

T-1536-89

T-1536-89

**Edward Jesionowski (Plaintiff)****Edward Jesionowski (demandeur)**

v.

c.

**Bohdan Gorecki and the Ship Wa-Yas (Defendants)**<sup>a</sup>**Bohdan Gorecki et le navire Wa-Yas (défendeurs)***INDEXED AS: JESIONOWSKI v. WA-YAS (THE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: JESIONOWSKI c. WA-YAS (LE) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Reed J.—Vancouver, May 12 and  
September 11, 1992.b Section de première instance, juge Reed—Vancouver,  
12 mai et 11 septembre 1992.

*Practice — Privilege — Defendants claiming privilege for surveyor's report as to time spent on repair of vessel as relating to settlement negotiations — Report on defendants' list of documents — Surveyor called as expert witness — Once expert becomes witness, implied waiver of privilege previously protecting papers from production — Privileged status waived when listed in defendants' list of documents — To fall within privilege attaching to settlement negotiations, communication must be part of genuine attempt to resolve dispute — Joint report by two surveyors to resolve discrepancy between two previous reports not privileged as (1) not joint effort; (2) although copy sent to plaintiff, not as offer of settlement.*

*Pratique — Communications privilégiées — Les défendeurs soutiennent que le rapport de l'expert sur le temps consacré à la réparation du bateau fait l'objet d'un privilège comme document relatif à des négociations en vue d'un règlement — Le rapport figure sur la liste de documents des défendeurs — L'expert est cité comme témoin expert — Lorsqu'un expert dépose comme témoin, il y a renonciation tacite au privilège qui autorisait de ne pas produire des documents — Les défendeurs renoncent au privilège lorsqu'ils incluent un document dans leur liste de documents — Pour être visée par le privilège protégeant les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable de règlement du différend — Le rapport préparé conjointement par deux experts pour réconcilier deux rapports antérieurs n'est pas visé par un privilège (1) parce qu'il ne constitue pas une tentative conjointe de règlement et (2) parce qu'il n'a pas été envoyé au demandeur à titre d'offre de règlement.*

*Equity — Quantum meruit — Action for damages for labour and materials provided to repair licensed fishing vessel — Cost of repairs exceeded value of vessel — Beneficiary of labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched — Where no enforceable contract, law imposes promise to pay reasonable amount, usually related to free market value of services — Quantum meruit award assessed by reference to all circumstances — Award not constrained by increase to value of vessel from plaintiff's labour and materials as parties intended to recover investment by using vessel in fishing industry — Defendant not entitled to reduce quantum meruit award nor to damages for poor workmanship as equally responsible for quality of workmanship and did nothing to change it.*

*Equity — Quantum meruit — Action en dommages-intérêts pour travail et matériaux fournis pour réparer un bateau de pêche auquel étaient rattachés des permis — Le coût des réparations dépasse la valeur du navire — Le travail et les matériaux fournis par une personne ne doivent pas enrichir indûment le bénéficiaire — En l'absence de contrat exécutoire, la loi reconnaît une promesse de payer une somme raisonnable, généralement fondée sur la juste valeur marchande des services — L'indemnité basée sur le quantum meruit est fixée en fonction de toutes les circonstances de l'affaire — Elle n'est pas circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau découlant du travail et des matériaux fournis par le demandeur, car les parties avaient l'intention de récupérer leur investissement en se servant du bateau pour la pêche — La piètre qualité du travail ne donne pas droit au défendeur à la réduction de l'indemnité fondée sur le quantum meruit ou à des dommages-intérêts parce qu'il était aussi responsable de cette qualité et qu'il n'a rien fait pour l'améliorer.*

*Trusts — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — In deciding whether to impose constructive trust, Court must determine (1) whether claim for unjust enrichment established; (2) whether corresponding deprivation to plaintiff; (3) whether any juristic reason for enrichment; (4) whether constructive trust appropriate remedy — Must also be special reason to grant additional rights flowing from right of property i.e. specific and unique nature of property, changes in value of asset — All requirements met — Constructive trust appropriate as reason to*

*Fiducies — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation, la Cour doit déterminer (1) si un enrichissement sans cause a été établi, (2) si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, (3) s'il y a un motif juridique à l'enrichissement et (4) si la fiducie par interprétation est la réparation appropriée — Il doit aussi y avoir des motifs particuliers pour accorder des droits supplémentaires découlant d'un droit de propriété (nature particulière et unique du bien, changement*

believe defendant might sell licences in absence of restraint, rendering himself judgment proof.

*Maritime law — Practice — Interest — Action to recover for labour and materials provided in repairing fishing vessel — Interest award integral part of damage claim in admiralty cases — Should restore plaintiff to position would have been in if events giving rise to claim had not occurred — Applies equally to claims in contract and in tort under maritime law — Defendants aware of interest claim — Interest awarded from reasonable time after joint relationship between parties with respect to vessel severed.*

The defendants argued that neither the Smith (No. 1) nor the Harrison-Smith reports were admissible because they related to settlement discussions and were therefore privileged. The plaintiff argued that since Smith was called to give expert evidence concerning the value of the repairs, there was implied waiver of any privilege that had previously protected his papers from production: *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (S.C.). The defendants argued that *Vancouver Community College* has not been followed, and that in any event it was wrongly decided. Alternatively, the plaintiff argued that the report's privileged status was waived when it was listed in the defendants' list of documents and was made available to the plaintiff. The defendants relied upon the maxim "once privileged, always privileged." The defendants argued that the Harrison-Smith report was privileged because it was prepared jointly by representatives of the parties for settlement purposes.

