . .

. . . Bequest value is willingness to pay for the satisfaction associated with endowing succeeding generations with the environmental asset. For example, even though an individual has no intention of ever visiting the Cabot Trail in Cape Breton or of camping in the Northwest Territories, this person may desire that her descendants have the opportunity to enjoy these resources.

140

The inclusion of passive-use values was upheld in the context of *CERCLA* (Superfund) by the Court of Appeals for the District of Columbia in *State of Ohio v. U.S. Department of the Interior, supra*, provided, the court added, such values could be reliably measured. The issue of reliable measurement

Cross, « Natural Resource Damage Valuation », précité, p. 285-292; K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (Washington, D.C. : National Oceanic and Atmospheric Administration, 1993) p. 3 et suivantes; *OLRC Report, op. cit.*, p. 47 et suivantes.

Finalement, on peut affirmer qu'un écosystème a une « valeur intrinsèque » sans égard à son utilité pour les humains. Ceux qui invoquent la valeur intrinsèque prétendent que les écosystèmes doivent être préservés non seulement à cause de leur utilité pour les humains, mais encore en raison de leur importance en soi. [. . .] [D]ans la mesure où les humains reconnaissent cette valeur intrinsèque et sont prêts à renoncer à des revenus ou à des richesses en échange, elle fait dès lors partie de la valeur d'usage passif et peut faire l'objet d'indemnisation.

Cross, « Natural Resource Damage Valuation », p. 292-297.

Dans le *OLRC Report, op. cit.*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario fait un certain nombre d'observations utiles dont celles-ci aux p. 30-31 :

[TRADUCTION] . . . une personne peut n'avoir jamais visité le parc Algonquin ou les montagnes Rocheuses, mais elle peut vouloir le faire un jour et, par conséquent, elle peut attacher de l'importance à la préservation de ces sites. [. . .] Sur les marchés privés bien établis, tels ceux des produits agricoles par exemple, les négociants paieront fréquemment un montant important pour une option sur le droit d'utiliser un produit.

. . . .

. . . La valeur de legs est la volonté de payer pour la satisfaction que procure la transmission de biens environnementaux aux générations futures. Par exemple, bien qu'une personne n'ait pas l'intention de jamais visiter la Piste Cabot à l'île du Cap-Breton ou de faire du camping dans les Territoires du Nord-Ouest, elle peut désirer que ses descendants aient la possibilité de profiter de ces ressources.

L'inclusion des valeurs de jouissance passive a été confirmée dans le contexte de la *CERCLA* (la loi Superfund) par la Cour d'appel du district de Columbia dans *State of Ohio c. U.S. Department of the Interior*, précité, à la condition, d'ajouter le tribunal, que ces valeurs puissent être mesurées de

(together with proper pleading) lies at the root of the present appeal.

The Crown also demonstrates in its factum (at para. 71) an awareness of some of the types of factual evidence that might lay the basis for appropriate valuation methodologies:

- The nature of the wildlife, plants and other organisms protected by the environmental resource in question, and in particular whether rare or commercially valuable species are put at risk by damage or destruction of the ecosystem.
- The uniqueness of the ecosystem from a biological perspective.
- The environmental services provided by the resource, such as water quality and erosion control.
- The recreational opportunities afforded by the resource.
- The subjective or emotional attachment of the public to the damaged or destroyed area.

The difficulty, however, is that no evidence was led on these points. The Crown, for example, refers to the “contingent valuation” (“CV”) technique (at para. 72 of its factum), a method also endorsed by the Federal Attorney General (see factum of the Attorney General of Canada, at para. 32). Contingent valuation is a type of opinion poll that asks individuals according to established survey techniques what they would have paid to preserve, or what they would pay to restore, the Stone Creek area, including some old growth trees, fish habitat, clean water, wildlife, recreational potential, and so on. These are all “costs” which are not captured by a stumpage fee calculation. However, the Crown offered no such evidence for the trial court’s consideration, even as it might relate to “diminution of the value of the timber”. Had such evidence been offered, of course, Canfor would have had an opportunity to explore some of the “CV” technique’s supposed frailties. Responses to CV surveys sometimes seem implausibly large. As a U.S. study points out,

façon fiable. La question de la mesure fiable (ajoutée à l’exposé convenable de la demande dans les actes de procédure) est un aspect fondamental du présent pourvoi.

La Couronne montre également dans son mémoire (par. 71) qu’elle est consciente du genre de preuves factuelles susceptibles de servir de fondement à une méthode d’évaluation appropriée :

[TRANSDUCTION]

- La nature de la faune, de la flore et des autres organismes protégés par la ressource environnementale en question, et en particulier si des espèces rares ou ayant une valeur marchande sont mises en danger par la détérioration ou la destruction de l’écosystème.
- Le caractère unique de l’écosystème du point de vue biologique.
- Les avantages environnementaux qu’offre la ressource, tels que la qualité de l’eau et les obstacles à l’érosion.
- Les possibilités récréo-touristiques qu’offre la ressource.
- L’attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite.

Le problème, cependant, c’est qu’aucune preuve n’a été présentée sur ces points. Ainsi, la Couronne mentionne la méthode de [TRANSDUCTION] « l’évaluation contingente » (« EC ») (au par. 72 de son mémoire), une méthode que le procureur général fédéral accepte aussi (voir son mémoire au par. 32) et qui est un type d’enquête au cours de laquelle on demande à des personnes, selon des techniques d’enquête établies, ce qu’elles auraient été prêtes à payer pour préserver, ou ce qu’elles seraient prêtes à payer pour restaurer l’aire forestière de Stone Creek, y compris des arbres anciens, l’habitat du poisson, une eau propre, la faune et la flore, le potentiel récréo-touristique, et quoi d’autre encore. Ce sont tous des « coûts » que ne prend pas en compte le calcul des droits de coupe. Toutefois, la Couronne n’a soumis à l’appréciation du juge de première instance aucune preuve de cette nature, même pas quant à la « diminution de la valeur du bois ». Il va de soi que si une telle preuve avait été présentée, Canfor aurait eu l’occasion d’examiner certaines des supposées

141

142

respondents are not always aware of the “budget constraints under which all must operate”; “it is difficult in CV surveys to provide adequate information to respondents about the policy or program for which values are being elicited and to be sure they have absorbed and accepted this information as the basis for their responses; . . . respondents in CV surveys may actually be expressing feelings about public spiritedness or the ‘warm glow’ of giving, rather than actual willingness to pay for the program in question”: see K. Arrow et al., *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (1993), at p. 10, and generally at pp. 9-10.

lacunes de la méthode de l’« EC ». Les réponses aux enquêtes menées suivant cette méthode semblent parfois attribuer des valeurs invraisemblablement élevées. Comme le fait remarquer une étude américaine, les répondants ne sont pas toujours conscients des [TRADUCTION] « compressions budgétaires auxquelles chacun est soumis »; « il est difficile dans les enquêtes EC de donner aux répondants des renseignements suffisants concernant la politique ou le programme auquel on leur demande d’attribuer une valeur monétaire et d’être sûr qu’ils ont compris et pris en considération ces renseignements en formulant leur réponse; [. . .] les répondants dans les enquêtes EC vont peut-être en fait se prononcer sur la bienveillance du public ou manifester le “plaisir” de donner, au lieu d’indiquer ce qu’ils sont disposés à contribuer au programme en question » : voir K. Arrow et autres, *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation* (1993), p. 10 et, de façon générale, aux p. 9-10.

143 Other valuation techniques have been put forward including travel cost valuation (e.g., what would you have paid to visit Stone Creek before as opposed to after the fire?) and hedonic valuation of environmental qualities (e.g., what premium are homeowners willing to pay for environmental benefits such as clean air?).

D’autres méthodes d’évaluation ont été proposées, dont l’évaluation des frais de déplacement (par exemple : « Qu’auriez-vous été prêt à payer pour visiter Stone Creek avant l’incendie plutôt qu’après? ») et l’évaluation hédonique des qualités environnementales (par exemple : « Quel supplément les propriétaires fonciers sont-ils prêts à payer pour des avantages environnementaux tels que l’air pur? »).

144 Even this short reference to some of the burgeoning literature on the assessment of environmental loss shows, I think, that the Crown’s claim to an environmental “premium” of 20 percent of commercial value is overly arbitrary and simplistic. Less arbitrary techniques, which may or may not win eventual support in the courts, are available and will have to be carefully considered when and if properly presented.

Même ces quelques extraits de la documentation de plus en plus abondante sur l’évaluation de la perte environnementale montrent, je pense, que la prétention de la Couronne à l’égard d’une « indemnité additionnelle » de 20 pour 100 de la valeur marchande est trop arbitraire et simpliste. Des méthodes moins arbitraires, que les tribunaux finiront peut-être ou non par admettre, existent et devront être étudiées avec circonspection quand elles seront valablement présentées.

145 The Crown now argues that the “courts should resist placing overwhelming and inefficient burdens of complexity and expense on government plaintiffs seeking to prove such damage to a civil standard” (para. 60 of its factum). If by this the Crown means that the courts should not strangle

La Couronne soutient maintenant que [TRADUCTION] « les tribunaux doivent se garder d’imposer une charge excessivement et inutilement complexe et coûteuse à l’État demandeur qui cherche à prouver un tel dommage selon une norme civile » (par. 60 de son mémoire). Si la

legitimate claims that are properly pleaded because of overly technical objections to novel methods of assessment, I agree to the extent this can be done with fairness to both sides. I do not, however, agree that the Crown can succeed in an unpleaded claim for “ecological” or “environmental” damage simply because the Crown on this issue occupies the moral high ground. The Court and the alleged wrongdoer are entitled to require the Crown to adduce a proper evidentiary basis. Such evidence would be subject to cross-examination. Citation of articles in scholarly journals at this late stage is no substitute for evidence.

Our trial and appellate courts have routinely accepted environmental concerns as legitimate factors in the assessment of damages. For example, in *R.E.F. Homes, supra*, the Ontario Court of Appeal held that it was appropriate to take into account the passive-use value of the roadside trees that had been destroyed.

In *Soutzo v. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL), the Alberta Court of Appeal awarded damages for trees lost by fire *plus* damage for temporary loss of use and temporary loss of aesthetic value. In *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, the British Columbia Court of Appeal upheld an award of damages for the destruction of trees on a country property despite proof that in *market* terms the financial value of the property had not been affected. See also *Chappell v. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137 (Ont. H.C.J.).

Of course, in none of these cases did the claims approach the almost \$1.5 million sought for environmental loss in this case, and the valuation issues were not explored in great detail. The valuation of a few trees plucked from a leafy urban boulevard poses fewer problems than valuing the

Couronne veut dire par là que les tribunaux ne doivent pas paralyser les demandes légitimes présentées comme il se doit en opposant des objections excessivement techniques aux méthodes d'évaluation nouvelles, je suis d'accord dans la mesure où cela peut être fait avec équité pour les deux parties. Toutefois, je n'accepte pas que la Couronne puisse avoir gain de cause en ce qui concerne une demande non plaidée pour un préjudice « écologique » ou « environnemental », simplement parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable. Le tribunal et le présumé auteur de la faute ont le droit d'exiger que la Couronne étaye sa position par des éléments de preuve. Ces éléments de preuve feraient l'objet d'un contre-interrogatoire. Le renvoi à des articles de revues savantes à ce stade tardif ne saurait remplacer des éléments de preuve.

Nos tribunaux, tant en première instance qu'en appel, ont couramment admis que les préoccupations environnementales représentent des éléments légitimes de l'appréciation des dommages-intérêts. Par exemple, dans *R.E.F. Homes*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'il convenait de tenir compte de la valeur de jouissance passive des arbres en bordure de la route qui avaient été détruits.

Dans *Soutzo c. Canterra Energy Ltd.*, [1988] A.J. No. 506 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a accordé une indemnité pour des arbres détruits par le feu et *en plus* une indemnité pour la perte de jouissance temporaire et pour la perte de valeur esthétique. Dans *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu l'octroi de dommages-intérêts pour la destruction d'arbres d'une propriété à la campagne, même s'il avait été établi que la valeur *marchande* de la propriété n'avait pas été diminuée. Voir également *Chappell c. Barati* (1982), 30 C.C.L.T. 137 (H.C.J. Ont.).

Bien entendu, dans aucune de ces décisions, la demande d'indemnité n'approchait la somme de presque 1,5 million de dollars réclamée au titre de la perte environnementale dans la présente espèce, et les questions d'évaluation n'y ont pas été étudiées de près. L'évaluation de quelques

146

147

148

environmental benefit of 1,491 hectares of trees clothing the slopes and valleys of the B.C. Interior.

arbres soustraits au dais de feuillage d'un boulevard urbain pose moins de problèmes que l'estimation de l'avantage environnemental procuré par les 1 491 hectares d'arbres couvrant les collines et vallées du secteur de l'intérieur de la C.-B.

149 Reference was made by the trial judge to damage to fish habitat and water quality, but the extent of this damage was not addressed in the evidence and no basis for its valuation was advanced by Deloitte & Touche or by Mr. Gairns. To the extent the claim includes compensation for loss of recreational use, for example, we do not know what recreational use was made of the burnt area. In any event, as stated, the Crown limited its claim to “diminution of the value of the timber” (emphasis added).

Le juge de première instance a mentionné le dommage causé à l'habitat du poisson et à la qualité de l'eau, mais la mesure de ce dommage n'a pas été établie par la preuve et ni Deloitte & Touche ni M. Gairns n'ont présenté d'éléments permettant de l'apprécier. Dans la mesure où la demande vise une indemnité pour la perte d'usage récréatif, par exemple, nous ignorons quel usage récréatif était fait de la zone ravagée par le feu. De toute façon, comme je l'ai déjà indiqué, la Couronne a limité sa demande d'indemnité à la « diminution de la valeur du bois » (je souligne).

150 It is true that we know there were trees growing in the ESAs, and that they were destroyed by Canfor's negligence. No expert was called to extrapolate these bare facts into a “20 percent premium”, even as a matter of educated guesswork. No persuasive basis was given to expand the Crown's claim in *this* case at *this* stage from landowner to *parens patriae*.

Il est vrai que nous savons que des arbres poussaient dans les ZES et qu'ils ont été détruits par la négligence de Canfor. Aucun expert n'est venu extrapoler, sur ces seuls faits, un « supplément de 20 pour 100 », même en usant de son flair professionnel. Aucune raison convaincante n'a été avancée pour élargir, dans *la présente* espèce et à *ce* stade, la réclamation de sorte que la Couronne puisse la présenter tant en sa qualité de *parens patriae* qu'en sa qualité de propriétaire foncier.

151 The Crown alludes to principles of “general damages” developed in personal injury cases, and cites such authorities as *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, but principles governing non-pecuniary loss where “what has been lost is incapable of being replaced in any direct way” and thus money is given as “solace for his misfortune” (*Andrews*, at p. 262) do not fit easily with renewable forest resources. In any event, the courts are not at the point of abandoning the search for more precise measures of loss and rational (though perhaps indirect) techniques of assessment of environmental losses.

La Couronne fait allusion aux principes régissant les « dommages-intérêts généraux » élaborés dans les décisions en matière de préjudice corporel et elle cite des précédents tels que *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, mais les principes régissant l'indemnisation de la perte non pécuniaire quand « cette perte ne peut en aucune façon être réparée directement » et que, par conséquent, une somme est accordée à la victime à titre de « consolation [. . .] pour ses malheurs » (*Andrews*, p. 262) ne sont pas facilement applicables aux ressources forestières renouvelables. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ne sont pas sur le point d'abandonner la recherche de moyens plus précis pour mesurer la perte ainsi que de méthodes rationnelles (bien que peut-être indirectes) d'évaluation des pertes environnementales.

I accept the admonition in *Penvidic Contracting, supra*, that a valid claim is not to be defeated by the difficulty of estimating damages, but unless more assistance is given a trial judge to value the environmental loss than was given in this case, I conclude that the award to the Crown in this case not only nears “the outer parameters of the possibility of estimation”, as stated by the Court of Appeal at para. 75, but exceeds it. There was, with respect, no demonstrated error in the trial judge’s rejection of the “environmental premium”: *Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430.

It is open to the Crown to prove values for environmental harms not reflected in commercial value (“the premium”), but this was not done. It is neither appropriate nor necessary to pronounce on the specific methodology that could be employed in valuation of environmental losses. This is a matter to be explored by the appropriate experts at trial.

The trial judge rejected the Crown’s claim for “environmental loss” on the facts of this case and, on the record, I think he was right to do so.

F. *Canfor Says That Our Law Does Not Provide for “Environmental Damages” as Claimed in This Case, and That Any Change in the Law Should Be Made by the Legislators, if They Think It Wise to Do So, Not the Courts.*

I do not accept that there is anything so peculiar about “environmental damages” as to disqualify them from consideration by the Court. The legislatures may choose to bring in a statutory regime to address environmental loss as was done in the United States’ *CERCLA* mentioned earlier. The *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 40, and the *Transportation of Dangerous Goods Act, 1992*, S.C. 1992, c. 34,

Je fais mienne la mise en garde énoncée dans *Penvidic Contracting*, précité, selon laquelle une demande d’indemnité valable ne doit pas être écartée en raison de la difficulté à évaluer les dommages; mais à moins que le juge de première instance ne se voit prêter une aide plus grande que celle qu’il a reçue dans la présente instance pour évaluer la perte environnementale, je conclus que l’indemnité accordée à la Couronne en l’espèce se rapproche non seulement de [TRADUCTION] « la limite des possibilités d’estimation », pour reprendre la locution employée par la Cour d’appel au par. 75, mais elle la franchit. En toute déférence, il n’a pas été démontré que le juge de première instance a commis une erreur en refusant une « indemnité additionnelle au titre de l’environnement » : *Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430.

Il est loisible à la Couronne de prouver la valeur pécuniaire de préjudices environnementaux que ne reflète pas la valeur marchande (« l’indemnité additionnelle »), mais elle ne l’a pas fait en l’espèce. Il n’est ni approprié ni nécessaire de se prononcer sur la méthode précise qui aurait pu être utilisée pour l’évaluation des pertes environnementales. Il s’agit d’une question qu’il appartient aux experts compétents d’examiner en première instance.

Le juge de première instance a rejeté la réclamation de la Couronne relative à une « perte environnementale » au regard des faits de l’espèce et, au vu du dossier, je pense qu’il a eu raison de le faire.

F. *Canfor dit que notre droit ne prévoit pas la possibilité de réclamer des « dommages-intérêts environnementaux » comme c’est le cas en l’espèce, et qu’il appartient au législateur, s’il l’estime souhaitable, et non aux tribunaux, de modifier le droit.*

Je n’accepte pas l’idée que les « dommages-intérêts environnementaux » soient à ce point particuliers que notre Cour ne puisse examiner cette question. Les élus peuvent choisir d’encadrer la perte environnementale dans un régime législatif comme on l’a fait aux États-Unis avec la *CERCLA* mentionnée précédemment. L’article 40 de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, et l’al. 34(1)b) de la *Loi*

152

153

154

155

s. 34(1)(b), authorize compensation to persons or to the relevant government department: see J. Benidickson, *Environmental Law* (2nd ed. 2002), at pp. 187-89. However, there is no relevant legislation yet passed in British Columbia. That said, there is no reason to neglect the potential of the common law, if developed in a principled and incremental fashion, to assist in the realization of the fundamental value of environmental protection. However, the Court cannot act on generalizations and unsupported assertions. In the absence of statutory intervention, the Court must proceed cautiously. We do not have the basis in this record to proceed further at this time.

V. Disposition

156 The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed. The decision of the trial judge is restored, with costs both in this Court and in the Court of Appeal. The award of costs at trial is unchanged.

The reasons of Bastarache, LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Background

157 I have had the pleasure of reading the reasons of my colleague. I must respectfully disagree with him on two major issues. The first area of disagreement relates to the problem of double recovery, or “passing on”. Unlike my colleague, I conclude the Province of British Columbia should recover damages for the harvestable trees destroyed in the forest fire, despite the presence of the Comparative Value Pricing (“CVP”) system. Secondly, I would allow the Province to recover damages for the non-harvestable trees in the Environmentally Sensitive Areas (“ESAs”), both in the riparian zones and on the steep slopes. These trees have intrinsic value at least equal to their commercial value, despite their non-commercial use. In the absence of better evidence, I accept B.C.’s contention that the value of nearby harvestable trees can serve as a yardstick to

de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses, L.C. 1992, ch. 34, autorisent l’indemnisation des personnes ou des institutions publiques visées : voir J. Benidickson, *Environmental Law* (2^e éd. 2002), p. 187-189. Toutefois, aucune loi en ce sens n’a encore été adoptée en Colombie-Britannique. Cela dit, il n’y a aucune raison de négliger la possibilité que la common law, si elle évolue de façon progressive et conforme aux principes, contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu’est la protection de l’environnement. La Cour ne peut cependant pas s’autoriser de généralisations et d’assertions non étayées pour intervenir. En l’absence de dispositions législatives, la Cour doit user de circonspection. Dans le présent pourvoi, le dossier ne nous permet pas de pousser plus loin l’examen pour l’instant.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La décision du juge de première instance est rétablie, avec dépens tant devant notre Cour que devant la Cour d’appel. L’adjudication des dépens à l’instruction est maintenue.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Contexte

J’ai pu prendre connaissance des motifs de mon collègue. Avec égards, je me dois d’exprimer mon désaccord sur deux questions principales. Premièrement, je ne partage pas son avis sur le problème de la double indemnisation ou du « transfert de la perte ». Contrairement à mon collègue, je conclus que la province de la Colombie-Britannique a droit à un dédommagement pour les arbres récoltables détruits par le feu de forêt, malgré l’existence du système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative — le système de « PVC ». Deuxièmement, je permettrais à la province de recouvrer des dommages-intérêts à l’égard des arbres réservés des zones écosensibles — les arbres des « ZES » —, tant pour ce qui est des aires riveraines que des terrains escarpés. Ces arbres ont une valeur intrinsèque au moins égale à leur valeur marchande,

measure the value of the trees on the steep slopes, and Canfor's own expert report already includes the commercial value for the non-harvestable trees in the riparian zones. As a result, I would allow the cross-appeal of the respondent and I would dismiss the appeal of Canfor.

I am generally in accordance with the majority on the issue of standing, but I feel I must make the following additional comment. My colleague speaks of the importance of the Crown's *parens patriae* jurisdiction, and argues that it should not be attenuated by a narrow judicial construction (para. 76). Unfortunately, he then goes on to adopt just such a narrow judicial construction by limiting the Crown's entitlement in this particular case to entitlement "in the role the Crown adopted in its statement of claim, namely that of the landowner of a tract of forest" (para. 83). In my view, the fact that the Crown is trying to recover commercial value, or using commercial value as a proxy for the recovery of damages, should not limit the Crown's *parens patriae* jurisdiction. The Crown, in seeking damages, is still fulfilling its general duty, its *parens patriae* function to protect the environment and the public's interest in it. I found my colleague's legal analysis of the Crown's ability to sue in the public interest to be correct, up to the point where he asserts that this ability should somehow be limited at bar. The Crown's *parens patriae* jurisdiction allows it to recover damages in the public interest, even to the extent that the Crown adopts commercial value as a proxy for such damages. I therefore proceed on the basis that the Crown's entitlement in this particular case is not limited to the damages that a private landowner might receive.

I agree with the broad outline of environmental torts developed by my colleague Binnie J., and the concerns of the majority with respect to the drafting of the pleadings and the weakness of the evidence. I also agree that, with respect to valuing the damaged

en dépit de l'usage non commercial qui en est fait. Faute de meilleure preuve, j'accepte la prétention de la C.-B. que la valeur des arbres récoltables des aires voisines peut servir de point de référence pour mesurer la valeur des arbres en terrain escarpé, et le rapport de l'expert de Canfor inclut déjà la valeur marchande des arbres réservés des aires riveraines. En conséquence, je ferais droit au pourvoi incident de l'intimée et je rejetterais le pourvoi de Canfor.

Je souscris généralement à l'avis de la majorité sur la question de la qualité pour agir, mais j'estime nécessaire d'ajouter les observations qui suivent. Mon collègue souligne l'importance de la compétence *parens patriae* de la Couronne et affirme qu'il convient de ne pas l'atténuer par une interprétation judiciaire restrictive (par. 76). Malheureusement, il retient précisément cette interprétation restrictive en limitant le droit de la Couronne en l'espèce « à celui du propriétaire d'une aire forestière, le rôle qu'elle a adopté dans sa déclaration en première instance » (par. 83). À mon avis, le fait que la Couronne cherche à recouvrer la valeur marchande, ou qu'elle utilise celle-ci comme indicateur de valeur en vue de recouvrer des dommages-intérêts, ne doit pas limiter le rôle de la Couronne à titre de *parens patriae*. En demandant des dommages-intérêts, la Couronne remplit toujours sa fonction générale, sa fonction *parens patriae* qui consiste à protéger l'environnement et l'intérêt du public à cet égard. J'accepte ainsi l'analyse juridique de mon collègue quant à l'aptitude de la Couronne à intenter une poursuite dans l'intérêt public, sauf lorsqu'il affirme que des restrictions devraient y être apportées dans le présent pourvoi. En effet, la compétence *parens patriae* de la Couronne lui permet de recouvrer des dommages-intérêts dans l'intérêt public, même si elle recourt à la valeur marchande comme indicateur du montant des dommages-intérêts. Je tiens donc pour acquis que le droit de la Couronne en l'espèce n'est pas limité aux dommages-intérêts qu'un propriétaire ordinaire pourrait obtenir.

Je suis d'accord avec l'aperçu que donne mon collègue le juge Binnie du droit de la responsabilité civile délictuelle en matière environnementale, et je partage les préoccupations des juges majoritaires au sujet de la rédaction des actes de procédure et

trees in question, harvestable or otherwise, the concept of auction value cannot apply at bar on the facts of the present case. Stumpage revenue must necessarily be the measure of damages. With proper evidence and pleadings I might have been open to using auction value as the measure of damages, because there is merit to the Crown's assertion that it should be compensated, in addition to stumpage fees, for the loss of "integrated resource management" it usually requires of its licensees. However, such an argument is best left for another day. I defer to the majority reasons for a review of the facts and judicial history. I will only add such further comment as may be required for the purposes of my analysis of the legal issues raised in the present appeal.

II. Compensation for Loss of Harvestable Trees

160

The Crown suffered a compensable loss in respect of harvestable trees despite the CVP system. The Court should not send a message that no loss has occurred by dwelling on the workings of what is, essentially, a system for setting prices. Until the fire-damaged forest has grown back to its original state this source of revenue for the Crown — these trees — are lost. The fact that the Crown has a system in place by which it charges higher prices to other customers within the B.C. Interior should not prevent the Crown from recovering damages for its very real loss.

161

The loss is all the more real when one considers that the Crown lost not only stumpage, but a bundle of rights attached to the harvestable trees through the licensing system. As Canfor's expert, Mr. Gairns, noted in the transcript of evidence: "The fire resulted in abandoning on that particular piece of land the sort of integrated resource management procedures that normally would have applied."

de la faiblesse de la preuve. Je reconnais également que pour établir la valeur des arbres endommagés en question, qu'il s'agisse des arbres récoltables ou des autres arbres, la notion de valeur aux enchères ne peut s'appliquer en l'occurrence, compte tenu des faits. Le dédommagement doit nécessairement correspondre aux recettes des droits de coupe. J'aurais pu, avec les éléments de preuve et les actes de procédure appropriés, accepter de retenir la valeur aux enchères comme mesure des dommages-intérêts, parce que la Couronne est fondée à prétendre qu'elle a droit d'être indemnisée à l'égard non seulement des droits de coupe, mais encore de la perte de la [TRADUCTION] « gestion intégrée de la ressource » qu'elle exige d'ordinaire de ses titulaires de permis. Toutefois, il est préférable d'attendre une autre occasion pour examiner cet argument. Je m'en remets aussi aux motifs de la majorité pour l'exposé des faits et l'historique des procédures judiciaires. Je me contenterai de formuler les commentaires que requiert mon analyse des questions de droit soulevées dans le présent pourvoi.

II. L'indemnisation pour la perte des arbres récoltables

Même avec le système de PVC, la Couronne a subi une perte indemnisable en ce qui a trait aux arbres récoltables. La Cour ne doit pas laisser entendre qu'aucune perte n'a été subie en s'attardant aux modalités d'application de ce qui est, essentiellement, un système d'établissement des prix. Jusqu'à ce que la forêt ravagée par le feu retrouve son état initial, cette source de recettes — ces arbres — sont perdus. Le fait que la Couronne ait mis en place un système par lequel elle demande aux autres clients du secteur de l'intérieur de la C.-B. un prix plus élevé ne devrait pas l'empêcher d'obtenir un dédommagement pour sa perte bien tangible.

La perte est d'autant plus tangible quand on considère que la Couronne a perdu non seulement les droits de coupe, mais encore un ensemble de droits rattachés aux arbres récoltables dans le cadre du régime d'octroi de permis. Comme l'expert de Canfor, M. Gairns, l'a fait remarquer lors de son témoignage : [TRADUCTION] « À cause du feu, on a abandonné dans cette aire forestière les méthodes

Long-term tenures impose extensive forest management, protection, and development responsibilities on the tenure holder that ensure that forest resources are managed in the public interest. The obligations imposed on a tenure holder like Canfor include extensive silviculture requirements, road-building and infrastructure development, and forest management responsibilities. As Mr. Gairns notes in his testimony, these non-pecuniary benefits were lost to the Crown when Canfor's negligence resulted in the Stone Creek fire. The forest fire meant the loss of this additional bundle of rights for the Crown, constituting yet another reason why the Crown's very real loss should not be undervalued by dwelling inappropriately on the CVP system.

The CVP system is nothing more than a means of attempting to pass losses on to other forest licensees, just as a store owner might attempt to recoup losses by charging higher prices to other customers. A closer look at just how this system works will reveal that no other conclusion can be reached.

A. *The Comparative Value Pricing System*

Canfor's expert refers to the CVP as a "method of pricing timber". Under the system, a "value index" ("VI") is established for each stand of timber. This VI is basically the difference between product values (how much one can sell the timber for) and production costs (the costs of bringing the timber to market). This VI will vary from one stand of timber to the next because some timber is worth more than timber elsewhere and the cost of logging may change from one timber stand to the next.

The next step in determining a price for timber under the CVP system is to compare the VI for a given timber stand with the mean value index ("MVI"). The MVI is, as its title indicates, the

de gestion intégrée de la ressource qui auraient normalement été suivies. » Les tenures à long terme imposent de lourdes responsabilités à leurs titulaires en matière d'aménagement, de protection et de mise en valeur de l'aire forestière afin que la gestion des ressources respecte l'intérêt public. Les obligations imposées à un titulaire comme Canfor incluent de nombreuses exigences concernant la sylviculture, l'aménagement de l'infrastructure et d'un réseau routier, et la responsabilité de la gestion de la forêt. Comme l'a confirmé M. Gairns dans son témoignage, la Couronne a perdu ces avantages non pécuniaires lorsque la négligence de Canfor a causé l'incendie de Stone Creek. Le feu de forêt a entraîné la perte de cet ensemble de droits additionnels de la Couronne. Cette perte constitue une autre raison de ne pas sous-estimer la perte bien tangible subie par la Couronne en s'attardant trop sur le système de PVC.

Le système de PVC n'est rien de plus qu'un mécanisme permettant de transférer les pertes aux autres titulaires de permis d'exploitation forestière, tout comme un propriétaire de magasin essaierait de recouvrer ses pertes en majorant ses prix pour les autres clients. Un examen plus approfondi du fonctionnement de ce système révèle qu'on ne peut arriver à aucune autre conclusion.

A. *Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative*

L'expert de Canfor qualifie le système de PVC de [TRADUCTION] « méthode de fixation des prix du bois ». Suivant ce système, un « indice de valeur » (« IV ») est établi à l'égard de chaque peuplement forestier. Cet IV représente essentiellement la différence entre la valeur du produit (le prix auquel on peut vendre le bois) et le coût de production (ce qu'il en coûte pour mettre le bois sur le marché). Cet IV varie selon les peuplements, parce qu'un peuplement donné peut avoir plus de valeur qu'un autre et que le coût d'exploitation peut varier d'un peuplement à un autre.

L'étape suivante de la fixation du prix du bois par le système de PVC consiste à comparer l'IV d'un peuplement donné avec l'indice de valeur moyen (« IVM »). Comme son nom l'indique,

162

163

164

mean value of all VI calculations in all recently logged areas for which a VI has been calculated in the B.C. Interior. Any particular stand of timber may have a VI greater than or less than the mean value for the whole Interior. In the case of a forest fire, “the MVI is lowered by inclusion of low-value fire salvage timber harvested during the previous year”. The MVI for the quarter commencing July 1, 1992 was calculated to be \$2.31/m³.

165 Canfor’s expert then showed that the Ministry of Forests calculates, on a quarterly basis, a target stumpage rate for the Interior. This target rate rises or falls according to a Statistics Canada Index of Interior B.C. softwood lumber prices. The target rate for July 1, 1992 was \$8.55/m³ (the time period relevant to the issue before this Court). What the Ministry of Forests seeks is to have stumpage revenues for the B.C. Interior equal to the revenues it would receive if it charged this target stumpage rate to everyone. In truth, stumpage rates vary from one timber stand to the next according to local conditions and timber values.

166 Next, the base rate must be calculated. This is higher than the target rate to account for something called the “half-cap” adjustment. The procedure in effect in the Interior Appraisal Manual, at July 1, 1992, required a reduction of stumpage rates, calculated to be above a “cap” of \$14.00/m³, by half the amount in excess of \$14.00/m³. This arbitrary reduction of the highest rates had to be factored in to the calculation of the base stumpage rate. This base rate is the actual average stumpage the Crown would require to achieve its revenue goals. It is the rate of stumpage one would charge on a timber stand with a VI exactly equal to the MVI. For the quarter commencing July 1, 1992, the base rate was \$9.55/m³.

l’IVM représente la moyenne de tous les IV calculés pour toutes les aires forestières exploitées récemment dans la région de l’intérieur de la C.-B. Tout peuplement donné peut avoir un IV supérieur ou inférieur à la valeur moyenne déterminée pour l’ensemble de l’intérieur de la C.-B. En cas d’incendie de forêt, [TRADUCTION] « l’inclusion du bois récupéré de faible valeur récolté pendant l’année précédente abaisse l’IVM ». L’IVM pour le trimestre commençant le 1^{er} juillet 1992 a été établi à 2,31 \$/m³.

L’expert de Canfor a ensuite expliqué que le ministère des Forêts calcule, pour chaque trimestre, un taux cible des droits de coupe pour le secteur de l’intérieur. Ce taux cible augmente ou diminue selon l’indice des prix du bois d’œuvre résineux publié par Statistique Canada pour le secteur de l’intérieur de la C.-B. Le taux cible pour le 1^{er} juillet 1992 était de 8,55 \$/m³ (la période pertinente à la question soumise à notre Cour). Le ministère des Forêts vise à faire en sorte que les recettes des droits de coupe dans le secteur de l’intérieur de la C.-B. soient égales aux recettes qu’il percevrait s’il demandait à chacun ce même taux cible des droits de coupe. En réalité, les taux des droits de coupe varient d’un peuplement à un autre en fonction des conditions locales et de la valeur du bois.

Puis, il faut calculer le taux de base. Celui-ci est supérieur au taux cible pour qu’il soit tenu compte de ce qu’on appelle le rajustement « demi-plafond ». Selon la méthode prévue au document intitulé Interior Appraisal Manual, le 1^{er} juillet 1992, les taux des droits de coupe excédant un « plafond » de 14,00 \$/m³ devaient être réduits de la moitié du montant excédant 14,00 \$/m³. Cette réduction arbitraire des taux les plus élevés devait être prise en compte dans le calcul du taux de base des droits de coupe. Ce taux de base représente les droits de coupe effectifs dont la Couronne avait besoin pour atteindre ses objectifs de recettes. C’est le taux des droits qu’on imposerait à l’égard d’un peuplement forestier dont l’IV est exactement égal à l’IVM. Pour le trimestre commençant le 1^{er} juillet 1992, le taux de base était de 9,55 \$/m³.

In order to calculate the stumpage rate for a particular tract of timber, the difference between the VI for that tract of timber and the MVI for the whole B.C. Interior is added to the base rate. If the VI for the specific tract of timber is greater than the mean for the whole Interior, then the licensee with timber rights for that tract pays a stumpage rate that is greater than the base rate. If the VI for a specific tract of timber is lower than the mean for the whole Interior, then the licensee pays a stumpage rate that is less than the base rate.

What happens when a forest fire occurs? Basically, the low-value fire salvage timber from the area where the forest fire occurred lowers the VI in that area. Such a reduction in turn lowers the MVI. A lower MVI means higher stumpage rates for everyone else in the Interior. Canfor's negligence means that other licensees in the B.C. Interior are charged higher stumpage rates. The effect is not immediate, as the calculation of the MVI is backwards-looking. A forest fire lowering the VI in a particular timber stand will raise stumpage rates for other licensees in the next quarter.

Canfor's expert argues, and my colleague accepts, that because of the CVP system the Crown can suffer the losses of a forest fire, and yet maintain its revenues. So many hectares of forest can be burned down, and the Crown can be found to have suffered zero damage. This is because the effective rate of stumpage that the Crown receives is the same, forest fire or no forest fire. With respect, this argument is faulty and the lower courts' acceptance of it was likely wrong in fact, in addition to being wrong at law.

B. *Revenue Neutrality Is Not a Certainty*

First of all, there is no guarantee that the CVP system is revenue-neutral. As the majority of the Court of Appeal for British Columbia noted, at para. 54 of its reasons for judgment ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217):

Pour calculer le taux des droits de coupe à l'égard d'un peuplement donné, on ajoute alors au taux de base la différence entre l'IV de ce peuplement et l'IVM de l'ensemble du secteur de l'intérieur de la C.-B. Si l'IV du peuplement donné dépasse la moyenne de l'ensemble du secteur de l'intérieur, le titulaire du permis d'exploitation de ce peuplement verse des droits plus élevés que le taux de base. Si l'IV d'un peuplement donné se situe sous la moyenne de l'ensemble du secteur de l'intérieur, le titulaire paie alors des droits moindres que le taux de base.

Qu'arrive-il s'il survient un feu de forêt? Essentiellement, le bois de faible valeur récupéré dans la zone ravagée abaisse l'IV du secteur. Cette réduction entraîne la diminution de l'IVM. Un IVM plus bas se traduit par des taux des droits de coupe plus élevés pour tous les exploitants du secteur de l'intérieur. La négligence de Canfor signifie que les titulaires de permis du secteur sont frappés de droits de coupe plus élevés. L'effet n'est pas immédiat puisque le calcul de l'IVM se fait rétrospectivement. Un feu de forêt abaissant l'IV d'un peuplement donné hausse les droits de coupe pour les autres titulaires au cours du trimestre suivant.

L'expert de Canfor soutient, ce que mon collègue accepte, qu'en raison du système de PVC, la Couronne peut subir les pertes causées par un feu de forêt et maintenir tout de même ses recettes. Plusieurs hectares de forêt peuvent brûler sans que la Couronne en subisse un préjudice, et ce parce que le taux effectif des droits que celle-ci perçoit reste le même, avec ou sans incendie. J'estime, en toute déférence, que cet argument est erroné et que son acceptation par les tribunaux inférieurs était probablement mal fondée en fait, en plus de constituer une erreur de droit.

B. *L'absence d'incidence sur les recettes n'est pas une certitude*

Tout d'abord, rien ne garantit que le système de PVC n'aura aucune incidence sur les recettes. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique au par. 54 des motifs de leur jugement ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 114, 2002 BCCA 217) :

167

168

169

170

The system has a target rate rather than a target revenue. In order to achieve the target or average rate the system makes adjustments quarterly which have the effect of ensuring there is no (or little) loss of revenue when a considerable amount of timber is harvested at rates substantially below the average. In the case of a large fire, the system will adjust all stumpage rates (in the Interior of the province) upwards to offset the effect of the fire damaged timber being harvested at low stumpage rates, thus ensuring the target rate is achieved. [Underlining in original; italics added.]

The potential for revenue loss is not ruled out by this statement. There may still be a “little” loss of revenue, as only the target rate is achieved. The trial judge also recognized that no actual evidence of revenue-neutrality has been led in this case. At para. 121 of his reasons, he notes that the “amount of that ‘increased stumpage’ to others, (i.e., as a discrete sum), as a result of the fire, is not part of the evidence in this trial” ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)).

171

Canfor has only established that the target rate is maintained by charging higher stumpage rates to others. That the target revenue is maintained as a result is by no means certain. In fact, a basic rule of economics states that when prices rise, the quantity demanded falls. Even for a monopolistic supplier of timber licences, as the Crown is in the B.C. Interior, there are consequences to raising stumpage rates as a result of forest fires, consequences which are too numerous to consider and beyond the competence of the courts. If this Court wishes to allow the defence that the Crown has recouped all of its losses from the forest fire by charging higher stumpage rates to other customers in the B.C. Interior, then to be fair it should carry this analysis to its bitter end. This would require that the Court inquire into whether the Crown suffered any economic loss as a result of increased stumpage fees charged to other licensees. Did this lead to less harvesting overall? Did it result in less corporate taxes for the Crown? Did it have any effect on employment in the forest sector, thereby affecting personal income taxes and social program spending? As I will discuss below,

[TRADUCTION] Le système prévoit un taux cible et non des recettes anticipées. Afin d’atteindre le taux cible ou taux moyen, le système prévoit des rajustements trimestriels dont l’effet est de faire en sorte qu’il n’y ait pas (ou qu’il y ait peu) de perte de recettes lorsqu’un volume de bois considérable est récolté à des taux sensiblement inférieurs à la moyenne. En cas d’incendie important, le système rajuste à la hausse tous les taux des droits de coupe (dans le secteur de l’intérieur de la province) pour compenser l’effet produit quand du bois endommagé par l’incendie est récolté à des taux de droits moindres, garantissant ainsi que le taux cible est atteint. [Souligné dans l’original; italiques ajoutés.]