The defendants submitted that any *quantum meruit* award should be reduced, or that they should be awarded damages, because the quality of the workmanship was poor. Finally, they argued that interest should not be awarded because the plaintiff's claim arose in contract, not in tort, and because the plaintiff did not claim interest in the statement of claim.

The plaintiff sought a declaration that the defendant holds an interest in the *Wa-Yas* (the vessel) and the licences attached thereto in constructive trust based on *quantum meruit* for the labour supplied, and on *quantum valebant* for the materials supplied.

*Held*, the action should be allowed.

The *Vancouver Community College* case was based on the fact that an expert witness is in a different position from other witnesses. He is put forward because of his expertise to assist the Court in coming to a conclusion, and this imposes certain obligations of disclosure on him. The search for truth with respect to evidence given by this type of witness outweighs any interest in protecting preliminary drafts. While the opera-

de valeur du bien) — Toutes les exigences sont réunies — La fiducie par interprétation est le remède approprié parce qu'il y a lieu de penser qu'en l'absence de restriction le défendeur pourrait vendre les permis, s'immunisant ainsi contre tout jugement.

*a* Droit maritime — Pratique — Intérêts — Action en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation d'un bateau de pêche — Les intérêts forment partie intégrante d'une action en dommages-intérêts en amirauté — Il convient de remettre le demandeur dans la situation où il aurait été si les faits donnant lieu à la demande n'avaient pas eu lieu — En droit maritime, le principe s'applique également aux actions fondées sur un contrat ou sur un délit — Les défendeurs savaient que des intérêts étaient demandés — Les intérêts sont accordés à compter d'une date raisonnable après la rupture de la relation des parties relativement au bateau.

*c* Les défendeurs soutiennent que le rapport Smith (n° 1) et le rapport Harrison-Smith étaient inadmissibles parce qu'ils traitaient de discussions concernant un arrangement et qu'ils étaient donc visés par un privilège. Le demandeur affirme que puisque M. Smith avait été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation, il y avait eu renonciation tacite à tout privilège qui l'autorisait auparavant à ne pas produire les documents (*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (C.S.)). Les défendeurs soutiennent que la décision *Vancouver Community College* n'a pas été suivie et que, de toute façon, elle est mal fondée. Le demandeur fait valoir, subsidiairement, que le rapport a cessé d'être privilégié quand il a été inséré dans la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition du demandeur. Les défendeurs invoquent le principe de la «pérennité des privilèges». Ils prétendent que le rapport Harrison-Smith faisait l'objet d'un privilège parce qu'il a été préparé conjointement par des représentants des parties en vue d'un règlement.

*d* Les défendeurs soutiennent qu'il y a lieu de réduire toute indemnité accordée selon le principe *quantum meruit* ou de leur accorder des dommages-intérêts en raison de la piètre qualité du travail. Ils font valoir, finalement, qu'il ne convient pas d'accorder des intérêts au demandeur parce que sa demande découle d'un contrat et non d'un délit et parce qu'il n'en a pas demandé dans sa déclaration.

*e* Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le défendeur détient, sur le *Wa-Yas* (le navire) et sur les permis rattachés à celui-ci, un droit consacré par une fiducie par interprétation, fondée sur le principe *quantum meruit* à l'égard du travail effectué et sur le principe *quantum valebant* à l'égard des matériaux fournis.

*f* *Jugement*: l'action doit être accueillie.

*g* La décision *Vancouver Community College* repose sur le fait qu'un expert cité comme témoin n'est pas dans la même position qu'un autre témoin. Il est cité à cause de ses connaissances spécialisées, pour aider le tribunal à en arriver à une conclusion, c'est pourquoi il se voit imposer des obligations en matière de divulgation. La recherche de la vérité à l'égard de ce type de témoignage l'emporte sur tout intérêt qui pourrait

tion of the adversarial trial process requires protection of counsel's work product, it does not require protection of an expert witness' work product. This rationale applies only to expert witnesses.

"Once privileged, always privileged" does not mean that the party who has the benefit of the privilege cannot waive it, but refers to the continued operation of the privileged status, i.e. after a client changes solicitors. Any privileged status which the Smith (No.1) report might originally have had was waived when it was listed in the defendants' list of documents, and made available to the plaintiff. The report lost its privileged status before the second report was filed or Mr. Smith was called to the stand.

To fall within the privilege attaching to settlement negotiations, a communication must be part of a genuine attempt to settle the dispute. It must also be clear that the offer of settlement was intended to be kept confidential. The Harrison-Smith report was not privileged. First, it was not a joint effort as neither plaintiff nor his agent had any involvement in the survey. Secondly, although a copy of the report was sent to the plaintiff, this was not as an offer of settlement. The report was not part of a genuine attempt to settle the dispute.