Cette affirmation n’écarte pas la possibilité de perte de recettes. Une « légère » perte de recettes peut quand même se produire car seul le taux cible est atteint. Le juge de première instance a reconnu en outre qu’aucun élément de preuve n’avait été présenté, en l’espèce, sur l’absence d’incidence sur les recettes. Au paragraphe 121 de ses motifs, il fait remarquer que [TRADUCTION] « la preuve faite à l’instruction n’indique pas le montant de cette “augmentation des droits de coupe” pour les autres (c.-à-d. la somme effectivement calculée) qui résulte de l’incendie » ([1999] B.C.J. No. 1945 (QL)).

Canfor a établi seulement que le taux cible est maintenu parce que l’on exige des autres exploitants des droits plus élevés. Il n’est pas du tout acquis que les recettes anticipées soient perçues pour autant. En fait, selon une règle économique fondamentale, l’augmentation des prix entraîne une baisse de la demande. Même pour un fournisseur qui détient le monopole des permis d’exploitation, comme c’est le cas de la Couronne dans le secteur de l’intérieur de la C.-B., l’augmentation des droits de coupe par l’effet des incendies de forêt a des conséquences trop nombreuses pour être étudiées, des conséquences qui excèdent la compétence des tribunaux. Si notre Cour veut admettre le moyen de défense selon lequel la Couronne a recouvré toutes ses pertes causées par le feu de forêt en imposant des taux des droits de coupe plus élevés aux autres clients du secteur de l’intérieur de la C.-B., alors pour être équitable, elle devrait pousser son analyse jusqu’au bout. Elle devrait examiner si la Couronne a subi une perte financière en raison de l’augmentation des droits de coupe imposée aux autres titulaires de permis. Cette mesure a-t-elle réduit la récolte totale? L’impôt sur

in my consideration of the passing-on defence, this type of analysis would be “endless and futile” and would tax the institutional capacities of the courts. As Holmes J. stated, quite succinctly, in *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzler Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), at pp. 533-34:

The general tendency of the law, in regard to damages at least, is not to go beyond the first step. As it does not attribute remote consequences to a defendant so it holds him liable if proximately the plaintiff has suffered a loss.

Here, proximately, the plaintiff has suffered a loss. To the extent that the Crown has shown that it has received less stumpage revenue in the Stone Creek fire area as a result of Canfor’s negligence, it has established a right of recovery in damages. The fact that the Crown had a system in place whereby it attempted to recoup that loss by charging higher stumpage rates to others in the B.C. Interior should be an irrelevant factor when it comes to establishing a right to damages. To consider the CVP system is “to go beyond the first step”.

Serious difficulties are inherent in going “beyond the first step” to determine if the CVP system, by raising prices for other licensees when a forest fire occurs, is in fact revenue-neutral. Meiklem J. considered the CVP and its “water-bedding” effect in the *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77. This case also involved an assessment of damages in an action by the Province of British Columbia to recover damages resulting from a forest fire. The Province’s expert in the case argued that the water-bed effect of the CVP system was not a guarantee that total stumpage revenues remained constant, because increased stumpage rates might reduce

le revenu des sociétés perçu par la Couronne s’en est-il trouvé diminué? Y a-t-il eu un effet sur l’emploi dans le secteur forestier, et donc sur l’impôt sur le revenu des particuliers et sur les dépenses des programmes sociaux? Comme je l’explique ci-après en examinant le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, une telle analyse serait « interminable et futile » et grèverait les capacités institutionnelles des tribunaux. Comme le juge Holmes l’indique très succinctement dans *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzler Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), p. 533-534 :

[TRADUCTION] La loi a généralement tendance, du moins en ce qui a trait aux dommages-intérêts, à ne pas dépasser la première étape. Elle n’impute pas les conséquences éloignées au défendeur, mais elle le tient responsable de la perte subie par le demandeur si cette perte est une conséquence immédiate.

En l’espèce, la demanderesse a subi une perte qui est une conséquence immédiate. Dans la mesure où la Couronne a montré qu’en raison de la négligence de Canfor, elle a perçu moins de droits de coupe dans le secteur ravagé de Stone Creek, elle a prouvé un droit à des dommages-intérêts. Le fait que la Couronne avait mis en place un système par lequel elle tentait de recouvrer cette perte en imposant des droits de coupe plus élevés à d’autres dans le secteur de l’intérieur de la C.-B. ne devrait pas être un facteur pertinent quand il s’agit de déterminer le droit à des dommages-intérêts. Tenir compte du système de PVC équivaut à « dépasser la première étape ».

De graves difficultés surgissent lorsqu’on « dépass[e] la première étape » pour décider si, par une augmentation des prix pour les autres titulaires de permis en cas d’incendie, le système de PVC n’a effectivement aucune incidence sur les recettes. Le juge Meiklem a étudié le PVC et l’effet « stabilisateur » dans *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.*, [2003] B.C.J. No. 84 (QL), 2003 BCSC 77. Cette affaire portait aussi sur l’évaluation des dommages-intérêts dans une action intentée par la province de la Colombie-Britannique pour recouvrer une perte résultant d’un feu de forêt. L’expert de la province y a prétendu que l’effet stabilisateur du système de PVC ne garantissait pas le maintien des recettes totales des droits

harvest levels (essentially a supply and demand argument). Mr. Gairns, the forest industry expert in that case as well, acknowledged that there was this theoretical argument, but concluded that there had been no decrease in harvest levels. Meiklem J., in accepting Mr. Gairns' assertion, had the following to say at paras. 27-29:

The plaintiff argued that Mr. Gairns' analysis is flawed because he relies largely upon lumber price index data rather than target rate data and because his observation that stumpage rate changes as much as \$5.00/m³ have little or no impact on volumes harvested fails to take into account what the harvested volumes may have been if no stumpage rate increase had occurred. I find no merit in these criticisms. It is accepted that there is a correlation between the lumber price index and target stumpage rates, and the evidence seems clear that harvest levels are not sensitive to very minor increases in costs.

In the absence of empirical evidence to refute Mr. Gairns' analysis, I find it persuasive. I note that the overall goal of the CVP system is to achieve a certain level of constant revenue for the Crown. There are many factors other than fire that render various stands of timber of low value, thereby increasing the stumpage rates on other cutting permits. The system would not be achieving the purpose for which it was designed if cutting permit harvested volumes decreased when minor upward adjustments on stumpage occurred. The system has been in place since October 1987, and if it has been failing in its purpose I would think that some evidence to that effect would be available to the Crown by now.

In conclusion not only am I unable to distinguish the facts of this case from the facts of Canfor in respect of the stumpage loss on cutting permits within the CVP system, but independently of that decision, I find that the Crown has not established a loss of stumpage revenue in respect of the fire damaged timber salvaged from the Cutting Permits 985, 986 and 987.

Implicit in Meiklem J.'s analysis was a recognition that the forest fire in question had lowered the value of timber on Cutting Permits 985, 986 and 987. What the trial judge did in *Bugbusters*, and what my colleague does in this judgment, was to force the

de coupe à un niveau constant, parce que la hausse des droits de coupe pourrait réduire la récolte totale (essentiellement un argument reposant sur l'offre et la demande). M. Gairns, l'expert du secteur forestier dans ce dossier aussi, a reconnu que cet argument était valable en théorie, mais il a conclu que la récolte n'avait pas diminué. En acceptant l'affirmation de M. Gairns, le juge Meiklem a exposé ce qui suit aux par. 27-29 :

[TRADUCTION] La demanderesse a soutenu que l'analyse de M. Gairns est viciée parce qu'il s'appuie largement sur les données relatives à l'indice des prix du bois plutôt que sur les données relatives au taux cible, et parce que son commentaire, selon lequel des variations du taux des droits pouvant aller jusqu'à 5,00 \$/m³ ont peu ou pas d'incidence sur le volume de bois récolté, ne tient pas compte du volume de bois qui aurait pu être récolté s'il n'y avait eu aucune hausse du taux des droits de coupe. J'estime que ces critiques sont dénuées de fondement. Il est admis qu'il existe une corrélation entre l'indice des prix du bois et les taux cibles des droits de coupe, et la preuve semble montrer clairement que la récolte totale n'est pas sensible à des augmentations minimales des coûts.

En l'absence de preuve empirique réfutant l'analyse de M. Gairns, j'estime que celle-ci est convaincante. Je note que l'objectif général du système de PVC est d'assurer un certain niveau de recettes constantes pour la Couronne. Nombre de facteurs outre les incendies diminuent la valeur de peuplements donnés, accroissant ainsi les taux des droits pour les autres permis de coupe. Le système n'atteindrait pas son but si le volume de bois récolté conformément aux permis diminuait lorsque des rajustements mineurs à la hausse sont apportés aux droits de coupe. Le système est en place depuis octobre 1987 et s'il n'atteignait pas son but, je pense que la Couronne disposerait déjà de preuves l'établissant.

En conclusion, non seulement je ne suis pas à même de distinguer les faits de l'espèce et ceux de l'affaire Canfor en ce qui concerne la perte de droits de coupe au regard des permis de coupe visés par le système de PVC, mais encore sans égard à cette décision, je conclus que la Couronne n'a pas établi de perte de droits de coupe à l'égard du bois endommagé par l'incendie et récupéré conformément aux permis de coupe 985, 986 et 987.

L'analyse du juge Meiklem reconnaît implicitement que le feu de forêt en question avait diminué la valeur du bois visé par les permis de coupe 985, 986 et 987. Dans *Bugbusters*, ce que le juge de première instance a fait, comme mon collègue dans le

plaintiff to go beyond proof of proximate damage, something that the law of damages has typically not required.

Consider what would happen if the damage from the fire in the case at bar had been 100 times greater. Presumably the majority's decision would still apply and the CVP system would remain a bar to recovery. The CVP mechanism would kick in, to ensure that "rates paid by other licensees in the following quarter" would compensate for the loss (majority reasons, at para. 27). However, to recover lost stumpage rates from such a large fire, presumably the increase in stumpage fees charged to other timber harvesters in the B.C. Interior would be 100 times greater. The increase in stumpage rates, this time, would be economically significant. Perhaps smaller harvesting companies would be forced out of business; even larger companies might feel the crunch. The Province's attempt to pass on its loss would likely fail. Nobody in these circumstances could argue that the Crown had not suffered a loss, despite the CVP. And yet, the approach of my colleague, applied as it would have to be in this analogous situation, would deny the Crown recovery. The only problem with the case at bar as compared to the above hypothetical example is that the economic side effects of passing the losses of the forest fire on to other customers are not immediately visible. The Crown in B.C. holds a significant, if not a complete, monopoly on the supply of timber licenses in the B.C. Interior. Having a monopoly makes one, up to a certain point, a price-setter and it makes one's customers, again up to a certain point, price-takers. Monopolies do, however, have their limits and every time a supplier has to increase prices there are a whole set of consequent effects, effects which are beyond the institutional capacity of this Court to measure.

présent jugement, oblige la demanderesse à faire une preuve qui dépasse le cadre du préjudice immédiat, ce que n'exige pas d'ordinaire le droit relatif aux dommages-intérêts.

Qu'arriverait-il si le dommage causé par l'incendie en l'espèce avait été cent fois plus considérable? On peut supposer que la décision de la majorité s'appliquerait encore et que le système de PVC resterait un obstacle au recouvrement d'une indemnité. Le mécanisme de PVC s'enclencherait, de sorte que « les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du trimestre suivant » compensent la perte (motifs de la majorité, par. 27). Toutefois, pour recouvrer la perte de droits de coupe due à un feu d'une telle ampleur, l'augmentation des droits imposés aux autres exploitants forestiers dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. serait vraisemblablement cent fois plus considérable. L'augmentation des droits aurait cette fois une incidence sensible sur l'économie. Peut-être que des sociétés forestières plus petites devraient cesser leurs activités, et que même de grandes sociétés pourraient éprouver des difficultés. La province ne réussirait sans doute pas à transférer cette perte. Nul ne pourrait soutenir dans ces circonstances que la Couronne n'a pas subi de perte, malgré le système de PVC. Et pourtant, s'il fallait appliquer dans cette situation analogue la solution retenue par mon collègue, on empêcherait la Couronne de recouvrer sa perte. Le seul problème que pose le cas qui nous occupe par rapport à l'exemple hypothétique est que les effets secondaires au plan économique du transfert des pertes causées par le feu de forêt sur les autres clients ne sont pas immédiatement visibles. En Colombie-Britannique, la Couronne détient un monopole important, sinon absolu, quant à l'octroi de permis d'exploitation forestière dans le secteur de l'intérieur de la province. Jouissant de ce monopole, elle peut, jusqu'à un certain point, imposer les prix alors que ses clients, là encore jusqu'à un certain point, les subissent. Les monopoles comportent cependant leurs limites, et chaque augmentation des prix par un fournisseur provoque tout un ensemble de répercussions que les capacités institutionnelles de notre Cour ne lui permettent pas de mesurer.

174

It is by no means certain that the CVP system guarantees a steady revenue for the Crown. The argument, however, is that since the goal of the CVP system is to maintain steady revenues, the burden lies on the Crown to establish that the opposite is true. With respect, the law of damages does not require the plaintiff to establish this. The plaintiff need only establish damages in a proximate sense. So, even if it could be said that the CVP system, on the facts at bar, worked to maintain 100 percent revenue-neutrality for the Crown, such a finding would be irrelevant to an assessment of damages in tort. This will become clear from an analysis of the law with respect to mitigation, the rule against double recovery, and the defence of passing on.

C. *The Mitigation Argument*

175

Canfor argues that by charging higher prices to other timber licensees in the B.C. Interior (i.e., by the very nature of the CVP system) the Crown has mitigated its damages. With respect, the CVP system, a mechanism for charging higher stumpage rates to other timber licensees to compensate for lower timber value in a particular stand of timber, cannot be viewed as a form of mitigation. Passing on losses to other customers has never been accepted as mitigation.

176

In S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at p. 15-4, the author describes the principle of mitigation as being that the plaintiff should not be able to recover compensation for a loss that, by taking reasonable action, could have been avoided. Professor Waddams cites this as the general principle one can take from the case of *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Losses that could reasonably have been avoided are, in effect, caused by the plaintiff's inaction, rather than the defendant's

Il n'est pas du tout certain que le système de PVC garantisse à la Couronne un flux constant de recettes. Selon l'argument présenté toutefois, puisque le but du système de PVC est d'assurer des recettes constantes, il incombe à la Couronne d'établir qu'elle a été privée de ces recettes. J'estime, en toute déférence, que le droit de la responsabilité civile délictuelle n'oblige pas le demandeur à faire cette preuve. Ce dernier n'a qu'à établir le préjudice qui est une conséquence immédiate du délit. Ainsi, même si l'on pouvait affirmer que compte tenu des faits de l'espèce, le système de PVC a fait en sorte d'éviter toute incidence négative sur les recettes de la Couronne, cette conclusion ne serait pas pertinente à l'évaluation des dommages-intérêts accordés en réparation du préjudice causé. Cela ressortira à l'évidence de l'analyse du droit concernant la limitation du préjudice, la règle interdisant la double indemnisation et le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte.

C. *L'argument de la limitation du préjudice*

Canfor prétend qu'en demandant des prix plus élevés aux autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. (c.-à-d. de par la nature même du système de PVC), la Couronne a limité son préjudice. En toute déférence, le système de PVC demeure un mécanisme qui permet d'imposer des droits de coupe plus élevés aux autres titulaires pour compenser la valeur moindre du bois d'un peuplement donné, ne peut être considéré comme un moyen de limitation du préjudice. Le transfert des pertes sur d'autres clients n'a jamais été accepté comme mécanisme de limitation du préjudice.

Dans S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), p. 15-4, l'auteur affirme que selon le principe de la limitation du préjudice, le demandeur ne devrait pas être indemnisé d'une perte qui aurait pu être évitée si des mesures raisonnables avaient été prises. Le professeur Waddams tire ce principe général de l'arrêt *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Co. of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Les pertes qui auraient pu être évitées par des précautions raisonnables se définissent comme celles qui sont, en fait, attribuables à

wrong. There is also an underlying policy of avoiding economic waste. Thus, two principles underlie the requirement to mitigate: the plaintiff should not recover for a loss that he could reasonably have avoided and the defendant should not be forced to pay the plaintiff where the plaintiff has been wasteful after the fact of the wrongdoing.

The question at bar then is whether the Crown fully mitigated its damages by charging higher stumpage fees to other timber licensees in the B.C. Interior, by way of the CVP system. If the principle to be taken from *British Westinghouse* means that the plaintiff must do what is reasonable to mitigate losses, the key problem is whether this obligation includes raising prices for other customers to compensate for the loss caused by the defendant's negligence. If so, then the Crown should be denied recovery.

The analytical tool that the courts have developed to determine whether the plaintiff, by his actions after the wrongdoing, has avoided a loss is an inquiry into whether the gains made by the plaintiff are "collateral" to the tort, or *res inter alios acta*. If collateral to the tort, the gains (in our case increased stumpage fees from other licensees) should not be taken into account in assessing damages.

In *British Westinghouse* the plaintiff received deficient machinery from the defendant. The plaintiff replaced the machinery with machines of superior design. This ended up being more profitable to the plaintiff than the old machines would have been. In assessing damages, these extra profits were taken into account, meaning that the plaintiff could only recover nominal damages. At p. 690, Viscount Haldane stated:

The subsequent transaction, if to be taken into account, must be one arising out of the consequences of the breach and in the ordinary course of business.

l'inaction du demandeur plutôt qu'à la faute du défendeur. Un objectif sous-jacent est d'éviter le gaspillage. Par conséquent, deux principes justifient l'obligation de limiter le préjudice : le demandeur ne doit pas être indemnisé d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables, et le défendeur ne doit pas être tenu de verser une somme au demandeur si celui-ci peut se voir reprocher du gaspillage après la commission du délit.

La question qui nous est soumise consiste donc à déterminer si la Couronne a pleinement limité sa perte en appliquant le système de PVC pour imposer des droits de coupe plus élevés aux autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Si le principe tiré de *British Westinghouse* signifie que le demandeur doit prendre les mesures raisonnables pour limiter sa perte, le problème fondamental est de savoir si cette obligation s'entend aussi de l'augmentation des prix demandés aux autres titulaires pour compenser la perte causée par la négligence de la défenderesse. Dans l'affirmative, il faut alors refuser d'indemniser la Couronne.

L'outil d'analyse que les tribunaux ont conçu pour déterminer si, par ses actes postérieurs au délit, le demandeur a évité une perte consiste à examiner si les gains réalisés par le demandeur sont « accessoires » au délit, ou *res inter alios acta*. S'ils sont accessoires au délit, les gains (dans le cas qui nous occupe, les droits de coupe plus élevés obtenus des autres titulaires de permis) ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Dans *British Westinghouse*, la demanderesse avait reçu de la défenderesse des machines défectueuses. La demanderesse les a remplacées par un équipement mieux conçu qui s'est révélé plus rentable que l'aurait été la machinerie défectueuse. Dans l'évaluation des dommages-intérêts, ces profits additionnels ont été pris en compte, de sorte que la demanderesse n'a pu obtenir qu'une indemnité insignifiante. À la p. 690, le vicomte Haldane affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Si l'on doit prendre en considération l'opération ultérieure, il faut qu'elle résulte des conséquences de l'inexécution et se situe dans le cours normal des affaires.

177

178

179

180 This Court adopted the analysis of Viscount Haldane in *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385. In *Apeco* the lessor of space in a building, upon the lessee's repudiation, rented the same space to another tenant. Ritchie J. adopted the above rule from *British Westinghouse* but decided that the defendant had not established that the plaintiff should be seen as having mitigated his damages. Although the space the lessee vacated had been leased to another, the building remained half empty. Ritchie J. held that the transaction in question could have been concluded even if the defendant had not breached the original lease agreement. It was thus an independent transaction not arising out of the consequences of the breach by the appellant. The defendant could not point to the transaction as being mitigation of damages.

181 In both *British Westinghouse* and *Apeco* the plaintiff engaged in another transaction. The plaintiff carried on business with someone else. In *British Westinghouse* this led to a finding of mitigation of damages because the transaction was a natural thing to do in the ordinary course of business (it made sense to buy the most modern machines) and the transaction arose as a result of the defendant's breach. In *Apeco* the transaction was something done in the ordinary course of business but Ritchie J. found that it did not arise as a consequence of the breach.