*Quantum meruit* is an equitable doctrine based on the principle that one who benefits from the labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched thereby. Where there is no enforceable contract, the law implies a promise to pay a reasonable amount for materials and labour. As a general rule, the measure of relief in all *quantum meruit* based restitutionary actions should be related to the free market value of the services rendered or the work done. In some cases the increased market value to the defendant of the property on which labour has been expended or to which material has been provided may operate as a limit to the amount of the award, but this is not always the case. An award based on *quantum meruit* is assessed by reference to all the circumstances surrounding the situation under which the obligation arose. In this case a *quantum meruit* award should not be constrained by the increase to the value of the vessel as a result of the materials provided and the labour expended by plaintiff. First, the vessel was a constructive write-off at the time repairs commenced. Secondly, if there had been no fishing licences attached to the vessel, neither the plaintiff nor the defendant would have expended such efforts in repairing it. The vessel alone had little value. The joint project was undertaken with a view to future profit from fishing. Money and time expended was to be recouped when the vessel engaged in the fishing industry, not as a result of the increased value of the vessel. In such circumstances the reasonable amount to be awarded under a *quantum meruit* claim should be based on the assessment of an amount attributable to the materials plaintiff supplied and a reasonable market value for the labour he expended. The burden of proving what is reasonable is with the plaintiff.

être servi par la protection des versions préliminaires. Quoique l'application du processus du procès contradictoire exige la protection du produit du travail de l'avocat, elle n'exige pas celle du produit du travail d'un expert cité comme témoin. Ce raisonnement ne vise que les témoins experts.

Le principe de la «pérennité des privilèges» ne signifie pas que la partie qui bénéficie du privilège ne peut y renoncer; il s'entend de la permanence du caractère privilégié, par exemple, dans le cas de la constitution d'un nouvel avocat. Le rapport Smith (n° 1) a perdu tout caractère privilégié qu'il aurait pu avoir au départ, lorsqu'il a été inclus dans la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition du demandeur. Il a perdu son caractère privilégié avant que le second rapport ne soit déposé et que M. Smith n'ait été cité à comparaître comme témoin.

Pour être visée par le privilège qui protège les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable pour régler le différend. En outre, il doit être clair que l'offre de règlement a été faite sous le sceau du secret. Le rapport Harrison-Smith n'est pas visé par un privilège. Premièrement, il ne s'agit pas d'une initiative commune parce que ni le demandeur ni son mandataire n'ont participé à l'expertise. Deuxièmement, bien qu'un exemplaire du rapport ait été envoyé à l'avocat du demandeur, ce n'était pas à titre d'offre de règlement. Le rapport ne faisait pas partie d'une tentative véritable de règlement du différend.

La doctrine du *quantum meruit* est une doctrine d'*equity* fondée sur le principe que la personne qui bénéficie du travail et des matériaux fournis par une autre personne ne doit pas en tirer un enrichissement sans cause. En l'absence de contrat exécutoire, une promesse de verser une somme raisonnable pour les matériaux et le travail fournis est implicitement reconnue en droit. En règle générale, le *quantum* de la réparation dans toutes les actions en restitution fondées sur le principe *quantum meruit* doit être fonction de la juste valeur marchande des services ou du travail fournis. Il se peut que l'augmentation de la valeur des biens du défendeur sur lesquels a porté le travail ou pour lesquels des matériaux ont été fournis constitue la limite du *quantum* de l'indemnité accordée, mais ce n'est pas toujours le cas. L'indemnité basée sur le principe *quantum meruit* est fixée en fonction de toutes les circonstances dans lesquelles l'obligation est née. En l'espèce, elle ne doit pas être circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau qui a résulté de la fourniture de matériaux et du travail fait par le demandeur. Tout d'abord, le bateau a été tenu pour une perte totale implicite au moment où la réparation a commencé. Ensuite, si aucun permis de pêche n'avait été rattaché au bateau, il est peu probable que le demandeur ou le défendeur ait consacré autant d'efforts à la réparation. Le bateau lui-même ne vaut pas grand-chose. Le projet conjoint qui a été entrepris l'a été en vue d'un profit futur tiré de la pêche. Les sommes et le temps consacrés ne devaient pas être récupérés grâce à l'augmentation de la valeur du bateau. Ils devaient l'être quand le bateau aurait servi à pratiquer la pêche. En pareil cas, le montant raisonnable de l'indemnité qui doit être accordée selon le principe *quantum meruit* doit être basé sur l'évaluation de la somme attribuable aux matériaux que le

The defendant was not entitled to damages based on the poor quality of the workmanship. The refit of the *Wa-Yas* was a joint enterprise. Defendant was as responsible for the quality of the workmanship as plaintiff. He did not demonstrate any concern about the quality of the work by attempting to disassociate himself from plaintiff or move to change the manner in which the refit was progressing.