182 In the case at bar, I agree that the Crown charged higher stumpage fees to other licensees as a direct result, or as a consequence of Canfor's negligence. The Crown had set up the CVP system so that this would be the inevitable result unless the government took action to change the system and stop the price increase from automatically occurring (something which it is perfectly capable of doing, and did do in 1999 after the 1998 forest fires). But I cannot agree with the notion that charging higher rates to other customers amounts to something that arises in the ordinary course of business. Charging higher prices to other customers to compensate for a loss is not something one does ordinarily, although one might unfortunately

Notre Cour a retenu l'analyse du vicomte Haldane dans *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385. Dans cette affaire, le locateur d'espace dans un édifice avait, après que le locataire eut résolu son engagement, loué le même espace à un autre locataire. Le juge Ritchie a adopté la règle ci-dessus énoncée dans *British Westinghouse* mais a décidé que la défenderesse n'avait pas établi que la demanderesse devait être considérée comme ayant limité sa perte. Bien que l'espace laissé libre par le locataire ait été loué à un tiers, l'édifice est resté à moitié inoccupé. Le juge Ritchie a décidé que l'espace en question aurait pu être loué même si la défenderesse n'avait pas résolu le bail initial. Il s'agissait donc d'une opération indépendante nullement influencée par l'inexécution de l'engagement pris par l'appelante. La défenderesse ne pouvait pas invoquer cette opération pour faire réduire les dommages-intérêts.

Tant dans *British Westinghouse* que dans *Apeco*, la demanderesse avait réalisé une autre opération. Elle avait traité avec un tiers. Dans *British Westinghouse*, ce fait a amené le tribunal à conclure à la limitation du préjudice parce que l'opération s'inscrivait naturellement dans le cours normal des affaires (acheter les machines les plus modernes était un choix rationnel) et l'opération découlait de la rupture du contrat par la défenderesse. Dans *Apeco*, l'opération a été accomplie dans le cours normal des affaires mais le juge Ritchie a conclu qu'elle ne résultait pas de la résolution du bail.

En l'espèce, j'admets que si la Couronne a demandé aux autres titulaires des droits de coupe plus élevés, c'était un résultat direct ou une conséquence de la négligence de Canfor. La Couronne avait conçu le système de PVC de telle sorte que ce résultat soit inévitable, à moins que le gouvernement ne prenne des mesures pour modifier le système et empêcher l'augmentation automatique des prix (ce qu'il est tout à fait capable de faire, et ce qu'il a fait en 1999, après les incendies de forêt de 1998). Mais je ne peux pas accepter l'idée qu'imposer des droits plus élevés aux autres clients représente une mesure prise dans le cours normal des affaires. Demander des prix plus élevés à d'autres clients pour compenser une

feel forced to do so as a result of the damage suffered. In the ordinary course of business, for someone in the Crown's position of having suffered a loss because of a negligently caused forest fire, it would make business sense to put forest rehabilitation measures in place (the Crown did this). It would also make business sense to allow as much timber to be salvaged as possible (this occurred, and the Crown's damages were reduced accordingly). Charging higher prices to other customers is not necessarily a smart business decision. Most business people (and the Crown is in the timber licensing business, in my opinion) do not have this option. If the typical businessperson raises prices, he or she runs the risk of their customers turning to cheaper substitutes, or foregoing consumption of the product. The Crown gets away with charging higher stumpage fees only because of its position as a monopolistic, price-setting supplier in the B.C. Interior. However, as I have tried to illustrate with my examples above, this type of behaviour has consequences down the line, although they may not be immediately visible to the courts.

The analysis of Rand J. in *Karas v. Rowlett*, [1944] S.C.R. 1, is helpful in elucidating the principle at play when it comes to mitigation. In *Karas* the plaintiff lost a lease because of fraud. He set up another business in an admitted attempt to offset some of his losses. Rand J. ruled that these profits (from the new business) could not be used to offset the damages payable by the defendant. Rand J. enunciated the following principle at p. 8:

It is settled . . . that the performance in mitigation and that provided or contemplated under the original contract must be mutually exclusive, and the mitigation, in that sense, a substitute for the other. Stated from another point of view, by the default or wrong there is released a capacity to work or to earn. That capacity becomes an asset in the hands of the injured party, and he is held to a reasonable employment of it in the course of events flowing from the breach. [Emphasis added.]

perte n'est pas une pratique courante, bien qu'on puisse malheureusement se voir forcé de le faire par suite du préjudice subi. Dans le cours normal des affaires, pour une personne qui se trouve dans la même situation que la Couronne en raison d'un feu de forêt attribuable à la négligence, il serait logique au plan commercial de mettre en place des moyens de restauration de la forêt (ce qu'a fait la Couronne). Il serait logique aussi au plan commercial de faire récupérer autant de bois que possible (cela a été fait et l'indemnité de la Couronne a été réduite d'autant). Demander des prix plus élevés à d'autres clients ne constitue pas nécessairement une décision judicieuse au plan commercial. La plupart des chefs d'entreprise (et la Couronne possède une entreprise d'octroi de permis, à ce que je sache) ne jouissent pas de cette faculté. Le commerçant type qui augmente ses prix risque de voir ses clients se tourner vers des sources moins chères ou cesser de consommer le produit. La Couronne peut exiger des droits de coupe plus élevés uniquement en raison de sa situation de monopole, qui lui permet d'imposer les prix dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Toutefois, comme j'ai tenté de l'illustrer par mes exemples précédemment, un comportement de ce genre entraîne des conséquences en bout de ligne, encore qu'elles ne soient pas immédiatement évidentes pour les tribunaux.

L'analyse du juge Rand dans *Karas c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1, nous aide à expliciter le principe en jeu en matière de limitation du préjudice. Dans *Karas*, le demandeur avait perdu un bail en raison d'une fraude. Il a lancé une autre entreprise dans le but avoué de compenser en partie ses pertes. Le juge Rand a décidé que ces profits (produits par la nouvelle entreprise) ne pouvaient servir à compenser les dommages-intérêts payables par le défendeur. Le juge Rand expose le principe qui suit, à la p. 8 :

[TRADUCTION] Il est bien établi [. . .] que le résultat obtenu qui permet la limitation du préjudice et le résultat stipulé ou envisagé dans le contrat initial doivent s'exclure l'un l'autre, et la limitation du préjudice, dans ce sens, se substitue à l'autre. D'un autre point de vue, le manquement ou la faute libèrent la capacité de travail ou de gain. Cette capacité devient un actif entre les mains de la partie lésée qui est tenue d'en faire bon usage dans la suite des faits résultant de l'inexécution. [Je souligne.]

No such “capacity to earn” has been released for the Crown on the facts at bar. The Crown could have raised this extra revenue before the tort occurred, but simply chose not to. The Crown was able to collect stumpage fees from salvaged timber now, as opposed to 30 or 50 years from now as previously planned. That is clearly a mitigating factor. However, charging other licensees more as a result of the forest fire does not amount to an increased capacity to earn. It is likely a disappointment for those who are charged more and should be unsettling for the Crown, since raising prices for other timber licensees in the B.C. Interior may affect business, tax revenue and jobs.

Or, aucune telle « capacité de gain » n’a été libérée au profit de la Couronne dans le cas qui nous occupe. La Couronne aurait pu percevoir ces recettes additionnelles avant le délit, mais elle a simplement choisi de ne pas le faire. Elle a pu recouvrer tout de suite des droits de coupe sur le bois récupéré, au lieu d’attendre les 30 ou 50 ans que prévoyait le calendrier de coupe. De toute évidence, un tel facteur touche à la limitation du préjudice. Cependant, la réclamation de prix plus élevés aux autres titulaires de permis en conséquence de l’incendie n’équivaut pas à la création d’une capacité accrue de gain. Une telle majoration ne peut que décevoir ceux qu’elle frappe. Elle devrait aussi causer de l’inquiétude pour la Couronne puisqu’une augmentation des prix pour les autres titulaires de permis peut porter préjudice aux affaires, aux rentrées fiscales et à l’emploi dans l’intérieur de la C.-B.

184

It is entirely possible that the Crown might decide, in similar circumstances in the future, not to allow the CVP system to automatically raise stumpage fees for other licensees in order to maintain the target rate, and perhaps the target revenue. In fact, that is exactly what the Crown did after forest fires that occurred in 1998. This is clear from Canfor’s own evidence, as can be seen in the following passage from Mr. Gairns’ expert report of March 5, 1999:

The Comparative Value Pricing (CVP) system is used to establish stumpage rates for all Cutting Permits under all types of long term tenure in B.C. and applied to both Canfor’s Forest Licence and to the three Woodlots in the Stone Fire area. . . . Until January 1, 1999, all types of Cutting Permits under these licences were included in the MVI calculation, but this has now been changed to exclude salvage cutting permits for fire-killed timber from the 1998 forest fires. This January 1, 1999 change will avoid the increase to stumpage for non-salvage Cutting permits that would have normally occurred, but will result in a reduction in Provincial revenues in 1999 from what they would have been had the 1999 fires not occurred.

Assuming the 1998 fires were the result of negligence, would the defendant in the ensuing action be

Il peut fort bien arriver que dans des circonstances semblables à l’avenir, la Couronne décide de ne pas permettre que le système de PVC majore de façon automatique les droits de coupe frappant les autres titulaires afin de maintenir le taux cible et peut-être, aussi, les recettes anticipées. En fait, c’est exactement le geste posé par la Couronne après les feux de forêt de 1998. Cela ressort à l’évidence de la preuve présentée par Canfor elle-même, comme le démontre le passage suivant du rapport d’expertise de M. Gairns du 5 mars 1999 :

[TRADUCTION] Le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative (PVC) sert à établir les droits de coupe à l’égard de tous les permis de coupe visés par tous les genres de tenure à long terme en C.-B. et il s’appliquait tant au permis d’exploitation de Canfor qu’aux trois boisés de ferme dans le secteur ravagé de Stone [Creek]. [. . .] Jusqu’au 1^{er} janvier 1999, tous les types de permis de coupe visés par ces permis d’exploitation étaient inclus dans le calcul de l’IVM, mais un changement a été apporté afin d’exclure désormais les permis de coupe du bois récupéré par suite des incendies de 1998. Par ce changement apporté le 1^{er} janvier 1999, les permis de coupe visant le bois qui n’est pas du bois récupéré ne seront pas frappés par la majoration, mais les recettes de la province diminueront en 1999 par rapport à ce qu’elles auraient été sans les feux de 1999.

En supposant que les feux de 1998 aient été le résultat de la négligence, est-ce que la défenderesse

able to point to the plaintiff Crown's refusal to raise prices for others as a failure to mitigate? I would think not. The principles behind mitigation, in particular the principle of economic efficiency, require the injured party to exploit any new "capacity to earn" triggered by the defendant's tort. Mitigation principles do not require the injured party to attempt to recoup its losses by charging higher prices to other customers. In the present case, the plaintiff Crown, by allowing the CVP system to kick-in and charge higher prices to other timber licensees, was not exercising any "increased capacity to earn" and therefore should not be penalized in its damage award. Based on *British Westinghouse*, but more particularly on this Court's reasons in *Karas* and *Apeco*, I conclude that the CVP system is not a mitigating factor in the assessment of damages against the defendant.

D. Double Recovery

Smith J.A., speaking for a majority of the Court of Appeal for British Columbia, correctly concluded that this was not a case of mitigation. The majority concluded instead that "the comparative value pricing system was in place before the fire occurred and its effect was to avoid any loss to the Crown from the fire" (para. 80). It also voiced a concern that if the Crown were allowed to recover damages in addition to the increased stumpage revenue it received from other licensees, it would be compensated twice for the same loss from different sources. This outcome would violate the rule against double recovery espoused in *Ratysh v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940.

First of all, I would re-emphasize that it is not at all clear that the CVP system's effect is "to avoid any loss to the Crown from the fire". What the courts below really found was that the Crown was not able to rebut the presumption that the CVP system was

dans l'action qui s'en serait suivie aurait pu prétendre que le refus de la Couronne, demanderesse, de majorer les prix demandés aux autres constituait un défaut de limiter le préjudice? Je ne le pense pas. Les principes régissant la limitation du préjudice, en particulier le principe de l'efficacité économique, commandent que la personne lésée tire parti de la « capacité de gain » nouvellement acquise du fait de la faute du défendeur. Ces principes n'exigent pas que la personne lésée essaie de recouvrer ses pertes en demandant des prix plus élevés aux autres clients. Dans le cas présent, en permettant que s'enclenche le mécanisme de PVC et que l'on augmente les prix demandés aux autres titulaires de permis, la Couronne demanderesse n'utilisait pas une « capacité de gain accrue » et ne doit donc pas être pénalisée par une réduction de son indemnité. Vu l'arrêt *British Westinghouse*, mais en particulier les motifs de notre Cour dans les arrêts *Karas* et *Apeco*, je conclus qu'en ce qui concerne l'évaluation des dommages-intérêts à payer par la défenderesse, le système de PVC ne constitue pas un facteur de limitation du préjudice.

D. La double indemnisation

Dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Smith a correctement conclu que la limitation du préjudice ne jouait pas dans ce cas. Les juges majoritaires ont plutôt conclu que [TRADUCTION] « le système de fixation des prix en fonction de la valeur comparative était en place avant l'incendie et il avait pour effet d'éviter à la Couronne toute perte due au feu » (par. 80). Ils se sont également dits inquiets de ce que, si la Couronne était autorisée à recouvrer une indemnité en sus des recettes accrues des droits de coupe perçues des autres titulaires de permis, elle obtiendrait pour la même perte deux indemnités provenant de sources différentes. Ce résultat violerait la règle interdisant la double indemnisation suivie dans *Ratysh c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940.

En premier lieu, je tiens à signaler de nouveau qu'il n'est pas du tout certain que le système de PVC a eu pour effet « d'éviter à la Couronne toute perte due au feu ». En fait, les tribunaux d'instance inférieure ont décidé que la Couronne n'a pas été

revenue-neutral. Again, as was the case with mitigation, no such burden should be placed on the plaintiff at bar. The rule against double recovery is not invoked where the plaintiff's supposed double recovery stems from their decision to charge higher prices to other customers. If this Court chooses to deny the Crown recovery at bar, it may be invoking in part the principles against double recovery espoused in *Ratych*, but in truth the Court would be recognizing the defence of passing on in tort law.

en mesure de réfuter la présomption selon laquelle le système de PVC n'avait aucune incidence sur les recettes. Là encore, comme dans le cas de la limitation du préjudice, il ne convient pas d'imposer un tel fardeau à la demanderesse en l'espèce. La règle interdisant la double indemnisation n'est pas invoquée quand la supposée double indemnité de la demanderesse découle de sa décision de demander des prix plus élevés à d'autres clients. Si elle choisit de priver la Couronne de l'indemnité dans le présent pourvoi, notre Cour peut s'appuyer en partie sur les principes justifiant le refus de la double indemnisation énoncés dans *Ratych*, mais, en vérité, elle se trouverait à reconnaître en droit de la responsabilité civile délictuelle le moyen de défense fondé sur le transfert de perte.

187 Before turning to whether the passing-on defence exists at law, I wish to consider the decision of McLachlin J. (as she then was) in *Ratych*. Certain principles from *Ratych* can apply at bar, but generally speaking, the case is distinguishable as relating to collateral benefits such as sick pay, welfare payments, accident insurance benefits and the like. The case dealt squarely with receipt of loss-spreading benefits from third parties. In my opinion, charging higher prices to other customers cannot truly be analogized to the benefits of which McLachlin J. spoke in *Ratych*.

Avant d'examiner si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est reconnu en droit, je tiens à examiner la décision de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) dans *Ratych*. Certains principes dégagés de *Ratych* peuvent s'appliquer en l'espèce, mais de façon générale, cette affaire différerait car elle concernait des prestations parallèles telles que les indemnités de maladie, les prestations d'aide sociale, les prestations d'assurance contre les accidents, etc. Cette affaire portait directement sur des prestations versées par des tiers selon une formule de répartition des pertes. À mon avis, demander des prix plus élevés à d'autres clients ne peut pas vraiment être assimilé aux prestations dont parlait la juge McLachlin dans *Ratych*.

188 In *Ratych*, the respondent police officer was injured in a motor vehicle accident. The appellant was clearly at fault. The officer was unable to work for several months because of his injuries but continued to be paid pursuant to the terms of his collective agreement. The central issue was whether these payments, made by an employer during the period when a plaintiff could not work, should be brought into account in assessing his damages for loss of earnings. Since the officer had continued to receive wages, there was no actual wage loss to speak of. At p. 964, McLachlin J. stated as follows:

Dans *Ratych*, le policier intimé a été blessé dans un accident de la circulation. La faute de l'appelante a été clairement établie. En raison de ses blessures, le policier n'a pu travailler pendant plusieurs mois, mais il a continué à toucher son salaire en conformité avec sa convention collective. La question fondamentale consistait à savoir si les paiements effectués par un employeur à un demandeur pendant qu'il ne pouvait pas travailler doivent être pris en compte dans l'évaluation de ses dommages-intérêts pour perte de salaire. Comme le policier avait continué à toucher son salaire, il n'avait pas réellement subi de perte de salaire. À la p. 964, la juge McLachlin a fait les observations suivantes :

I conclude that the general principles underlying our system of tort law suggest that the damages awarded to the plaintiff should be confined to his or her actual loss, as closely as that can be calculated. The damages should be in an amount which will restore the plaintiff to his pre-accident position. Where pecuniary losses, such as loss of earnings, are at stake, the measure of damages is normally the plaintiff's actual financial loss. Unless the plaintiff can demonstrate such loss, he or she is not entitled to recover. This is because an essential element of tortious liability is lacking in the absence of loss. As Lord Diplock stated in *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, at pp. 1094-95: "A person who acts without reasonable care does no wrong in law; he commits no tort. He only does wrong, he only commits a tort, if his lack of care causes damage to the plaintiff."

McLachlin J.'s argument in *Ratych* is well put: a plaintiff should not recover for losses which he or she has not actually incurred. With respect though, I have serious hesitations about applying the reasoning of *Ratych* to the facts at bar. Much of McLachlin J.'s discussion revolved around the inapplicability, or at least limiting the applicability, of the insurance exception to damages for personal injury in *Bradburn v. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.). In *Bradburn*, it was held that damages for personal injury should not be reduced by amounts payable to the plaintiff by a private insurer. In *Ratych*, McLachlin J. showed, by way of a thorough analysis of the authorities in the U.K., Australia, the United States, and Canada, that although *Bradburn* was originally used to support the non-deductibility of all types of "benefits", the general applicability of the insurance rule was being tapered down by the courts.

McLachlin J.'s overview of the U.K. jurisprudence is illustrative of the focus of her analysis. McLachlin J. began to illustrate how the general applicability of *Bradburn* had been eroding by

Je conclus que, d'après ce qui ressort des principes généraux sous-jacents à notre régime de droit en matière de responsabilité civile délictuelle, les dommages-intérêts accordés au demandeur devraient correspondre aussi exactement que possible à la perte qu'il a réellement subie. Le montant des dommages-intérêts devrait remettre le demandeur dans la position où il se trouvait avant l'accident. Lorsqu'il s'agit d'un préjudice pécuniaire comme la perte de salaire, le montant des dommages-intérêts équivaut normalement à la perte financière réelle du demandeur. À moins que celui-ci ne puisse démontrer l'existence d'une telle perte, il n'a droit à aucune indemnisation. La raison à cela est que, s'il n'y a aucune perte, il manque un élément essentiel de la responsabilité délictuelle. Ainsi que l'affirme lord Diplock dans l'arrêt *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089, aux pp. 1094 et 1095: [TRADUCTION] « Quiconque agit sans prudence raisonnable ne commet pas d'acte blâmable du point de vue juridique; il ne commet pas de délit civil. Son acte n'est blâmable et ne constitue un délit civil que si son imprudence cause un préjudice au demandeur. »

Le raisonnement de la juge McLachlin dans *Ratych* est juste : le demandeur ne doit pas recouvrer des pertes qu'il n'a pas réellement subies. En toute déférence, toutefois, je conserve des hésitations sérieuses sur l'application du raisonnement tenu dans *Ratych* aux faits de la présente espèce. Pour une grande partie, l'analyse de la juge McLachlin portait sur l'inapplicabilité, ou du moins la restriction de l'applicabilité, de l'exception qui a été apportée, dans *Bradburn c. Great Western Rail. Co.*, [1874-80] All E.R. 195 (Ex. Div.), à l'attribution des dommages-intérêts pour lésions corporelles quand des indemnités d'assurance sont en cause. Dans *Bradburn*, la cour a statué que les sommes payables au demandeur par un assureur privé ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour lésions corporelles. Dans *Ratych*, la juge McLachlin a démontré, par une analyse approfondie de la jurisprudence britannique, australienne, états-unienne et canadienne, que, bien que l'arrêt *Bradburn* ait été cité à l'origine pour étayer la non-déductibilité de tous les genres de « prestations », les tribunaux avaient atténué l'application générale de la règle relative aux indemnités d'assurance.