An award of interest is an integral part of a damage claim in admiralty cases. The awarding of interest should restore the plaintiff to the position he would have been in if the events which gave rise to his claim had not occurred. This principle applies equally to claims arising in contract and in tort under maritime law. The defendants were aware that the plaintiff was claiming interest because the notice to admit documents included a schedule of the applicable bank prime rates. The statement of claim seeks "such further and other relief as to the Court seems meet." Had plaintiff had the use of his money rather than having it tied up in the *Wa-Yas* he would have been able to employ it elsewhere. To put him into a position close to that which he would have enjoyed had the events underlying his claim not occurred, an amount on account of interest for the money and labour he spent on the *Wa-Yas* should be allowed from a reasonable time after the joint relationship with respect to the *Wa-Yas* was severed.

A constructive trust comes into existence regardless of any party's intent. The purpose thereof is to prevent unjust enrichment. In determining whether to impose a constructive trust (i.e. to grant a proprietary as opposed to personal remedy), the Court must determine (1) whether a claim for unjust enrichment has been established; (2) whether there has been a corresponding deprivation to the plaintiff; (3) whether there is any juristic reason for the enrichment; (4) whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. Also, before a constructive trust is awarded, there must be a special reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from the recognition of a right of property, eg. reasons such as the specific and unique nature of the property in question, changes in value of the asset or a need to give priority to the plaintiff in a bankruptcy situation. In this case all the requirements for imposition of a constructive trust were present. There was an enrichment of the defendant and a corresponding deprivation suffered by the plaintiff. There was no juristic reason why the defendant should be enriched at plaintiff's expense. The declaration of a constructive trust was appropriate. The value of the *Wa-Yas* was not high without the fishing licences. There was reason to believe that the defendant, in the absence of some restraint, might sell the licences or transfer the licences from the vessel prior to any supervised or judicial sale of the vessel. In the absence of a trust attaching to the licences, defendant might place himself in a position where he would be unable to satisfy any judgment against him.

demandeur a fournis et sur la valeur marchande raisonnable du travail qu'il a fait. C'est au demandeur qu'il incombe de faire la preuve de ces éléments.

Le défendeur n'a pas droit à des dommages-intérêts fondés sur la piètre qualité du travail. Le carénage du *Wa-Yas* était une entreprise conjointe. Le défendeur était aussi responsable de la qualité du travail que le demandeur. Il n'a pas manifesté d'inquiétude particulière au sujet de la qualité du travail en tentant de rompre son association avec le demandeur ou en changeant la façon dont le carénage était effectué.

Dans l'exercice de sa compétence en amirauté, la Cour peut accorder des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts. L'indemnité doit remettre le demandeur dans l'état où il aurait été si les faits qui ont donné lieu à sa demande n'étaient pas arrivés. Le principe s'applique autant aux demandes fondées sur un contrat qu'à celles qui découlent d'un délit. Le défendeur savait que le demandeur voulait obtenir des intérêts parce que l'avis demandant l'admission de documents contenait une liste des taux préférentiels applicables. La déclaration comprenait une demande visant l'obtention de [TRADUCTION] «toute autre réparation que la Cour estime convenable». Si le demandeur avait pu disposer de ses fonds et que ceux-ci n'avaient pas été immobilisés dans le *Wa-Yas*, il aurait été à même d'en faire un autre usage. Pour le mettre le plus possible dans l'état où il aurait été si les faits qui fondent sa demande n'étaient pas arrivés, il est raisonnable de lui accorder une indemnité sous forme d'intérêts pour les sommes et le travail qu'il a investis dans le *Wa-Yas* à l'égard d'une période raisonnable après la cessation de l'entreprise en participation.

L'existence d'une fiducie par interprétation n'est pas liée à l'intention d'une quelconque partie. Cette doctrine vise à prévenir l'enrichissement sans cause. Pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation (c.-à-d. d'accorder une réparation fondée sur un droit de propriété plutôt qu'une indemnité), la Cour doit déterminer, premièrement, si un enrichissement sans cause a été établi, deuxièmement, si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, troisièmement, s'il y a un motif juridique à l'enrichissement, et quatrièmement, si, vu les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée au regard de cet enrichissement sans cause. Par ailleurs, il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence d'un motif justifiant l'octroi au demandeur des droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété, par exemple, l'obtention d'un bien unique et précis, les changements de valeur du bien ou la nécessité pour le propriétaire de jouir du rang prioritaire en cas de faillite. En l'espèce, les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont présentes. Il y a eu enrichissement du défendeur et appauvrissement correspondant du demandeur. Aucun motif juridique ne justifie l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur. La déclaration portant existence d'une fiducie par interprétation est appropriée. Le *Wa-Yas* a peu de valeur sans les permis de pêche. Il y a lieu de s'inquiéter que le défendeur, en l'absence de restriction, ne vende ou ne transfère les permis avant la vente sous surveillance ou la vente judiciaire. En l'absence d'une fiducie afférente aux permis, le défendeur pourrait se mettre dans une

situation où il serait incapable de s'acquitter de toute obligation qu'il aurait envers le demandeur par suite d'un jugement.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289; 27 C.L.R. 11; 38 L.C.R. 30 (S.C.); *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno*, [1974] 1 F.C. 294; (1974), 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; (1976), 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103; 33 C.L.R. 258; 36 C.P.C. (2d) 193 (H.C.); *Highland Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256; 63 D.L.R. (4th) 493; 242 A.P.R. 256 (S.C.T.D.); *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; 1 D.L.R. (4th) 262; 2 C.L.R. 210; 2 O.A.C. 231 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763; 45 W.W.R. 605 (Sask. Q.B.); *Miller v. Advanced Farming Systems Limited*, [1969] S.C.R. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637; 74 D.L.R. (4th) 742; 45 C.P.C. (2d) 293; 41 O.A.C. 65 (Div. Ct.); *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636; 43 A.P.R. 636 (S.C.T.D.); *Burlington Northern Railroad v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, Addy J., order dated 27/4/90, F.C.T.D., not yet reported; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