L'aperçu que donne la juge McLachlin de la jurisprudence britannique illustre le point central de son analyse. La juge McLachlin commence par montrer comment l'application générale de *Bradburn* a été

considering *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), where Lord Denning held that the amount of the plaintiff's veteran benefit should be deducted from a damage award. Only a few years later, Lord Reid held in *Parry v. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), that a policeman's pension should not be deducted from damages for loss of earnings. Sick pay was, however, deemed deductible from a damage award in *Hussain v. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.). McLachlin J. stated as follows in *Ratych*, at p. 967:

The jurisprudence in England on the question before this Court may be summarized as follows. While some benefits, like private insurance, remain non-deductible, wages or sick benefits paid during the period the plaintiff is unable to work have always been required to be brought into account in calculating the plaintiff's damages.

191

McLachlin J. then briefly showed that Australia has adopted a similar approach to deductibility of wage payments. In the United States the matter had been dealt with in large part by legislation providing for the deduction of an "array of different benefits" (p. 968). McLachlin J. then turned to the Canadian jurisprudence. She determined that, as in the United Kingdom, the influence of *Bradburn* had caused the courts to take a general non-deductibility approach to all types of "collateral benefits", but along with Lord Denning in *Browning's* case, Canadian courts shifted to deductibility. As McLachlin J. states at p. 969:

As a consequence of *Browning's* case, Canadian courts shifted to deductibility. They deducted from damages salary continuation payments, both *ex gratia* (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (Ont. H.C.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (N.S.S.C.)) and contractual (*Dell v. Vermette* on appeal (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (Ont. C.A.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.S.T.D.)) Sickness and accident insurance benefits from employers were deducted, (*Rados v.*

circoscrite graduellement en s'arrêtant à *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), où lord Denning a décidé que le montant des allocations d'ancien combattant devait être défalqué des dommages-intérêts accordés au demandeur. Quelques années plus tard seulement, lord Reid a conclu, dans l'arrêt *Parry c. Cleaver*, [1969] 1 All E.R. 555 (H.L.), que la pension d'un agent de police ne devrait pas être déduite du montant des dommages-intérêts pour perte de salaire. Les indemnités de maladie ont, cependant, été tenues pour déductibles des dommages-intérêts dans *Hussain c. New Taplow Paper Mills Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 541 (H.L.). La juge McLachlin a affirmé ce qui suit dans *Ratych* à la p. 967 :

La jurisprudence anglaise portant sur la question dont nous sommes saisis en l'espèce peut se résumer ainsi : si certaines prestations, comme celles provenant d'assurances privées, demeurent non déductibles, le salaire ou les indemnités de maladie versés au demandeur pendant le temps qu'il était incapable de travailler ont toujours dû entrer en ligne de compte dans le calcul de ses dommages-intérêts.

Puis, en quelques mots, la juge McLachlin a montré que l'Australie avait adopté, à l'égard de la déductibilité des paiements de salaire, une position identique à la position anglaise. Aux États-Unis, cette question a été réglée en grande partie par des dispositions législatives prévoyant la déduction de « tout un éventail de prestations » (p. 968). La juge McLachlin a ensuite abordé la jurisprudence canadienne. Elle a constaté que, comme au Royaume-Uni, l'influence de l'arrêt *Bradburn* avait amené les tribunaux canadiens à conclure généralement à la non-déductibilité de tous les genres de « prestations parallèles », mais à l'instar de lord Denning dans *Browning*, nos tribunaux en sont venus à opter pour la déductibilité. Comme la juge McLachlin l'indique à la p. 969 :

Par suite de l'arrêt *Browning*, les tribunaux canadiens ont changé d'avis en faveur de la déductibilité. En effet, ils ont déduit des dommages-intérêts les paiements de maintien de salaire, tant ceux effectués à titre gracieux (*Dell v. Vermette* (1963), 37 D.L.R. (2d) 101 (H.C. Ont.); *Parsons v. Saunders* (1963), 39 D.L.R. (2d) 190 (C.S.N.-É.)), que ceux faits en exécution d'un contrat (*Dell v. Vermette*, en appel (1963), 42 D.L.R. (2d) 326 (C.A. Ont.); *Woodworth v. Farmer* (1963), 39 D.L.R. (2d) 179 (N.-É.D.P.I.)) Les

Neumann, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (Co. Ct.); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (Ont. H.C.), as was sick pay (*Dell v. Vermette*, *supra*; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (B.C.S.C.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Again, the practice cannot be described as universal, some judges still refusing to deduct benefits.

McLachlin J. then went on to discuss other cases where “benefits” such as private pension plans, CPP payments, wage benefits, sick leave benefits, etc., were or were not deducted from damage awards.

Much of McLachlin J.’s analysis was then devoted to the minority’s argument that the above types of benefits were analogous to insurance and should therefore not be deducted from an insurance award. She determined that wages paid while on sick leave could not be analogized to private insurance payments. McLachlin J. was not ready to assume that if an employee receives wages when he is not working, he has given up a *quid pro quo* for that benefit, and therefore has established a right to keep the benefit in the face of a damage award. At p. 973 of *Ratych*, she states:

In my view, it is inconsistent with the principles governing the recovery of damages in tort that the court should assume that because a benefit has been conferred by a third party, the plaintiff has suffered an equivalent loss. I know of no principle which could support such an assumption. The rule remains as it has always been — a plaintiff is obliged to prove his or her loss.

It becomes increasingly clear as one considers the analysis of McLachlin J. in *Ratych* that she was dealing with an entirely different set of facts than those the Court is faced with at bar. One can glean from her decision that general principles of tort law require the plaintiff to establish their loss. The plaintiff must not be allowed double recovery where at

prestations d’assurance-maladie et d’assurance contre les accidents versées par des employeurs ont été déduites (*Rados v. Neumann*, [1971] 2 O.R. 269 (H.C.); *Massia v. Allen*, [1973] 1 O.R. 419 (C. cté); *Brazier v. Humphreys* (1973), 38 D.L.R. (3d) 201 (H.C. Ont.)), de même que les indemnités de maladie (*Dell v. Vermette*, précité; *McCready v. Munroe* (1965), 55 D.L.R. (2d) 338 (C.S.C.B.); *Menhennet v. Schoenholz*, [1971] 3 O.R. 355 (C.A.)) Là encore, cette pratique ne saurait être qualifiée d’universelle, car certains juges refusent toujours la déduction des prestations.

La juge McLachlin a ensuite examiné d’autres décisions dans lesquelles des « prestations » telles que des paiements provenant d’un régime de retraite privé, des allocations versées en vertu du RPC, des prestations sous forme de salaire, des indemnités de maladie, etc., ont ou n’ont pas été déduites des dommages-intérêts.

Puis, la juge McLachlin a, pour l’essentiel, consacré son analyse à l’argument des juges minoritaires selon lequel les sortes de prestations précitées étaient analogues à des indemnités d’assurance et ne devaient donc pas être déduites des dommages-intérêts accordés. Elle a décidé que le salaire versé pendant un congé de maladie ne pouvait pas être assimilé à des prestations d’une assurance privée. La juge McLachlin n’était pas disposée à supposer que, si un employé touche un salaire quand il ne travaille pas, il a cédé quelque chose en contrepartie et a, par conséquent, établi un droit de garder l’avantage reçu si un dédommagement lui est accordé. À la p. 973 de l’arrêt *Ratych*, elle affirme ainsi :

À mon avis, il est incompatible avec les principes régissant l’attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle que la cour présume que parce qu’un avantage a été conféré par une tierce personne, le demandeur a subi une perte équivalente. Je ne connais aucun principe qui puisse justifier une telle hypothèse. La règle demeure inchangée — le demandeur est tenu de prouver l’existence de sa perte.

À l’examen de l’analyse de la juge McLachlin dans *Ratych*, il apparaît de plus en plus évident qu’elle devait examiner un ensemble de faits complètement différents de ceux qu’étudie notre Cour en l’espèce. On peut déduire de sa décision que les principes généraux en matière de responsabilité civile délictuelle exigent que le demandeur prouve

all possible. The rest of her analysis relates almost exclusively to whether “collateral benefits”, in particular benefits that are akin to wages, or wage substitutes, should be deducted from any damage award for lost earnings. It seems that McLachlin J. puts a kind of onus on the plaintiff to show that these types of collateral benefits have been somehow earned by the plaintiff, that there was a *quid pro quo* for the receipt of the benefits in question. With respect, the “benefits” that Canfor wishes to have deducted from their damages award at bar are not benefits at all, but stumpage revenues from entirely separate transactions with third parties. These increased stumpage revenues are not analogous to the benefits paid by third parties to the injured party in *Ratych*. The Crown is merely attempting to rely on the generally held notion that no defence of passing on exists in Canadian law. As such, I turn now to a discussion of passing on.

E. *The Passing-on Defence*

194

The question of whether the defence of passing on exists at law in Canada was recently canvassed by Ground J. in *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (S.C.J.). Ground J. was faced with summary judgment motions by the defendants. The defendants’ contended that even if breach of contract, negligence and negligent misrepresentation could be proven, the plaintiffs had suffered no damages since all of the unpaid claims liabilities and deficits incurred by the insurance plan in the subject years had been recouped by the plaintiffs as a result of supplemental or increased levies on Law Society members. In this manner, the plaintiff had “passed off” the losses to Law Society members by way of supplementary and increased insurance levies.

sa perte. Autant que possible, le demandeur ne doit pas bénéficier d’une double indemnisation. Le reste de son analyse porte presque uniquement sur la question de la déductibilité des « prestations parallèles », en particulier les prestations qui s’apparentent à un salaire, des dommages-intérêts accordés pour la perte de salaire. La juge McLachlin semble imposer au demandeur la charge de prouver que le demandeur a en quelque sorte gagné toutes les prestations parallèles de ce genre et qu’il a cédé quelque chose en contrepartie de ces dernières. À mon avis, en toute déférence, les « prestations » ou « avantages » que Canfor veut qu’on déduise de son indemnité en l’espèce n’en sont pas, mais doivent être considérées comme des recettes des droits de coupe provenant d’opérations tout à fait indépendantes avec des tiers. Ces recettes accrues découlant des droits de coupe ne sont pas analogues aux prestations versées par des tiers à la personne lésée dans *Ratych*. La Couronne cherche simplement à s’appuyer sur la notion généralement admise qu’en droit canadien, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas reconnu. Je vais donc aborder maintenant l’examen du transfert de la perte.

E. *Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte*

La question de savoir si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte existe en droit canadien a été étudiée récemment par le juge Ground dans *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (C.S.J.). Le juge Ground devait trancher des requêtes inscrites pour jugement sommaire présentées par les défendeurs. Ces derniers prétendaient que, même si une rupture de contrat, la négligence ou des déclarations inexactes par négligence pouvaient être établies, les demandeurs n’avaient subi aucun préjudice parce que toutes les obligations non réglées et les pertes non supportées par le régime d’assurance au cours des années en cause avaient été recouvrées par les demandeurs au moyen de cotisations supplémentaires ou d’augmentations des cotisations demandées aux membres du barreau. En majorant les cotisations au titre de l’assurance, la demanderesse avait ainsi transféré ses pertes aux membres du barreau.

Ground J. ruled that as a general principle, a wrongdoer should not be immune from liability for its wrongful acts simply because the person harmed by those acts was able to recoup the amount of the losses incurred by accessing other sources of revenue or existing contractual or statutory rights. In essence, he ruled at the summary judgment stage that no defence of passing on existed in Canada. The only known exception was the ruling of La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, a ruling which was restricted to a situation where a taxpayer brings an action to recover taxes paid under *ultra vires* legislation.

Borins J.A., at the Ontario Court of Appeal ((2003), 65 O.R. (3d) 577), overruled Ground J., first on procedural grounds, but second because he concluded that it was not “plain and obvious” that the passing-on defence, as a matter of law, did not exist in Canada. Notably, one of the chief reasons, if not the chief reason why Borins J.A. felt that the passing-on defence could be considered at trial related to the fact that this Court had only recently granted leave to appeal in this case. At para. 50, Borins J.A. states:

In this appeal, there is no better indicator that the law concerning the recognition of a passing on defence is unsettled than the decision of the Supreme Court of Canada, announced on the second day of the hearing, to grant leave to appeal from a decision of the British Columbia Court of Appeal on the issue of whether the Court of Appeal erred in accepting the “passing-off” defence and awarding no damages for commercial timber damaged or destroyed in a fire

Ground J., although overruled with respect to the “plain and obvious” test, nonetheless conducted a very thorough and useful analysis of whether the defence of passing on exists at law in Canada. My overall conclusion is that the passing-on defence, on the facts of this case and generally, must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence. Although the plaintiff does indeed bear the burden

Le juge Ground a décidé qu’en règle générale, l’auteur de la faute n’est pas exonéré de responsabilité simplement parce que la personne lésée a pu recouvrer les pertes subies en recourant à d’autres sources de revenu ou en faisant valoir des droits contractuels ou conférés par la loi. Essentiellement, il a statué, à l’étape du jugement sommaire, que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’était pas reconnu au Canada. La seule exception connue restait la décision du juge La Forest dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, une décision applicable uniquement dans le cas d’un contribuable qui intente une action pour recouvrer des taxes payées en application d’une loi déclarée *ultra vires*.

Le juge Borins de la Cour d’appel de l’Ontario ((2003), 65 O.R. (3d) 577) a infirmé le jugement du juge Ground, d’abord en se fondant sur des moyens tenant à la procédure, mais aussi parce qu’il a conclu qu’il n’était pas [TRADUCTION] « manifeste » que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas reconnu en droit canadien. Il faut noter que l’un des principaux motifs, sinon le principal motif, pour lequel le juge Borins a estimé que ce moyen de défense aurait pu être considéré en première instance tenait au fait que notre Cour avait récemment autorisé le présent pourvoi. Au paragraphe 50, le juge Borins déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le présent pourvoi, la meilleure indication que le droit concernant la reconnaissance du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas établi est que la Cour suprême du Canada a, le deuxième jour de l’audition en l’espèce, annoncé qu’elle autorisait un pourvoi contre une décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique sur la question de savoir si la Cour d’appel avait commis une erreur en acceptant le moyen de défense fondé sur le « transfert de la perte » et en n’attribuant aucune indemnité pour le bois commercial endommagé ou détruit par le feu

Bien que sa conclusion concernant le critère « manifeste » ait été infirmée, le juge Ground a néanmoins effectué une analyse très fouillée et utile de la question de la reconnaissance du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte au Canada. J’en arrive, en définitive, à la conclusion qu’au regard des faits de l’espèce et en général, il ne faut pas laisser ce moyen de défense s’enraciner dans la

of proving that he or she has suffered an actual loss, the plaintiff need only establish loss in the proximate sense. The courts need not go on to consider whether the plaintiff was able to recoup his or her losses by accessing other sources of revenue or exercising contractual or statutory rights.

198 Professor Waddams considers the defence of passing on in his text *The Law of Damages*, *supra*, at p. 15-38, and dismisses it outright. He discusses the case of *Oshawa Group Ltd. v. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1982] 1 S.C.R. viii, where a passing-on defence was rejected. Professor Waddams states as follows:

In a free market, the price charged for goods reflects market prices. Had the fraud not been committed the plaintiff would have obtained its goods more cheaply and could have sold the same quantity at the prices actually charged making a larger profit on the same quantity or (if it thought it profitable to do so) could have reduced the price and sold a larger quantity. If the defendant's argument, sometimes framed in terms of a defence of "passing on", were sound, many enterprises would be incapable of suffering losses. Again, it is suggested that the key factor is that the plaintiff in the *Oshawa Group* case could have charged the prices actually charged, in addition to retaining the benefit of the cheaper goods that it would have obtained from its suppliers in the absence of the fraud. [Footnote omitted.]

Here, the Crown could have charged the other licensees higher stumpage rates if it so chose, even in the absence of a forest fire. The Minister of Forests sets its own rates, after all. The Crown could also have decided not to raise stumpage fees for other licensees as a result of the fire, as it did in 1999.

199 In an indirect way this Court recently considered the passing-on defence in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25, at para. 37 and paras. 63-66. The context was one of restitution. A type of passing-on

jurisprudence canadienne. Même si le demandeur a effectivement le fardeau de prouver qu'il a subi une perte réelle, il n'a à prouver que la perte représentant une conséquence immédiate. Les tribunaux n'ont pas à examiner si le demandeur a pu recouvrer ses pertes grâce à d'autres sources de revenu ou en exerçant des droits contractuels ou conférés par la loi.

Dans son ouvrage *The Law of Damages*, *op. cit.*, p. 15-38, le professeur Waddams traite du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte et le rejette d'emblée. Il examine l'arrêt *Oshawa Group Ltd. c. Great American Insurance Co.* (1982), 36 O.R. (2d) 424 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1982] 1 R.C.S. viii, dans lequel le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été rejeté. Le professeur Waddams écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Sur le marché libre, le prix demandé pour des marchandises reflète le cours du marché. N'eût été la fraude, la demanderesse aurait payé un prix plus avantageux pour ses marchandises et aurait pu en vendre la même quantité aux prix effectivement demandés et faire un profit plus grand sur la même quantité ou (si elle avait jugé cela avantageux) elle aurait pu réduire le prix et en vendre une plus grande quantité. Si l'argument de la défenderesse, parfois appelé le moyen de défense du « transfert de la perte », était valable, bien des entreprises seraient incapables de subir des pertes. Encore une fois, on fait valoir que le facteur clef tient à ce que dans l'affaire *Oshawa Group*, la demanderesse aurait pu demander les prix effectivement demandés, en plus de conserver le profit résultant des marchandises moins chères qu'elle aurait obtenues de ses fournisseurs n'eût été la fraude. [Renvoi omis.]

En l'espèce, la Couronne aurait pu demander aux autres titulaires de permis des droits de coupe plus élevés, même sans incendie. Après tout, le ministre des Forêts fixe lui-même les prix. La Couronne aurait pu aussi décider de ne pas majorer les droits de coupe pour les autres titulaires en conséquence de l'incendie, ce qu'elle a fait en 1999.

Récemment, dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25, par. 37 et 63-66, notre Cour a examiné indirectement le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Dans une action en restitution, l'entreprise de

defence was raised by the respondent utility company. The argument was that the utility company had passed on illegally obtained late-payment fees to other customers, and as such retained no benefit. The company was not enriched because it passed on the benefit. This Court refused to deal with the defence of passing on (a defence that Iacobucci J. correctly noted would fall under the broader rubric of a change of position defence in restitution law, at para. 37). In the law of restitution the enriched party cannot avail itself of the defence of change of position where the defendant is a wrongdoer. In *Garland, supra*, the defendant had collected the late payment fees in violation of the *Criminal Code*. The passing-on defence was passed over by this Court, for reasons of equity specific to restitution law. This equitable analysis, omnipresent in the restitution law context, is a good reason why the defence of passing on is perhaps best confined to that area of law. The Court decided that the defence did not apply for other reasons of equity, whereas presumably in tort law the same flexibility would not exist.

The only instance I am aware of where a passing-on defence has actually been allowed is the decision of this Court in *Air Canada, supra*. That decision dealt with the plaintiff airlines' claims for damages in the amount of gasoline taxes paid by them under a statute held to be *ultra vires* the Province. The case involved the law of restitution but, in essence, La Forest J. turned his mind to the question of whether the plaintiffs had actually suffered a loss, since the evidence indicated that the airlines had passed on the burden of the *ultra vires* tax to their customers. At pp. 1202-3, La Forest J. states as follows:

services publics défenderesse a présenté un moyen de défense de cette nature. Elle a fait valoir qu'elle avait fait bénéficier d'autres clients des sommes illégalement perçues au titre des frais pour paiement en retard, et qu'elle n'avait ainsi conservé aucun profit. Puisqu'elle avait transmis son profit à d'autres, la société ne s'était pas enrichie. Notre Cour a refusé de statuer sur le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte (un moyen qu'il convenait, comme l'a fait remarquer avec justesse le juge Iacobucci, d'examiner, en droit en matière de restitution, au regard du domaine plus large du moyen de défense fondé sur le changement de situation, au par. 37). Suivant les règles applicables en matière de restitution, la personne qui s'est enrichie ne peut pas faire valoir le moyen de défense fondé sur le changement de situation si elle a commis un délit. Dans l'arrêt *Garland*, précité, la défenderesse avait perçu des frais de paiement en retard en contravention du *Code criminel*. Notre Cour a écarté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte pour des motifs qui tiennent à l'équité et qui relèvent du domaine de la restitution. Cette analyse basée sur l'équité, omniprésente dans le contexte des règles de la restitution, illustre bien pourquoi il vaut peut-être mieux restreindre ce moyen de défense à ce domaine du droit. Pour d'autres motifs tenant à l'équité, la Cour a décidé que le moyen de défense ne s'appliquait pas, alors qu'en droit de la responsabilité civile délictuelle, une telle souplesse n'est vraisemblablement pas possible.

L'arrêt de notre Cour *Air Canada*, précité, est le seul cas où, à ma connaissance, on a fait droit au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Cette décision concernait une action engagée par les lignes aériennes demanderesse pour se faire rembourser le montant des taxes sur l'essence payées en application d'une loi déclarée *ultra vires* de la province. L'affaire portait sur le droit en matière de restitution, mais essentiellement, le juge La Forest s'est attardé sur la question de savoir si les demanderesse avaient effectivement subi une perte, car la preuve montrait que les lignes aériennes avaient transféré la charge de la taxe *ultra vires* à leurs clients. Aux p. 1202-1203, le juge La Forest fait ce commentaire :

In this case, I have no doubt that the province has been enriched through the imposition of this unconstitutional tax. A more difficult issue which could preclude recovery in this case, even if I were to base my decision solely on the application of restitutionary principles, is whether the enrichment of the province was at the expense of the plaintiff airlines. The Attorney General argued that the airlines were able to pass on the burden of the tax to their passengers. Counsel for Air Canada, however, strongly pressed that the “passing on” defence should only be available where the tax has been specifically charged to other identified parties so as to make those parties the true taxpayers. He submits that otherwise the fact that a tax may have been passed on is no ground on which to deny recovery. Though the airlines may have increased their prices to raise revenue to pay the tax, the resulting higher prices may have had an impact on sales volume which may in turn have an out-of-pocket impact on the airlines’ profit.

While it will take some time for the courts to work out the limits of the developing law of restitution, it is useful on this point to examine the American experience. Professor George E. Palmer, in his work, *The Law of Restitution*, makes the following comment (1986 Supp., at p. 255):

There is no doubt that if the tax authority retains a payment to which it was not entitled it has been unjustly enriched. It has not been enriched at the taxpayer’s expense, however, if he has shifted the economic burden of the tax to others. Unless restitution for their benefit can be worked out, it seems preferable to leave the enrichment with the tax authority instead of putting the judicial machinery in motion for the purpose of shifting the same enrichment to the taxpayer.

In my view there is merit to this observation, and if it was necessary I would apply it to this case as the evidence supports that the airlines had passed on to their customers the burden of the tax imposed upon them. The law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss. Its function is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the province made at the airlines’ expense. If the airlines have not shown that they bore the burden of the tax, then they have not made out their claim. What the province

En l’espèce, je ne doute pas que la province a été enrichie par l’imposition de la taxe inconstitutionnelle. Il est plus difficile de répondre à une autre question, qui pourrait exclure le recouvrement dans la présente affaire même si je fondais ma décision uniquement sur l’application des principes de restitution, la question de savoir si c’est aux dépens des lignes aériennes demanderesses que la province s’est enrichie. Le procureur général a fait valoir que les lignes aériennes ont pu reporter sur leurs passagers la charge que représentait la taxe. L’avocat d’Air Canada a toutefois soutenu énergiquement qu’on ne devrait pouvoir se prévaloir de ce moyen de défense (le report sur autrui) que lorsque la taxe a été spécifiquement reportée sur d’autres personnes déterminées, qui deviennent alors les véritables contribuables. Il prétend qu’autrement le fait qu’une taxe a pu être reportée sur autrui ne justifie aucunement le refus du recouvrement. Même si les lignes aériennes ont pu majorer leurs prix afin de produire les revenus nécessaires pour l’acquittement de la taxe, cette hausse a pu avoir des effets sur le volume de leurs ventes et, à son tour, entraîner une baisse de leurs profits.

Il faudra un certain temps pour que les tribunaux fixent les limites du droit en matière de restitution qui est en voie de se développer, mais il est utile à ce propos d’examiner l’expérience américaine. Le professeur George E. Palmer fait les observations suivantes dans son ouvrage intitulé *The Law of Restitution* (1986 supp., à la p. 255) :

[TRADUCTION] Il est certain que, s’il garde un paiement auquel il n’avait pas droit, le fisc reçoit un enrichissement illégitime. Il ne se sera cependant pas enrichi aux dépens du contribuable si ce dernier a fait supporter à d’autres personnes la charge économique de l’impôt. À moins que la restitution à ces personnes ne soit matériellement possible, permettre au fisc de conserver l’enrichissement semble préférable à une intervention des tribunaux pour faire passer cet enrichissement au contribuable.

À mon avis, ces observations sont justes et, si cela était nécessaire, je les appliquerais à la présente instance car, d’après la preuve, les lignes aériennes ont répercuté sur leurs passagers la charge de la taxe à laquelle elles étaient assujetties. Le droit en matière de restitution n’a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n’ont subi aucune perte. Il sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d’une richesse qu’il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l’espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la province aux dépens des lignes aériennes. Si ces dernières ne sont pas parvenues à démontrer qu’elles ont supporté la charge de

received is relevant only in so far as it was received at the airlines' expense.

This alone is sufficient to deny the airlines' claim. However, even if the airlines could show that they bore the burden of the tax, I would still deny recovery. It is clear that the principles of unjust enrichment can operate against a government to ground restitutionary recovery, but in this kind of case, where the effect of an unconstitutional or *ultra vires* statute is in issue, I am of the opinion that special considerations operate to take this case out of the normal restitutionary framework, and require a rule responding to the specific underlying policy concerns in this area.

This Court stands at a crossroads. It must now decide whether the decision of La Forest J. in *Air Canada*, *supra*, should be limited to cases of taxes paid pursuant to an unconstitutional *ultra vires* statute (and perhaps also limited to the law of restitution), or whether the passing-on defence should be extended to the whole of private law.

The passing-on defence was also considered by the Ontario Court of Appeal in *Air Canada v. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403, again in the context of restitution law. In that case the airlines sought to recover monies paid pursuant to a misapplication of the provisions of the Ontario *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19. Robins J.A. rejected the argument made by the Province that to refund the airlines any part of the mistaken payments would amount to a windfall. He did so, however, on the basis of factual findings of the trial judge which indicated that the economic burden of the mistaken payments were not shifted to passengers (at p. 432):

This windfall argument, as persuasive as it may at first blush appear, was rejected by the trial judge on a factual basis. In response to it, he found:

la taxe, alors elles n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande. Ce qu'a pu recevoir la province n'est pertinent que dans la mesure où c'était aux dépens des lignes aériennes.

Cette seule raison suffit pour rejeter la demande des lignes aériennes. Toutefois, même si les lignes aériennes pouvaient prouver qu'elles ont supporté la charge de la taxe, je refuserais encore le recouvrement. Il est évident que les principes de l'enrichissement illégitime peuvent jouer contre un gouvernement et justifier le recouvrement aux fins de restitution, mais dans une affaire comme celle-ci, où il est question de l'effet d'une loi inconstitutionnelle ou *ultra vires*, je suis d'avis que certaines considérations spéciales font sortir l'affaire du cadre normal de la restitution et exigent une règle qui réponde aux questions de politiques sous-jacentes spécifiques à ce domaine.

Notre Cour se trouve à la croisée des chemins. Elle doit décider s'il y a lieu de restreindre l'application de la décision du juge La Forest dans l'arrêt *Air Canada*, précité, aux affaires dans lesquelles des taxes ont été payées conformément à une loi inconstitutionnelle *ultra vires* (et peut-être aussi au domaine de la restitution), ou si le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte doit être étendu à l'ensemble du droit privé. 201

La Cour d'appel de l'Ontario a également examiné le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Air Canada c. Liquor Control Board of Ontario* (1995), 24 O.R. (3d) 403, encore une fois dans le contexte du droit de la restitution. Dans cette affaire, les lignes aériennes tentaient de récupérer des sommes versées par suite d'une erreur d'application de la *Loi sur les permis d'alcool* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.19. Le juge Robins a rejeté l'argument présenté par la province selon lequel le remboursement aux lignes aériennes de toute partie des versements faits par erreur représenterait une aubaine. Il s'est cependant appuyé sur la conclusion de fait du juge de première instance et indiquant que la charge financière des paiements faits par erreur n'avait pas été reportée sur les passagers (p. 432) : 202

[TRADUCTION] Cet argument de l'aubaine, aussi convaincant soit-il à première vue, a été repoussé par le juge de première instance au vu des faits. En réponse à cet argument, il a conclu comme suit :

The evidence is to the contrary. Ticket prices and charges for liquor are a function of competitive conditions and are entirely independent of the cost of liquor. The economic burden of the mark-up and fees were not shifted to the passengers. In recent years, the airlines have been suffering operating losses. It should be noted, however, that no attempt is made to recoup those losses in future years. Those losses are regarded as “sunk” costs.

La preuve montre le contraire. Les prix des billets et les prix de l'alcool répondent aux conditions de la concurrence et sont tout à fait indépendants du coût de revient de l'alcool. La charge financière de la marge du coût de revient et des frais n'a pas été reportée sur les passagers. Au cours des dernières années, les lignes aériennes ont subi des pertes d'exploitation. Il faut toutefois remarquer qu'on ne tente aucunement d'imputer ces pertes sur les exercices suivants. Ces pertes sont tenues pour des coûts irrécupérables.

203

Robins J.A. dismissed the passing-on defence in *Liquor Control Board* on a “factual basis”, as he put it. The question of whether the defence would have been successful in the absence of a factual basis to reject it was not addressed. The approach of Robins J.A. raises some interesting and problematic issues about a passing-on defence if applied to the law of torts. If this Court were to accept it, the plaintiff would effectively be forced to prove more than just the damages caused by the tortfeasor. The injured party would also have to show that it did not engage in any other business transactions which might have offset the loss, even if those business transactions did not stem from the injured party's increased capacity to earn that may have been the result of the defendant's negligence. So, for example, in the *Bugbusters* case and in the case at bar the plaintiff Crown was asked to establish both that a number of trees were destroyed by way of fire, and that this resulted in lower stumpage revenues for those particular trees. In addition, though, the plaintiff was also asked to engage in a very difficult economic analysis to show that it did not recoup those losses by charging higher prices to other customers. Significant dangers and difficulties arise with the imposition of this type of burden of proof. There are good reasons why the courts should not require a plaintiff to establish more than his or her proximate loss.

Le juge Robins a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Liquor Control Board* « au vu des faits », comme il le dit. Il n'a pas abordé la possibilité que le moyen de défense aurait été accepté si la situation factuelle s'y était prêtée. La démarche du juge Robins soulève des questions délicates et intéressantes au sujet de l'application de ce moyen de défense dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle. Si notre Cour devait l'accepter, la demanderesse ne pourrait plus se borner à établir le préjudice causé par l'auteur de la faute. La personne lésée devrait aussi démontrer qu'elle n'a pas réalisé d'autres opérations commerciales susceptibles de compenser la perte, même si ces dernières ne découlaient pas d'une capacité de gain qu'aurait augmentée la négligence de la défenderesse. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Bugbusters* et dans la présente espèce, on a demandé à la Couronne demanderesse d'établir qu'un certain nombre d'arbres avaient été détruits par le feu et que cette destruction avait causé une baisse des recettes de droits de coupe à l'égard de ces arbres. De plus, on a également demandé à la demanderesse de procéder à une analyse économique très difficile pour démontrer qu'elle n'avait pas recouvré ces pertes en majorant ses prix pour ses autres clients. L'imposition d'un pareil fardeau de preuve comporte des dangers et des difficultés considérables. Les tribunaux ont de bonnes raisons de ne pas obliger le demandeur à établir autre chose que sa perte immédiate.

204

The policy considerations which militate against the acceptance of a passing-on defence outside the restitution law context are aptly summarized in the following commentary from Holmes J. in *Southern Pacific*, *supra*. In that case, the defendant railroads argued that there should be no recovery available to

Les observations ci-après du juge Holmes dans *Southern Pacific*, précité, résument bien les principes de politique juridique qui militent contre l'acceptation du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans les domaines autres que la restitution. Dans cette affaire, les chemins de fer

the plaintiff shippers, who were charged excessive freight rates, because the plaintiffs had been able to pass on to their customers all of the costs of such excessive freight rates. At pp. 533-34, Holmes J. responded:

The only question before us is that at which we have hinted: whether the fact that the plaintiffs were able to pass on the damage that they sustained in the first instance by paying the unreasonable charge, and to collect that amount from the purchasers, prevents their recovering the overpayment from the carriers. The answer is not difficult. The general tendency of the law, in regard to damages at least, is not to go beyond the first step. As it does not attribute remote consequences to a defendant so it holds him liable if proximately the plaintiff has suffered a loss. The plaintiffs suffered losses to the amount of the verdict when they paid. Their claim accrued at once in the theory of the law and it does not inquire into later events. . . . Perhaps strictly the securing of such an indemnity as the present might be regarded as not differing in principle from the recovery of insurance, as *res inter alios*, with which the defendants were not concerned. If it be said that the whole transaction is one from a business point of view, it is enough to reply that the unity in this case is not sufficient to entitle the purchaser to recover, any more than the ultimate consumer who in turn paid an increased price. He has no privity with the carrier. . . . The carrier ought not to be allowed to retain his illegal profit, and the only one who can take it from him is the one that alone was in relation with him, and from whom the carrier took the sum. . . . Behind the technical mode of statement is the consideration . . . of the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result. . . . Probably in the end the public pays the damages in most cases of compensated torts.

Consider the “endlessness and futility” of the effort the Crown would have to make to rebut the presumption that has been held against it in the courts below, the presumption that it fully recouped its losses by raising stumpage rates via the CVP system after the Stone Creek fire. For each individual third-party licensee it would become necessary to individually determine, perhaps by survey or otherwise, whether they decreased their consumption as a result of the increase in stumpage fees.

défendeurs soutenaient que les expéditeurs demandeurs n’avaient pas droit à une indemnité pour l’imposition de tarifs marchandises excessifs parce que les demandeurs avaient pu transférer à leurs clients tous les surcoûts qui en résultaient. Aux p. 533-534, le juge Holmes répond à cet argument :

[TRADUCTION] La seule question devant nous est celle à laquelle nous avons fait allusion, savoir si, puisque les demanderesse ont pu transférer le préjudice occasionné par la perception excessive et en recouvrer le montant des acheteurs, elles sont empêchées de récupérer le trop-payé auprès des transporteurs. La réponse n’est pas difficile. La loi a généralement tendance, en ce qui a trait aux dommages-intérêts du moins, à ne pas dépasser la première étape. Elle n’impute pas les conséquences éloignées au défendeur, mais elle le tient responsable de la perte subie par le demandeur si cette perte est une conséquence immédiate. Quand elles ont payé les prix demandés, les demanderesse ont subi des pertes au montant établi par le verdict. Selon la théorie du droit, leur droit à une indemnité est né immédiatement et il est indépendant des faits ultérieurs. [. . .] Peut-être que, à proprement parler, une telle indemnité pourrait être assimilée en principe à une indemnité d’assurance, comme *res inter alios*, qui ne concernait pas les défenderesse. À l’argument que l’ensemble des opérations constitue, du point de vue commercial, une seule et même opération, il suffit de répondre que l’unité des opérations en l’espèce est insuffisante pour donner droit à recouvrement à l’acheteur, pas plus qu’au consommateur ultime qui a payé lui aussi un prix majoré. Il n’y a pas de connexité contractuelle avec le transporteur. [. . .] Il ne faut pas permettre au transporteur de conserver le profit acquis illicitement et la seule personne qui peut le lui enlever est celle qui avait un lien contractuel avec lui et de laquelle le transporteur a reçu la somme. [. . .] L’aspect technique de cet énoncé suppose la prise en considération [. . .] de la tâche interminable et vaine de suivre chaque opération jusqu’à son résultat ultime. [. . .] Au bout du compte, c’est probablement le public qui paie les dommages dans la plupart des cas où le préjudice est indemnisé.

Il faut s’arrêter à l’examen de la tâche « interminable et vaine » dont la Couronne devrait s’acquitter pour réfuter la présomption que les tribunaux inférieurs lui ont opposée et qui veut qu’elle ait recouvré ses pertes après l’incendie de Stone Creek en majorant les droits de coupe dans le cadre du système de PVC. Pour chaque titulaire de permis individuellement, il lui faudrait déterminer par une enquête ou autrement s’il a diminué sa consommation de bois à cause de la majoration des droits de coupe, s’il

That is, did they put off logging until the following year, or did they continue on as planned despite the increase in prices? On a macro-economic level, the Crown would be unable to separate the effect of the increased stumpage fees resulting from the forest fire from the effect of the increased stumpage stemming from other factors affecting the timber harvesting market in the B.C. Interior. The comments of White J. are apposite in *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), with respect to conducting this kind of after-the-fact analysis. At pp. 492-93, White J. remarks:

We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this [passing-on] defense. A wide range of factors influence a company's pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot be measured after the fact; indeed a businessman may be unable to state whether, had one fact been different (a single supply less expensive, general economic conditions more buoyant, or the labor market tighter, for example), he would have chosen a different price. Equally difficult to determine, in the real economic world rather than an economist's hypothetical model, is what effect a change in a company's price will have on its total sales. Finally, costs per unit for a different volume of total sales are hard to estimate. Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable. [Emphasis added.]

To the concerns of White J. I would add that one should in theory also look into the effect on corporate taxes, jobs and income tax levels on the Crown's ultimate revenues. The analysis would be "endless and futile" and the burden on the Crown next to impossible. The costs of mounting such an

a remis à l'année suivante ses activités d'exploitation forestière, ou s'il les a poursuivies comme prévu malgré la majoration des prix. Au niveau macro-économique, la Couronne ne pourrait distinguer l'effet de la majoration des droits de coupe résultant de l'incendie de celui de l'augmentation des droits de coupe due à d'autres facteurs touchant l'exploitation forestière dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), le juge White fait une observation juste au sujet de ce genre d'analyse a posteriori. Aux p. 492-493, on lit ces remarques :

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas persuadés par l'argument que de saines lois économiques commandent de reconnaître ce moyen de défense [du transfert de la perte]. Un large éventail de facteurs influent sur les politiques de prix d'une entreprise. Normalement, l'incidence d'un unique changement des conditions pertinentes ne peut pas être mesuré isolément après le fait; en réalité, il se peut qu'un chef d'entreprise soit incapable de dire si, dans l'hypothèse où un seul fait aurait été différent (l'accès à un fournisseur pratiquant un meilleur prix, une conjoncture économique très favorable ou une pénurie de main-d'œuvre, par exemple), il aurait établi le prix différemment. Il est tout aussi difficile de décider, dans le monde économique réel plutôt que selon un modèle hypothétique d'économiste, quel effet une modification de la politique de prix d'une société aura sur son chiffre de ventes total. Finalement, il est difficile d'évaluer les coûts unitaires en fonction du chiffre de ventes total. Même si l'on pouvait montrer que l'acheteur a augmenté son prix à cause du prix excessif, et en proportion du prix excessif, et que sa marge bénéficiaire et son chiffre de ventes total n'ont pas baissé après cela, il resterait une difficulté quasi insurmontable, c'est-à-dire démontrer que, n'eût été le prix excessif, le demandeur en cause n'aurait pas pu augmenter ou n'aurait pas augmenté ses prix, ou qu'il n'aurait pas pu maintenir le prix plus élevé si le prix excessif avait été abandonné. Comme la preuve de l'applicabilité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte exigerait une démonstration convaincante à l'égard de chacune de ces données pratiquement impossibles à établir, la tâche se révélerait normalement insurmontable. [Je souligne.]

Aux inquiétudes exprimées par le juge White, j'ajouterais qu'il faudrait, en théorie, examiner aussi l'effet final du transfert de la perte sur les recettes de la Couronne, ainsi que sur les niveaux de l'impôt des sociétés, de l'emploi et de l'impôt sur le revenu. L'analyse serait « interminable et vaine »

action are cause for concern, without even considering the near impossibility of conducting the full economic analysis necessary to convince a court that the losses were not passed on.

Consideration of the passing-on defence raises a further troubling aspect. The trial judge in *Liquor Control Board*, *supra*, made mention of the fact that airlines had been suffering losses in recent years — this to him was an indication that the costs had not all been shifted to customers. Would companies that have lost money be able to recover, while companies with positive profits would not as they have obviously managed to pass on the costs of the tortfeasor's negligence? Ground J. in *Ernst & Young*, *supra*, makes reference to these concerns at para. 40:

The claimants submit that the passing on defence has also been rejected by the courts on the basis that it would invite an endless and futile inquiry. They state that, as pointed out by Justice Holmes, every commercial entity could be accused of passing on all or part of any damages suffered by it, by its own rates or charges to its customer, and likewise, those customers could be accused of having passed on their increased costs by adjusting their own rates or charges when they deal with their customers, and so on and so on until one reaches the amorphous concept of “the public”. Following commercial transactions to their “ultimate result” would be, as Justice Holmes suggests, endless and futile. The passing on defence would, in effect, result in an argument that no damages are ever recoverable in commercial litigation because anyone who claimed to have suffered damages but was still solvent had obviously found a way to pass the loss on. [Emphasis added.]