##### REFERRED TO:

*Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (B.C.S.C.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

#### AUTHORS CITED

Cross, Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*, Toronto: Carswell, 1982.  
Goldsmith, Immanuel and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289; 27 C.L.R. 11; 38 L.C.R. 30 (C.S.); *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno*, [1974] 1 C.F. 294; (1974), 52 D.L.R. (3d) 702 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1976] 1 C.F. 539; (1976), 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103; 33 C.L.R. 258; 36 C.P.C. (2d) 193 (H.C.); *Highland Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256; 63 D.L.R. (4th) 493; 242 A.P.R. 256 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; 1 D.L.R. (4th) 262; 2 C.L.R. 210; 2 O.A.C. 231 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763; 45 W.W.R. 605 (B.R. Sask.); *Miller v. Advanced Farming Systems Limited*, [1969] R.C.S. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637; 74 D.L.R. (4th) 742; 45 C.P.C. (2d) 293; 41 O.A.C. 65 (C. div.); *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636; 43 A.P.R. 636 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Burlington Northern Railroad c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, juge Addy, ordonnance en date du 27-4-90, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (C.S.C.-B.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; (1978), 83 D.L.R. (3d) 289; [1978] 2 W.W.R. 101; 1 E.T.R. 307; 1 R.F.L. (2d) 1; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165.

#### DOCTRINE

Cross, Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed., London: Butterworths, 1990.  
Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution*, Toronto: Carswell, 1982.  
Goldsmith, Immanuel and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.  
 Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Sharpe, Robert J. "Claiming Privilege in the Discovery Process", *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1984) 163. <sup>a</sup>  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984. <sup>b</sup>

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.  
 Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Sharpe, Robert J. «Claiming Privilege in the Discovery Process», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: Richard DeBoo, 1984) 163.  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.  
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1984.

ACTION to recover for labour and materials provided in repairing the defendant's licensed fishing vessel. Action allowed.

ACTION en recouvrement du coût du travail et des matériaux fournis pour la réparation du bateau de pêche du défendeur, auquel se rattachaient des permis. Action accueillie. <sup>c</sup>

## COUNSEL:

*Bradley M. Caldwell* for plaintiff.  
*J. Raymond Pollard* and *Dawn M. Jordan* for defendants. <sup>d</sup>

## AVOCATS:

*Bradley M. Caldwell* pour le demandeur.  
*J. Raymond Pollard* et *Dawn M. Jordan* pour les défendeurs.

## SOLICITORS:

*McMaster, Bray & Company*, Vancouver, for plaintiff. <sup>e</sup>  
*Richards, Buell, Sutton*, Vancouver, for defendants.

## PROCUREURS:

*McMaster, Bray & Company*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Richards, Buell, Sutton*, Vancouver, pour les défendeurs.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by* <sup>f</sup>

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

REED J.:

LE JUGE REED:

EDITOR'S NOTE <sup>g</sup>

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*The Executive Editor has determined that the 43-page reasons for judgment herein should be reported as abridged. This case was selected for publication for Her Ladyship's consideration of the following issues: the admissibility of reports said to be privileged as relating to settlement discussions; the claim for an award based on quantum meruit; the argument that any quantum meruit award should be reduced for poor workmanship; the awarding of interest and the declaration of a constructive trust.* <sup>h</sup>

*Le directeur général estime que les présents motifs, comptant cinquante-deux pages, pourraient être publiés sous forme de résumé. Cette décision a été retenue pour publication, parce que le juge Reed y examinait les questions suivantes: l'admissibilité de rapports que l'on prétendait visés par un privilège parce qu'ils avaient trait à des discussions en vue d'un règlement, une demande d'indemnité fondée sur le principe quantum meruit, l'argument selon lequel la piètre qualité du travail peut justifier la réduction d'une telle indemnité, l'octroi d'intérêts et le jugement déclaratoire visant l'existence d'une fiducie par interprétation.* <sup>i</sup> <sup>j</sup>

The facts were that the defendant, Gorecki, paid \$62,000 in 1985 for an old fishing vessel and its two fishing licences. In 1986-1987 defendant leased the vessel. She was grounded by the lessees and the insurer took the position that she was damaged beyond economical repair and should be burned. Instead, defendant decided to repair the vessel and enlisted plaintiff's participation in the project. After plaintiff had put considerable effort into the undertaking, the parties decided to terminate their joint endeavour. The question, plaintiff having abandoned at trial a claim to an interest in the vessel and her licences based on a partnership agreement, was whether he was entitled to equitable relief by way of quantum meruit. Defendant's position was that he had paid plaintiff the full amount owing under a fixed price contract for repairs.