Here the Crown has suffered damages in the proximate sense described by Holmes J. in *Southern Pacific*, *supra*. It has lost stumpage revenue on the damaged timber. The analysis should stop there, since looking to the CVP system means asking whether, by charging higher prices to other timber licensees, the Crown was able to offset its loss. This is an overly complicated and ultimately fruitless

et la Couronne devrait s'acquitter d'une charge quasi impossible. Le coût d'une telle recherche demeure source d'inquiétude, sans oublier la quasi-impossibilité de réaliser l'analyse économique complète nécessaire pour persuader un tribunal que les pertes n'ont pas été transférées.

L'examen du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte révèle un autre aspect inquiétant. Dans *Liquor Control Board*, précité, le juge de première instance a mentionné que les lignes aériennes avaient subi des pertes au cours des dernières années — ce qui, pour lui, indiquait que les coûts n'avaient pas été transférés aux clients. Les entreprises déficitaires auraient-elles seules droit à une indemnisation, alors que celles qui sont rentables en seraient privées car elles ont de toute évidence réussi à transférer les coûts occasionnés par la négligence de l'auteur de la faute? Dans *Ernst & Young*, précité, le juge Ground fait état de ces préoccupations au par. 40 :

[TRADUCTION] Les demandeurs soutiennent que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a également été rejeté par les tribunaux parce qu'il conduirait à une enquête interminable et vaine. Ils affirment, comme le souligne le juge Holmes, que toute entreprise pourrait être accusée de transférer tout ou partie du préjudice qu'elle a subi, par sa tarification ou les frais qu'elle demande aux clients, et ces mêmes clients pourraient être accusés de transférer leurs coûts accrus en rajustant la tarification pratiquée pour leurs clients, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à cet être amorphe qu'on appelle « le public ». Suivre chaque opération commerciale jusqu'à son « résultat ultime » représenterait, selon l'expression du juge Holmes, une tâche interminable et vaine. Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte permettrait, en fait, de prétendre qu'il ne sera jamais possible d'obtenir d'indemnité dans un litige commercial, parce que toute personne qui demande des dommages-intérêts mais qui est restée solvable a manifestement trouvé un moyen de transférer la perte. [Je souligne.]

En l'espèce, la Couronne a subi un préjudice qui est une conséquence immédiate du délit au sens où l'entendait le juge Holmes dans *Southern Pacific*, précité. Elle a perdu des recettes de droits de coupe à l'égard du bois endommagé. L'analyse doit s'arrêter là, car prendre en considération le système de PVC équivaut à se demander si, en exigeant des prix plus élevés des autres titulaires de permis

analysis. The Crown should not be punished because it attempted to recoup its losses by passing them on to other timber licensees in the B.C. Interior. At the outset of this trial, passing on was not a defence known to law outside of restitution law. At its finale, the result should be the same. Canfor's negligence resulted in a real loss. That loss was borne, not by the negligent party, but by the Crown to the extent that it was not able to pass on the loss, and by third parties, corporations and individuals within the B.C. Interior Region, to the extent that it was. I fail to see how this result is just and in conformity with long-held principles of tort law and damages.

F. *Passing on Is an Unrecognized Legal Defence, Not a Finding of Fact*

208

With respect for the views of my colleague, I cannot accept that it was open to the trial judge to find that the CVP system as a whole is the proper framework of analysis for determining loss, and that this finding of the trial judge should be awarded deference. To cast the trial judge's decision as a finding of fact is to let the legal defence of passing on in through the back door. The trial judge, in accepting Canfor's argument that the Crown suffered no loss as a result of the CVP system, was making a legal determination. The trial judge accepted that the Crown had not established their loss because they had passed on that loss to other timber licensees in the B.C. Interior. This, to my mind, is very much a question of law. No deference to the trial judge is due. This Court should face the passing-on defence head on.

209

My colleague recasts the losses from the Stone Creek fire as a mere local variation, which did not in any way detract from the revenue-generating

d'exploitation, la Couronne a pu compenser sa perte. Trop compliquée, cette analyse se révèle en fin de compte stérile. La Couronne ne doit pas être punie parce qu'elle a tenté de recouvrer ses pertes en les transférant sur d'autres titulaires de permis dans le secteur de l'intérieur de la C.-B. Au début de l'instruction de la présente affaire, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n'était pas reconnu en droit, sauf dans le domaine de la restitution. Au terme de ce pourvoi, il devrait toujours en être ainsi. La négligence de Canfor a occasionné une perte réelle. Cette perte a été supportée non pas par la personne négligente, mais par la Couronne dans la mesure où elle n'a pu transférer cette perte, et lorsqu'elle y a réussi, par des tiers, des personnes morales et des particuliers du secteur de l'intérieur de la C.-B. Je ne vois pas en quoi un tel résultat est juste et conforme aux principes bien établis en droit de la responsabilité civile délictuelle.

F. *Le transfert de la perte est un moyen de défense qui n'est pas reconnu en droit; il n'est pas une conclusion de fait*

Je dois malheureusement exprimer mon désaccord avec mon collègue. Je ne peux pas admettre qu'il était loisible au juge de première instance de conclure que le système de PVC était le cadre de référence approprié pour déterminer la perte et qu'il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de ses conclusions sur ce point. La qualification de la décision du juge de première instance comme conclusion de fait introduit de façon détournée le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. En acceptant l'argument de Canfor que la Couronne n'avait pas subi de perte grâce au système de PVC, le juge a tiré une conclusion de droit. Il a reconnu que la Couronne n'avait pas établi sa perte parce qu'elle avait transféré cette perte à d'autres titulaires de permis du secteur de l'intérieur de la C.-B. Selon moi, il s'agit vraiment d'une question de droit. Sa décision ne justifie alors aucune déférence. Notre Cour doit donc aborder directement le moyen de défense du transfert de la perte.

Pour mon collègue, les pertes occasionnées par l'incendie de Stone Creek représentaient des variations locales qui n'avaient pas réduit la

capacity of the region (majority reasons, at para. 97). The majority cites from Mr. Gairns who states that in his expert report he was “evaluating the effect [of the fire] on Provincial revenues, not the effect on somebody paying stumpage in Stone Creek”. The majority then accepts that it was open to the trial judge to accept Mr. Gairns’ approach. With respect, it was not open to the trial judge to accept Mr. Gairns’ approach, because Mr. Gairns was essentially advocating a legal defence of passing on, even if cast in a factual light.

My colleague quite specifically states that the “law does not dictate an answer to the factual valuation problem on which [the experts] were asked to give . . . evidence” (majority reasons, at para. 102). With respect, the law does dictate an answer on this point — passing on is not a defence known to law. The trial judge erred in law in accepting the approach for valuing damages advocated by Canfor. It is irrelevant that this unrecognized defence was put forth by Canfor’s expert. Mr. Gairns may have been correct in terms of numbers and figures, but when he decided that the whole of the B.C. Interior, and the CVP system, was “the appropriate accounting framework” within which to identify relevant costs and revenues (majority reasons, at para. 102), he crossed the line and made a finding of law, and an incorrect one at that.

Finally, I fail to see how the case of *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (F.C.A.), is at all relevant to the facts before this Court. The case was about the Crown’s chosen method for setting landing fees, and whether it conformed with the wording of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3. The case would perhaps be useful if the question before this Court was whether the CVP system for setting prices was *intra vires* the governing legislation. It is entirely irrelevant to the question of whether the

capacité de la région de générer des recettes (motifs de la majorité, par. 97). Les juges majoritaires citent M. Gairns qui affirme que, dans son rapport d’expertise, il a [TRADUCTION] « évalué l’effet [du feu] sur les recettes de la province et non son effet sur une personne qui versait des droits de coupe à l’égard de la zone de Stone Creek ». Ils acceptent ensuite qu’il était loisible au juge de première instance d’accepter la méthode de M. Gairns. En toute déférence, il n’était pas loisible au premier juge d’accepter la méthode de M. Gairns, parce que ce dernier se trouvait essentiellement à préconiser le moyen de défense fondé en droit sur le transfert de la perte, même si c’était sous la forme d’un exposé factuel.

Mon collègue affirme précisément que le « droit ne dicte pas la solution qu’il faut apporter à la question de fait relative à l’évaluation sur laquelle on a demandé une expertise » (motifs de la majorité, par. 102). Avec tous égards, la loi dicte une solution sur ce point — le transfert de la perte n’est pas un moyen de défense reconnu en droit. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en acceptant la méthode d’évaluation des dommages-intérêts préconisée par Canfor. Il n’est pas pertinent que ce moyen de défense non reconnu ait été présenté par l’expert de Canfor. M. Gairns a certes pu calculer précisément en chiffres, mais quand il a décidé que l’ensemble du secteur de l’intérieur de la C.-B. et le système de PVC constituaient « le cadre comptable approprié » pour la détermination des coûts et des revenus pertinents (motifs de la majorité, par. 102), il a outrepassé les limites et tiré une conclusion de droit, par surcroît erronée.

Finalement, je ne vois pas en quoi la décision *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada (Ministre des Transports)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220 (C.A.F.), est pertinente eu égard aux faits du dossier soumis à notre Cour. Cette décision portait sur la méthode choisie par Sa Majesté pour établir les redevances d’atterrissage et la question de savoir si cette méthode était conforme au libellé de la *Loi sur l’aéronautique*, S.R.C. 1970, ch. A-3. La décision présenterait peut-être un intérêt si la question soumise à notre appréciation était celle de la conformité à la loi

CVP system for setting prices works to deny the Crown recovery in tort. Still more, *Aerlinte Eireann Teoranta* in no way stands for the proposition that the Crown is somehow limited by its own regulatory structure when seeking damages in tort.

212 I would accept the Crown's cross-appeal on this question and allow recovery of lost stumpage for the harvestable trees in the Stone Creek fire area.

III. Compensation for the ESA Trees

A. *Compensation for Environmental Damage*

213 As mentioned above, my second disagreement with the reasons of my colleague concerns compensation for the trees in the ESAs. The Crown is entitled to recover damages for the loss of the non-harvestable trees. Restoration costs cannot make the Crown whole given that the services of these trees will be lost for decades. The Province has put forward a type of benchmark or way to put a dollar value on their claim. That benchmark is the commercial value, i.e. stumpage value, of the environmentally protected trees. Significant flaws in the evidence persist, particularly with respect to the value of the environmental services the trees provided, but the ESA trees have value, the loss of which can and should be compensated in tort law to the extent the Crown was able to establish its loss. There is evidence of the commercial value of the trees in the riparian zones, and also on the steep slopes. The Crown should be awarded this commercial value, even if the trees in question have been set aside for environmental purposes.

214 The Crown seeks damages for the commercial value of the destroyed trees in the ESAs, plus what it terms an "environmental premium". I agree with

applicable du système de PVC pour la fixation des prix. Elle reste étrangère à la question de déterminer si le système de PVC pour la fixation des prix prive la Couronne du droit à une indemnisation. Par surcroît, l'arrêt *Aerlinte Eireann Teoranta* ne permet en rien d'affirmer que la structure réglementaire adoptée par la Couronne restreint en quelque sorte ses droits lorsqu'elle réclame des dommages-intérêts.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident de la Couronne sur cette question et d'accorder le recouvrement des droits de coupe perdus à l'égard des arbres récoltables dans la zone ravagée par l'incendie de Stone Creek.

III. Indemnisation pour les arbres des ZES

A. *Indemnisation pour le dommage environnemental*

Comme je l'ai dit précédemment, je ne puis souscrire aux motifs de mon collègue à propos de l'indemnisation pour les arbres des ZES. La Couronne a droit à des dommages-intérêts pour la perte des arbres réservés. Le coût de restauration ne saurait constituer une indemnisation intégrale pour la Couronne étant donné que les services que fournissent ces arbres seront perdus pendant des décennies. La province a proposé un genre de point de référence ou de moyen d'établir la valeur monétaire de sa perte. Il s'agit de la valeur marchande, c'est-à-dire la valeur des droits de coupe, des arbres protégés à des fins environnementales. D'importantes failles persistent dans la preuve, en particulier au sujet de la valeur des services environnementaux que fournissaient les arbres, mais les arbres des ZES ont une valeur, et la Couronne peut et doit être dédommée pour la perte de cette valeur dans la mesure où elle peut établir sa perte. Des éléments de preuve ont été produits quant à la valeur marchande des arbres des rives riveraines de même que des arbres en terrain escarpé. La Couronne devrait recouvrer cette valeur marchande, même si les arbres en question ont été réservés à des fins environnementales.

La Couronne demande un dédommagement pour la valeur marchande des arbres détruits dans les ZES, et réclame en plus ce qu'elle appelle une

the majority that no damages for an “environmental premium” can be awarded. The Crown should nonetheless receive the commercial value of the trees in the ESAs. If environmental protection were not a concern, the Crown could have allowed logging in the ESAs. The destroyed trees have at least this commercial value. The value of the Crown’s property has been diminished to at least this extent. In fact, in several cases the courts have seen fit to award damages for lost trees, over and above restoration costs, even in the face of difficult evidentiary constraints.

In *Dykhuiizen v. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211 (B.C.C.A.), for example, the respondent municipality sought damages from the appellant, who had wrongly cut down trees belonging to the municipality. The Court of Appeal for British Columbia stated as follows, at pp. 213-14:

The contention advanced for Mr. Dykhuiizen that the trees had no value to the municipality because they were wild, of no practical commercial use and in any event doomed to come down when his further subdivision was approved, has, in my view, no validity. . . .

The affected landowner, so long at least as the landowner is not committed to destruction of the affected property, is entitled to require that a wilful trespasser provide full compensation for that which he has destroyed. Nothing less is consistent with the owner’s right to decide what shall be done with the land — a right which a municipality enjoys for the benefit of its inhabitants.

The principal that one can take from the words of Taylor J.A. in *Dykhuiizen* is that damages are available even where the trees are “wild” and “of no practical commercial use”.

The Court of Appeal for British Columbia thus awarded damages for the wild trees, stating as follows (at pp. 214-15):

« indemnité additionnelle au titre de l’environnement ». Je souscris à l’avis des juges majoritaires qu’il n’y a pas lieu d’accorder des dommages-intérêts qui constitueraient une « indemnité additionnelle au titre de l’environnement ». La Couronne devrait néanmoins obtenir la valeur marchande des arbres des ZES. Si la protection de l’environnement n’était pas une préoccupation, la Couronne aurait pu autoriser l’exploitation forestière dans les ZES. Les arbres détruits ont tout au moins cette valeur marchande. La valeur des biens de la Couronne a été diminuée au moins dans cette mesure. En fait, dans nombre de décisions, les tribunaux ont jugé bon d’accorder pour la perte d’arbres des dommages-intérêts en sus du coût de restauration, et ce en dépit des difficultés de preuve.

Dans *Dykhuiizen c. Saanich (District)* (1989), 63 D.L.R. (4th) 211 (C.A.C.-B.), par exemple, la municipalité intimée a réclamé des dommages-intérêts à l’appelant qui avait abattu illicitement des arbres appartenant à la municipalité. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a affirmé ce qui suit, aux p. 213-214 :

[TRADUCTION] La prétention de M. Dykhuiizen selon laquelle les arbres n’avaient aucune valeur pour la municipalité parce qu’il s’agissait d’arbres sauvages qui n’avaient aucune utilité commerciale et pratique, et qui, de toute façon, étaient destinés à être coupés quand son nouveau lotissement serait approuvé, n’a, à mon sens, aucun fondement. . .

Le propriétaire lésé, pourvu du moins qu’il ne se soit pas engagé à détruire le bien en cause, a le droit d’exiger de l’auteur d’une violation de propriété pleine indemnisation pour ce qu’il a détruit. Rien de moins ne se concilie avec le droit du propriétaire de décider de l’usage du bien-fonds — un droit dont jouit la municipalité au profit de ses habitants.

Selon le principe qui se dégage des propos du juge Taylor dans *Dykhuiizen*, des dommages-intérêts peuvent être accordés même s’il s’agit d’arbres « sauvages » et « n’a[yan]t aucune utilité commerciale et pratique ».

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a donc accordé des dommages-intérêts à l’égard des arbres sauvages, en affirmant ce qui suit (p. 214-215) :

It is my view that the municipality in this case was entitled to be compensated for the loss of value In the case of trees used for the purpose of public or private enjoyment, damage for their deliberate destruction is not limited to the resulting diminution in value of the land, or the value of the wood as lumber or firewood, or the value which might be awarded in respect of them as compensation on an expropriation. The damages in such cases may extend to the cost of restoration or restitution, within reasonable bounds, together with compensation for loss of amenity to the extent that complete restoration cannot reasonably be affected. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] J'estime que la municipalité avait droit, en l'espèce, à un dédommagement pour la perte de valeur [. . .] S'agissant d'arbres destinés à un usage public ou privé, les dommages-intérêts accordés en raison de leur destruction délibérée ne se limitent pas à la diminution de la valeur du bien-fonds qui en résulte, ni à la valeur des arbres en tant que bois d'œuvre ou bois de chauffage, ni non plus au montant d'une réparation qui serait accordée en compensation ou en indemnité pour expropriation. Les dommages-intérêts en pareil cas peuvent compenser le coût de restauration ou de restitution, dans des limites raisonnables, ainsi que l'indemnisation pour la perte de jouissance dans la mesure où la restauration complète ne peut raisonnablement être obtenue. [Je souligne.]

217 *Dykhuizen* speaks to the notion that trees, and other environmental goods, have intrinsic value over and above their commercial value. The Court of Appeal for British Columbia in *Dykhuizen* spoke of a “loss of amenity” but the principle is there: those trees were deemed to have intrinsic value, separate from their commercial value. This concept of the intrinsic value of environmental goods, as separate from commercial value, is in keeping with the fact that environmental protection is a fundamental value of Canadian society. Implicit in the judgment of the Court of Appeal in *Dykhuizen* is that the injured party can at least be rewarded damages for lost commercial value. *Dykhuizen* merely stated that in that case, where no commercial use was anticipated or possible, other forms of valuation exist.

L'arrêt *Dykhuizen* fait intervenir la notion que les arbres, comme d'autres biens environnementaux, possèdent une valeur intrinsèque en sus de leur valeur marchande. Dans *Dykhuizen*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique mentionne une « perte de jouissance », mais le principe est posé : ces arbres étaient réputés avoir une valeur intrinsèque distincte de leur valeur marchande. Cette notion de valeur intrinsèque des biens environnementaux, distincte de leur valeur marchande, réaffirme que la protection de l'environnement est une valeur fondamentale au sein de la société canadienne. Dans cet arrêt, la Cour d'appel reconnaît implicitement que la personne lésée peut obtenir à tout le moins un dédommagement pour la perte de la valeur marchande. *Dykhuizen* affirme simplement que dans cette affaire, où aucun usage commercial n'était prévu ou possible, d'autres formes d'évaluation existaient.

218 I note in passing that *Dykhuizen* was overruled in *Prince Rupert (City) v. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), but only on the issue of the standing of the municipality to collect for loss of amenities. The appellant in *Prince Rupert* wrongly cut down 89 trees, all approximately 50 years old. On my reading of the case, the notion of the intrinsic value of trees was not disputed, in fact the appellant conceded that “loss of amenities”, if sought by an individual landowner, as opposed to a municipality, would be compensable. At para. 21, Southin J.A. states:

Je fais remarquer en passant que la décision *Dykhuizen* a été écartée dans *Prince Rupert (City) c. Pederson* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), mais seulement sur la question de l'intérêt de la municipalité pour demander une réparation pour perte de jouissance. Dans *Prince Rupert*, l'appelant avait abattu illicitement 89 arbres de 50 ans à peu près. Selon mon interprétation, la notion de valeur intrinsèque des arbres n'était pas contestée; l'appelant avait effectivement admis que la « perte de jouissance » serait indemnisable si elle avait été revendiquée par un particulier plutôt que par une municipalité. Au paragraphe 21, le juge Southin affirme alors :

The appellants accept that if a trespasser cuts down the trees of a householder, the latter may be awarded some amount for loss of amenities. As to what are the amenities provided by a tree, I adopt the words of May J., as he then was, in a decision arising on the English tree preservation legislation, "... the underlying purpose of the relevant legislation is the preservation of trees and woodlands as amenities, as living creatures providing pleasure, protection and shade ..." (*Barnet London Borough Council v. Eastern Electricity Board*, [1973] 2 All E.R. 319 (Q.B.) (p. 323)). [Emphasis added.]

The decision in *Prince Rupert* is a further case where the court would have awarded damages in excess of restoration costs because of the intrinsic value that trees have "as amenities, as living creatures providing pleasure, protection and shade". The trees did not have commercial value *per se* but the Court of Appeal would nonetheless have awarded damages for the intrinsic value of the trees, for the loss of amenities associated with it, if it weren't for their concerns about standing.