Prior to the commencement of litigation the defendant had a report prepared by Harrison, a surveyor, estimating the amount of time spent repairing the vessel. A second report, the Smith (No. 1) report, was commissioned by the defendant after the commencement of litigation. It was originally delivered to the plaintiff as an enclosure to a "without prejudice" settlement letter. This report was on the defendant's list of documents and privilege was claimed with respect thereto. A slightly revised version was filed for use at trial and its author, Barry D. Smith, was called as a witness in these proceedings to give expert evidence on the value of the repairs. A third report, the Harrison-Smith report, was prepared by the two surveyors on behalf of the defendant to resolve the discrepancy between the two previous reports.

#### Admissibility of Smith (No. 1) and Harrison-Smith Reports

Objections were raised to the admissibility of both the Smith (No. 1) report and the Harrison-Smith report. I reserved on the question of their admissibility

Les faits sont les suivants. Le défendeur Gorecki a payé 62 000 \$ pour un vieux bateau de pêche et les deux permis qui s'y rattachaient, en 1985. Il a loué le bateau en 1986-1987, et celui-ci s'est échoué pendant qu'il était sous la garde des locataires. L'assureur a déterminé que les dommages étaient tels que le navire ne pouvait économiquement être réparé et qu'il conviendrait de le brûler. Le défendeur a quand même décidé de le réparer et a convaincu le demandeur de participer à l'entreprise. Ce dernier a consacré beaucoup d'énergie à ce projet, puis les parties ont convenu de mettre fin à l'entreprise commune. Comme le demandeur a renoncé, à l'instruction, à sa revendication d'un droit de propriété fondé sur un contrat de société à l'égard du bateau et des permis qui lui étaient rattachés, il s'agissait de déterminer s'il avait droit, en equity, à une indemnité en application du principe quantum meruit. Le défendeur soutenait qu'il avait versé au demandeur l'intégralité de la somme due en vertu d'un contrat de réparation à prix fixe.

Avant l'institution de l'action, le défendeur a fait préparer par un expert, M. Harrison, un rapport estimant le temps consacré à la réparation du bateau. Le défendeur a commandé un deuxième rapport (le rapport Smith n° 1) après le début des procédures. Ce rapport a initialement été remis au demandeur à titre de pièce jointe à une offre de règlement faite «sous toute réserve». Ce rapport figurait sur la liste de documents du défendeur et ce dernier a soutenu qu'il était visé par un privilège. Une version légèrement révisée du rapport fut déposée au cours de l'instruction, et son auteur, M. Barry D. Smith, fut appelé à témoigner en qualité d'expert sur la valeur des réparations. Les deux experts ont préparé un troisième rapport, le rapport Harrison-Smith, pour le compte du défendeur, afin de concilier les deux rapports précédents.

#### Admissibilité des rapports Smith (n° 1) et Harrison-Smith

Des objections ont été opposées à l'admissibilité des rapports Smith (n° 1) et Harrison-Smith. J'ai mis en délibéré la question de l'admissibilité. L'avocat

ity. It was argued by counsel for the defendants that both reports are not admissible because they relate to settlement discussions and are therefore privileged.

Central to the arguments made concerning the admissibility of both reports is the fact that Mr. Smith was called in these proceedings to give expert opinion evidence on the value of the repairs in question. Indeed the Smith (No. 1) report, was identical in conclusion to the expert report he filed for use in these proceedings on April 6, 1992. It is argued that since Mr. Smith was called to give expert evidence concerning the value of the repairs, the status of those reports is brought within the decision set out in *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (S.C.), at pages 296-297:

So long as the expert remains in the role of a confidential advisor, there are sound reasons for maintaining privilege over documents in his possession. Once he becomes a witness, however, his role is substantially changed. His opinions and their foundation are no longer private advice for the party who retained him. He offers his professional opinion for the assistance of the court in its search for the truth. The witness is no longer in the camp of a partisan. He testifies in an objective way to assist the court in understanding scientific, technical or complex matters within the scope of his professional expertise. He is presented to the court as truthful, reliable, knowledgeable and qualified. It is as though the party calling him says: "Here is Mr. X, an expert in an area where the court needs assistance. You can rely on his opinion. It is sound. He is prepared to stand by it. My friend can cross-examine him as he will. He won't get anywhere. The witness has nothing to hide."

It seems to me that in holding out the witness's [*sic*] opinion as trustworthy, the party calling him impliedly waives any privilege that previously protected the expert's papers from production. He presents his evidence to the court and represents, at least at the outset, that the evidence will withstand even the most rigorous cross-examination. That constitutes an implied waiver over papers in a witness's [*sic*] possession which are relevant to the preparation or formulation of the opinions offered, as well as to his consistency, reliability, qualifications and other matters touching on his credibility.

Counsel for the defendants argues that the *Vancouver Community College* decision has not been followed: *Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.); *Highland*

des défendeurs a soutenu que les deux rapports étaient inadmissibles parce qu'ils traitaient de discussions sur un arrangement et qu'un privilège était revendiqué à leur égard.

<sup>a</sup> Le fait que M. Smith a été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation en cause constitue un élément primordial des arguments relatifs à l'admissibilité des deux rapports. En effet, le rapport Smith (n° 1) en arrivait à la même conclusion que le rapport d'expertise qu'il a déposé le 6 avril 1992 en vue de son utilisation dans la présente instance. On a soutenu que, puisque M. Smith avait été cité pour donner son opinion à titre d'expert sur la valeur de la réparation, le caractère de ces rapports devait être déterminé selon le critère énoncé dans l'affaire *Vancouver Community College v. Phillips, Barratt* (1987), 20 B.C.L.R. (2d) 289 (C.S.), aux pages 296 et 297:

[TRADUCTION] Pourvu que l'expert se cantonne dans son rôle de conseiller particulier, il y a de bonnes raisons de respecter le privilège concernant les documents en sa possession. Mais dès qu'il devient témoin, son rôle est essentiellement différent. Ses opinions et leur fondement ne sont plus des conseils confidentiels à l'usage de la personne qui a retenu ses services. Il donne son opinion en qualité d'homme de l'art pour aider le tribunal à découvrir la vérité. Le témoin doit abandonner l'esprit partisan. Il témoigne avec objectivité pour aider le tribunal à comprendre des questions scientifiques, techniques ou complexes qui ressortissent à ses compétences. Il est produit devant le tribunal pour sa véracité, la sûreté de son jugement, ses connaissances et ses compétences. C'est comme si la partie qui le cite disait: «Voici M. X, un expert dans un domaine à l'égard duquel le tribunal a besoin d'aide. Vous pouvez vous fier à son opinion. Elle est judicieuse. Il est prêt à la défendre. Mon confrère peut le contre-interroger à son gré. Il perdra son temps. Le témoin n'a rien à cacher.»

Il me semble qu'en faisant valoir que l'opinion du témoin est digne de foi, la partie qui l'a cité renonce tacitement à tout privilège qui l'autorisait auparavant à ne pas produire les documents de l'expert. Il présente son témoignage devant le tribunal et fait valoir, du moins au début, que le témoignage résistera même au contre-interrogatoire le plus rigoureux. C'est une renonciation tacite à l'égard de documents en la possession d'un témoin qui sont pertinents par rapport à la préparation ou à l'expression des opinions qu'il émet et par rapport à la cohérence de son témoignage, à sa fiabilité, à ses titres et à d'autres questions concernant sa crédibilité.

L'avocat des défendeurs soutient que la décision *Vancouver Community College* n'a pas été suivie: *Bell Canada v. Olympia & York Developments Ltd.* (1989), 68 O.R. (2d) 103 (H.C.); *Highland*



*Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256 (S.C.T.D.). Counsel for the defendants also argues that the *Vancouver Community College* case is, in any event, wrongly decided.

The privilege asserted in the *Vancouver Community College*, *Bell Canada* and *Highland Fisheries* cases was litigation privilege: the privilege which attaches to communications between a lawyer and third parties when the purpose of the communication is to enable the legal adviser to advise or act with regard to litigation.<sup>1</sup> Utilization of the communication for the purposes of litigation must be the dominant purpose of the communication. The privilege is a legal professional one, thought necessary to enable the adversarial system of trials to function. As was said in *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637 (Div. Ct.), at page 643:

Counsel must be free to make the fullest investigation and research without risking disclosure of his opinions, strategies and conclusions to opposing counsel. The invasion of the privacy of counsel's trial preparation might well lead to counsel postponing research and other preparation until the eve of or during the trial, so as to avoid early disclosure of harmful information. This result would be counter-productive to the present goal that early and thorough investigation by counsel will encourage an early settlement of the case. Indeed, if counsel knows he must turn over to the other side the fruits of his work, he may be tempted to forgo conscientiously investigating his own case in the hope he will obtain disclosure of the research, investigations and thought processes compiled in the trial brief of opposing counsel.

This explanation, in the *Ottawa-Carleton* case, is followed in the Sopinka, Lederman & Bryant text, *The Law of Evidence in Canada*, at page 654, by a description of the development of the law in the United States:

Although long steeped in Anglo-Canadian jurisprudence, it was only in 1947, in the case of *Hickman v. Taylor*, that the Americans firmly developed something comparable to this second branch of the legal professional privilege, which they termed the 'work-product' doctrine. Murphy J. explained its basis in the following oft-quoted passage.

<sup>1</sup> *Cross on Evidence* (1990, 7th ed.), at p. 431; *Phipson on Evidence* (1990, 14th ed.), at para. 20-30; Sopinka et al. *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 653.

*Fisheries Ltd. v. Lynk Electric Ltd.* (1989), 93 N.S.R. (2d) 256 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.). L'avocat des défendeurs affirme de plus que la décision *Vancouver Community College* est, de toute façon, mal fondée.