In another decision of the Court of Appeal for British Columbia, *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, Proudfoot J.A. upheld the trial judge's decision to award damages over and above restoration costs. The defendant had cut down 13 trees on the plaintiff's property without permission. The trial judge awarded \$1,000 per tree for loss of amenities. Again, the trial judge made this award even though there was "no measurable diminution in value of the property" (p. 331). And at p. 333, Proudfoot J.A. noted that "No profits have been lost here. This case involved the appropriate award to compensate for the loss of 13 evergreen trees which the appellants may have chosen not to replace and which have no commercial value."

In *Scarborough v. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, the Ontario Court of Appeal tackled head on the problem of how to assess damages for destroyed trees. The case concerned damages for the

[TRANSDUCTION] Les appelants acceptent que, si l'auteur d'une violation de propriété coupe les arbres d'un propriétaire foncier, ce dernier peut obtenir un dédommagement pour perte de jouissance ou d'agrément. Pour définir en quoi consiste l'agrément que procure un arbre, je fais miens les propos du juge May (plus tard le lord juge May), dans une décision relative à la législation anglaise concernant la préservation des arbres : « ... l'objectif fondamental de la législation en cause est la préservation des arbres et des boisés en tant qu'agréments, en tant que créatures vivantes, procurant plaisir, protection et ombre ... » (*Barnet London Borough Council c. Eastern Electricity Board*, [1973] 2 All E.R. 319 (Q.B.) (p. 323)). [Je souligne.]

L'arrêt *Prince Rupert* est une autre décision dans laquelle le tribunal aurait accordé des dommages-intérêts en sus du coût de restauration en raison de la valeur intrinsèque des arbres « en tant qu'agréments, en tant que créatures vivantes, procurant plaisir, protection et ombre ». Les arbres n'avaient pas de valeur marchande en soi. Cependant, la Cour d'appel aurait néanmoins accordé un dédommagement pour leur valeur intrinsèque et pour la perte de jouissance de ceux-ci, n'eût été ses difficultés avec la reconnaissance de la qualité pour agir de la demanderesse.

Dans une autre décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322, le juge Proudfoot a maintenu la décision du juge de première instance accordant des dommages-intérêts en sus du coût de restauration. Le défendeur avait abattu sans permission 13 arbres sur le terrain du demandeur. Le juge a accordé 1000 \$ par arbre pour perte de jouissance. Là encore, le juge a accordé cette somme même si l'on n'avait établi [TRANSDUCTION] « aucune diminution mesurable de la valeur de la propriété » (p. 331). Et à la p. 333, le juge Proudfoot a fait remarquer ce qui suit : [TRANSDUCTION] « Il n'y a pas eu perte de profit en l'espèce. Cette affaire portait sur la somme appropriée pour compenser la perte de 13 conifères que les appelants ont peut-être choisi de ne pas remplacer et qui n'ont aucune valeur marchande. »

Dans *Scarborough c. R.E.F. Homes Ltd.* (1979), 9 M.P.L.R. 255, la Cour d'appel de l'Ontario a abordé de front le problème de l'évaluation des dommages-intérêts pour les arbres détruits. L'affaire portait sur

loss of three trees which the respondent company had cut down on a road allowance. The decision is notable because despite being faced with less evidence than it would have liked, the court was nonetheless determined to award some form of damages representing the intrinsic value of the damaged trees. At p. 257, the court states as follows:

In our judgment, the municipality is, in a broad general sense, a trustee of the environment for the benefit of the residents in the area of the road allowance and, indeed, for the citizens of the community at large. While the diminution in value of the road allowance stands on a different footing than that of private land deprived of ornamental or shade trees, it is nevertheless a real and substantial loss. The appellant borough, as a responsible local government, spent a great deal of money in nurturing these trees to maturity, pruning and taking care of them over the years. No doubt, the restoration process will be long and costly. In the meantime, the road allowance has been reduced in monetary as well as aesthetic value. Although the evaluation method is said to be intended for use in evaluating trees in landscape designs as well as street planting, the criteria in the formula for the compensation of private owners suffering loss of trees cannot be adopted in this case because the loss to a municipality is quite different. The diminution in value of a road allowance, which normally is not marketable land, must necessarily differ from that of privately owned, landscaped property, even if the trees on both properties are intrinsically similar. No such distinction is made by the horticultural experts who prepared the formula, or by the experts at trial whose opinion was based on it. No argument was addressed to us as to how one assesses damages for the loss to a municipality of the intrinsic or environmental value of trees which have been destroyed; therefore consideration of the compensability or calculation of that element of damage must be left to be determined in an appropriate case.

We are satisfied that the learned trial Judge correctly rejected the formula which may be appropriate, when supported by expert evidence, in the calculation of the loss of ornamental shade trees on private residential, commercial or industrial property. In our view, however, the appellant has suffered a greater loss than the mere replacement value which appears to have been assessed at trial. The difficulty presented in the appraisal of such damages should not preclude a Court from attempting it, even though the record is unsatisfactory. On the

la perte de trois arbres que la société intimée avait abattus sur une réserve routière. La décision mérite d'être signalée parce que la cour, malgré une preuve plus ténue qu'elle l'aurait souhaité, a tout de même décidé d'accorder en dédommagement une somme représentant la valeur intrinsèque des arbres endommagés. À la page 257, le juge affirme ce principe au nom de la cour :

[TRADUCTION] À notre avis, la municipalité est, dans un sens large, fiduciaire de l'environnement au profit des habitants de la zone de la réserve routière et, de fait, des citoyens de toute la collectivité. Même si la diminution de la valeur de la réserve routière n'est pas sur le même pied que celle de la valeur d'un terrain privé dépouillé de ses arbres d'ornement ou de ses arbres d'ombrage, elle constitue néanmoins une perte réelle et importante. La municipalité appelante, une administration locale responsable, a dépensé beaucoup d'argent pour amener ces arbres à maturité, les élaguer et en prendre soin au fil des ans. Il ne fait aucun doute que le processus de restauration sera long et coûteux. Entre-temps, la réserve routière a perdu de sa valeur monétaire et de sa valeur esthétique. Même si on dit que la méthode d'évaluation doit permettre d'évaluer tant les arbres de jardins paysagers que les arbres qui bordent les rues, on ne peut en l'espèce recourir aux critères de la formule d'indemnisation des propriétaires fonciers qui ont perdu des arbres parce que la perte subie par une municipalité est très différente. La diminution de la valeur d'une réserve routière, qui n'est pas normalement un bien commercialisable, doit nécessairement différer de celle de la valeur d'un terrain privé paysager, même si les arbres sur les deux types de propriété sont intrinsèquement similaires. Les horticulteurs qui ont élaboré la formule ne font pas cette distinction, ni non plus les experts à l'instruction qui ont basé leur avis sur cette formule. Aucun argument ne nous a été soumis en ce qui concerne la façon d'évaluer les dommages-intérêts pour la perte que représente, pour une municipalité, la valeur intrinsèque ou environnementale des arbres détruits; en conséquence, la possibilité de compenser ou d'évaluer cet élément du dommage devra être examinée à une autre occasion propice.

Nous sommes convaincus que, s'agissant d'évaluer la perte d'arbres d'ornement et d'ombrage sur des terrains privés, commerciaux ou industriels, le juge de première instance a eu raison de rejeter la formule, encore qu'elle puisse être appropriée quand elle est étayée par des témoignages d'expert. À notre avis toutefois, l'appelante a subi une perte qui dépasse la simple valeur de remplacement qui semble avoir été estimée en première instance. Un tribunal ne doit pas reculer devant la difficulté que revêt l'évaluation de tels dommages, même si la preuve au

evidence before us, we assess the damages of the appellant at \$1,500.00 for the loss of each of the two larger trees and \$1,000.00 for the 18 inch tree, for a total assessment of \$4,000.00. . . . [Emphasis added.]

So, the Ontario Court of Appeal acknowledged that it was not going to address the issue of the intrinsic or environmental damages from the loss of trees, but nonetheless held that damages were due for more than the mere replacement value of the trees. The court also went ahead with an assessment of damages, even though the task was a difficult one. The Ontario Court of Appeal then awarded \$4,000 in damages for three trees where it appeared that replacement costs were only \$400 for similar trees, with a considerable amount of time needed for the trees to mature (p. 256). The court came up with a number, even in the face of unsatisfactory evidence. With respect, this Court should do as the Ontario Court of Appeal did in *Scarborough*, and tackle the problem of damages, even if the evidence on assessing intrinsic and environmental damages is not entirely satisfactory.

If I could summarize the approach of the courts in the cases above, they accepted first that the destroyed trees were worth more than their mere replacement value. Second, the courts set about to award further damages by basing their calculations on whatever evidence was before them. One consideration appears to have been the degree to which the loss of the trees involved affected property value (a commercial value assessment) — in the above cases this was generally not relevant. Considerations of aesthetic value and loss of amenity came next and the courts showed a willingness to award damages for this type of loss. The environmental value of the trees was not dealt with in any of the cases, except that the question was dismissed in *Scarborough* for lack of evidence.

dossier est insuffisante. Au vu des éléments de preuve devant la cour, nous évaluons les dommages subis par l'appelante à 1 500 \$ pour la perte de chacun des deux grands arbres et à 1 000 \$ pour celui de 18 pouces, soit au total 4 000 \$. . . [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario a donc déclaré qu'elle n'allait pas examiner la question des dommages intrinsèques ou environnementaux attribuables à la perte des arbres, mais elle a néanmoins décidé que le dédommagement devait excéder la simple valeur de remplacement des arbres. La cour a également évalué les dommages-intérêts en dépit des difficultés que présentait cette évaluation. La Cour d'appel de l'Ontario a accordé 4 000 \$ en dommages-intérêts pour trois arbres alors que le coût de remplacement semblait n'être que de 400 \$ pour des arbres similaires, et qu'il fallait beaucoup de temps pour que les arbres atteignent leur plein développement (p. 256). La cour a fixé le montant des dommages-intérêts malgré les faiblesses de la preuve. J'estime en toute déférence que notre Cour devrait suivre la voie tracée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Scarborough* et attaquer de front le problème de l'évaluation des dommages-intérêts, même si la preuve permettant d'évaluer les dommages intrinsèques et environnementaux n'atteint certes pas à la perfection.

Je peux résumer la démarche retenue par les tribunaux dans les décisions ci-dessus en quelques lignes. Ils ont d'abord accepté que la valeur des arbres détruits dépassait la simple valeur de remplacement. Ensuite, ils ont cherché à accorder une indemnité additionnelle en basant leur calcul sur les éléments de preuve dont ils disposaient. Ils semblent avoir pris en compte la mesure dans laquelle la perte des arbres en cause avait modifié la valeur du bien-fonds (une évaluation de la valeur marchande) — dans les décisions ci-dessus, la valeur marchande n'était généralement pas pertinente. Puis, les tribunaux ont pris en considération la valeur esthétique et la perte de jouissance, et ils se sont montrés disposés à accorder des dommages-intérêts pour ce type de perte. La valeur écologique des arbres n'a été examinée dans aucune de ces décisions, sauf dans *Scarborough* où ce facteur a été écarté faute de preuve.

221

222

B. The Approach of the Court of Appeal

223

The Court of Appeal for British Columbia awarded the Crown one third of the commercial value of the ESA trees. In the words of Hall J.A. at para. 76:

In a case where proper assessment of damages is as fraught with uncertainty as it is here, I think that a court should exercise caution in deciding on an appropriate award of damages for the proven loss suffered. For the reasons I have enunciated above, to award damages equivalent to or greater than the valuation of the commercial timber would not seem right to me. In this case, I believe it would not be unfair, however, to award a proportion of that value as a fair estimate of the loss suffered by the appellant. I would therefore order that the appellant recover on account of the timber destroyed in the E.S.A.s a sum equivalent to one third of its value.

224

With respect, and in light of the above case law, commercial value, i.e. the degree to which the presence of the trees raises the property value of the land in question must be the minimum value of the destroyed trees, with loss of amenity, aesthetic value and environmental value added on. The commercial value of the ESA trees can be nothing less than a lower bound in the determination of damages. To say that the value of the trees in question is only a portion of their commercial value is to significantly devalue the Crown's loss.

225

The trees were set aside for environmental reasons. This to me indicates that they have a value at least equal to their alternative commercial value. I note also that the trees in the riparian zones were slated for commercial logging at the time of the fire and it was only after the fire that they were designated to be in ESAs. As the majority also notes in their reasons, even Canfor's expert took the view that the riparian areas should be included in the valuation of the Crown's loss, although they did so because the trees in the riparian zones were available for logging at the time of the fire. In my view, even if the trees had not been slated for logging in 1992, the time of the fire, the Crown should still be awarded the alternative commercial value of the trees in the ESAs. The analogy one can draw is to a homeowner

B. La démarche de la Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé à la Couronne un tiers de la valeur marchande des arbres des ZES. Pour reprendre les propos du juge Hall, au par. 76 :

[TRADUCTION] Quand la bonne façon d'évaluer les dommages-intérêts est aussi incertaine que dans le cas qui nous occupe, je pense qu'un tribunal doit faire montre de prudence en établissant le montant de l'indemnité qu'il convient d'accorder à l'égard du préjudice prouvé. Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, il ne m'apparaît pas juste d'accorder des dommages-intérêts pour un montant équivalant ou supérieur à la valeur du bois commercial. Je suis cependant d'avis qu'en l'espèce, il ne serait pas inéquitable d'accorder un montant proportionnel à cette valeur à titre d'estimation juste de la perte subie par l'appelante. J'accorderais donc à l'appelante, au titre du bois détruit dans les Z.E.S., une somme équivalant au tiers de sa valeur.

En toute déférence et compte tenu de la jurisprudence précitée, la valeur marchande, c'est-à-dire la mesure dans laquelle la présence des arbres augmente la valeur des terrains en question, doit être la valeur minimale des arbres détruits, à laquelle s'ajoutent la perte de jouissance, la valeur esthétique et la valeur environnementale. Dans la détermination de l'indemnité, la valeur marchande des arbres dans les ZES ne saurait être qu'un minimum. Dire que la valeur des arbres en question n'est qu'une fraction de leur valeur marchande revient à sous-évaluer grandement la perte de la Couronne.

Les arbres ont été réservés pour des raisons liées à l'environnement. Selon moi, cela indique que leur valeur est au moins égale à la valeur marchande comparée. Je remarque en outre que les arbres des aires riveraines étaient compris dans des aires exploitables au moment de l'incendie et ce n'est qu'après l'incendie qu'ils ont été englobés dans des ZES. Comme le font observer les juges majoritaires dans leurs motifs, même l'expert de Canfor s'est dit d'avis que les aires riveraines devaient être incluses dans l'évaluation de la perte subie par la Couronne, bien qu'il ait fondé son avis sur le fait qu'au moment de l'incendie, l'exploitation des aires riveraines était permise. À mon avis, même s'il était prévu que les arbres ne seraient pas récoltés en 1992, au moment de l'incendie, il faudrait quand même accorder à la

who refuses to sell his or her house. Since the owner refuses to sell at, say \$100,000, the conclusion is that the house is worth more than \$100,000 to the homeowner. Even if the home is so valuable to that individual that he or she would not sell at any price, there is still no logical reason to conclude that the value of the house is less than \$100,000.

This Court has repeatedly stated that environmental protection is a fundamental value of Canadian society: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. To imply that environmentally protected commercial resources somehow lose their commercial value once they become the subject of environmental protection is to contradict that fundamental Canadian value. To accept the approach of the Court of Appeal is to fundamentally undervalue the Crown's and society's loss.

C. Commercial Value Works as a Proxy for the Crown's Loss

Although it is an imperfect measure, stumpage value can serve as a proxy for the value of the trees destroyed in the ESAs. Mr. Gairns already included the value of the riparian zone trees in his report. The stumpage value of nearby, unprotected trees can serve as a proxy for the value of the destroyed trees on the steep, sensitive slopes. The Province's expert, Mr. Reznik, also set his mind to the question of how to value the ESA timber. The following questions were asked of Mr. Reznik in the examination in chief by the Crown:

Q. All right. Sir, just to be clear, this is timber that is generally located in environmentally sensitive areas?

A. That's correct.

Couronne la valeur marchande comparée des arbres des ZES. On peut faire une analogie avec un propriétaire qui refuse de vendre sa maison. Puisqu'il refuse de la vendre, disons pour 100 000 \$, il faut conclure que pour lui, la valeur de la maison dépasse 100 000 \$. Même si ce propriétaire accorde une telle valeur à sa maison qu'il ne la vendrait à aucun prix, aucune raison logique ne permet de conclure que la maison vaut moins de 100 000 \$.

Notre Cour a affirmé à maintes reprises que la protection de l'environnement est une valeur fondamentale au sein de la société canadienne : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; et *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. Il serait contraire à cette valeur fondamentale canadienne de laisser entendre que des ressources commerciales visées par des mesures de protection de l'environnement perdent leur valeur marchande dès qu'elles font l'objet de telles mesures. Accepter la démarche retenue par la Cour d'appel revient à sous-estimer grandement la perte de la Couronne et de la société.

C. La valeur marchande comme indicateur de la perte de la Couronne

Même si elle reste une mesure imparfaite, la valeur des droits de coupe peut servir d'indicateur de la valeur des arbres détruits dans les ZES. M. Gairns a déjà inclus dans son rapport la valeur des arbres des aires riveraines. La valeur des droits de coupe établie à l'égard des arbres récoltables dans les aires voisines peut être indicateur de la valeur des arbres détruits qui se trouvaient en terrain escarpé vulnérable. L'expert de la province, M. Reznik, s'est appliqué lui aussi à trouver une façon d'évaluer le bois des ZES. L'avocat de la demanderesse a posé à M. Reznik les questions suivantes lors de son interrogatoire principal :

[TRADUCTION]

Q. Bon. Monsieur, juste pour que les choses soient bien claires, il s'agit du bois qui se trouve en général dans les zones écosensibles?

R. C'est exact.

226

227

Q. And despite the fact that it's – the government basically prohibits the logging of that, you assigned a value to it. Why – what value did you assign?

A. We assigned it based on the assumption that it was harvested in the same manner as the – as the merchantable timber. In our original report, we . . . valued this component of the claim based on the value – based on the stumpage rates in existence as of the date of the Stone Fire. We subsequently changed that. It's a difficult area to value because of the environmental value and I'm not an expert in environmental issues. So I took the – the economic approach and assigned it that value.

228

The Province may have adopted a method of valuation that understates the full economic, intrinsic and environmental loss associated with the destruction of the ESA trees, but they nonetheless adduced evidence as to its partial value, namely its commercial component. I would therefore adopt the Crown's chosen approach to valuation of the ESAs.

IV. Conclusion

229

I would dismiss Canfor's appeal. I would allow the Crown's cross-appeal and permit recovery of the commercial value of the protected trees in the ESAs.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, with costs, BASTARACHE, LeBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant/cross-respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitor for the respondent/cross-appellant: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Forest Practices Board: Forest Practices Board, Victoria.

Q. Et malgré le fait que c'est – que, fondamentalement, le gouvernement interdit l'exploitation de ce bois, vous avez attribué une valeur à ce bois. Pourquoi – quelle valeur avez-vous attribuée?

R. Nous avons établi sa valeur en supposant qu'il serait récolté de la même manière que le – que le bois commercial. Dans notre rapport initial, nous [. . .] avons évalué cet élément de la réclamation en fonction de la valeur – en fonction des taux des droits de coupe existants à la date de l'incendie de Stone. Nous l'avons modifié par la suite. C'est une aire à l'égard de laquelle l'évaluation est difficile en raison de la valeur environnementale et je ne suis pas un expert des questions environnementales. Alors, j'ai opté pour la – l'évaluation économique et lui ai attribué cette valeur.

La province a peut-être adopté une méthode d'évaluation qui sous-estime la perte économique, intrinsèque et environnementale attribuable à la destruction des arbres dans les ZES, mais elle a néanmoins présenté au moyen de la valeur marchande de ces arbres une preuve établissant la valeur partielle de cette perte. Je suis par conséquent d'avis d'adopter la méthode retenue par la Couronne pour évaluer les arbres des ZES.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Canfor, d'accueillir le pourvoi incident de la Couronne et de permettre le recouvrement de la valeur marchande des arbres protégés des ZES.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, avec dépens, les juges BASTARACHE, LeBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le Conseil des pratiques forestières : Conseil des pratiques forestières, Victoria.

Solicitor for the interveners the Sierra Club of Canada and the David Suzuki Foundation: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Solicitors for the interveners the Council of Forest Industries, the Forest Products Association of Canada and the Coast Forest & Lumber Association: Hunter Voith, Vancouver.

Procureur des intervenants le Sierra Club du Canada et David Suzuki Foundation : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureurs des intervenants Council of Forest Industries, l'Association des produits forestiers du Canada et Coast Forest & Lumber Association : Hunter Voith, Vancouver.