Le privilège invoqué dans les affaires *Vancouver Community College*, *Bell Canada* et *Highland Fisheries* était un privilège relatif à un litige: c'est le privilège dont font l'objet les communications entre un avocat et des tiers quand ces communications ont pour but de permettre au conseiller juridique de conseiller son client ou de le représenter en justice à l'égard d'un litige<sup>1</sup>. L'utilisation des communications aux fins d'un litige doit être le but dominant des communications. Le privilège se rattache à la profession d'avocat, il est jugé nécessaire au bon fonctionnement du système de justice contradictoire. Comme le dit le tribunal dans l'affaire *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) v. Consumers' Gas Co.* (1990), 74 O.R. (2d) 637 (C. Div.), à la page 643:

[TRADUCTION] L'avocat doit être libre de faire l'enquête et les recherches les plus poussées sans s'exposer à la divulgation de ses opinions, de ses stratégies et de ses conclusions à l'avocat de la partie adverse. L'atteinte au caractère confidentiel de la préparation du procès par l'avocat pourrait bien l'amener à reporter ses recherches et son travail préparatoire à la veille du procès, voire au procès, de façon à éviter la divulgation prématurée de renseignements nuisibles. Pareil résultat serait contraire au présent objectif, c'est-à-dire qu'une enquête menée tôt et de manière approfondie par l'avocat favorisera le règlement du litige dans les meilleurs délais. En effet, si l'avocat sait qu'il doit remettre à l'autre partie le fruit de ses recherches, il pourrait être tenté de s'abstenir de faire une étude consciencieuse de sa propre preuve dans l'espoir d'obtenir la communication des recherches, des enquêtes et des idées qui forment la preuve de l'avocat de la partie opposée.

Cette explication, tirée de l'affaire *Ottawa-Carleton*, est suivie, dans l'ouvrage de Sopinka, Lederman & Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, à la page 654, d'un exposé de l'état du droit aux États-Unis:

[TRADUCTION] Certes, la jurisprudence anglo-canadienne est imprégnée depuis longtemps de ce second volet du secret professionnel de l'avocat, mais ce n'est qu'en 1947, dans l'arrêt *Hickman v. Taylor*, que les Américains ont établi fermement une notion comparable, qu'ils ont désignée la doctrine du «produit du travail». Le juge Murphy en a expliqué le fondement dans le passage qui suit, qui a souvent été cité.

<sup>1</sup> *Cross on Evidence* (1990, 7<sup>e</sup> éd.), à la p. 431; *Phipson on Evidence* (1990, 14<sup>e</sup> éd.), aux par. 20-30; Sopinka et al., *The Law of Evidence in Canada*, (1992), à la p. 653.

The oft-quoted passage from the *Hickman v. Taylor* [329 U.S. 495 (1947)] case which explains the rationale for the privilege reads [at pages 510-511]:

In performing his various duties . . . it is essential that a lawyer work with a certain degree of privacy, free from unnecessary intrusion by opposing parties and their counsel. Proper preparation of a client's case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories and plan his strategy without undue and needless interference . . . This work is reflected, of course, in interviews, statements, memoranda, correspondence, briefs, mental impressions, personal beliefs, and countless other tangible and intangible ways — aptly though roughly termed by the Circuit Court of Appeals in this case as the “work product of the lawyer.” Were such materials open to opposing counsel on mere demand, much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney's thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency, unfairness and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served.

The litigation privilege is not the same as solicitor-client privilege. Thus the rationale given in the *Bell Canada* case for not following the *Vancouver Community College* decision does not necessarily follow. Allowing an expert witness to be cross-examined on his working papers and the information he received from counsel, on the ground that by calling him as a witness there is an implied waiver, does not mean that when a client becomes a witness there is thereby an implied waiver of the solicitor-client privilege. The two types of privilege and the purpose of each are different. A useful description of the difference is found in Sharpe, “Claiming Privilege in the Discovery Process” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984* (Don Mills, Ont.: DeBoo, 1984), at pages 164-165.

There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand,

Voici le passage souvent cité de l'arrêt *Hickman v. Taylor* [329 U.S. 495 (1947)] qui explique le fondement du privilège [aux pages 510 et 511]:

[TRADUCTION] Il est essentiel que, dans l'accomplissement de ses diverses fonctions, l'avocat soit assuré, dans une certaine mesure, du caractère confidentiel de son travail, qu'il soit protégé contre toute atteinte inutile de la part des parties opposées et de leurs avocats. Pour bien préparer les arguments de son client, il doit rassembler des renseignements, trier les faits qu'il estime pertinents et les autres, préparer ses théories juridiques et planifier sa stratégie sans ingérence indue et inutile. Ce travail s'exprime bien sûr par des entrevues, des déclarations, des notes de service, des lettres, des mémoires, des impressions et des opinions, et d'innombrables autres manières tangibles ou intangibles — que la Circuit Court of Appeals a appelés, avec justesse mais en termes approximatifs, en l'espèce le «produit du travail de l'avocat». Si les avocats de la partie adverse pouvaient consulter ces documents sur demande, une grande partie de ce qui est aujourd'hui consigné ne serait plus couché par écrit. Les pensées d'un avocat, jusqu'alors inviolables, ne lui appartiendraient plus. Les conseils juridiques et la préparation du procès seraient inévitablement marqués au coin de l'inefficacité, de la déloyauté et de la malhonnêteté. Cela serait démoralisant pour les avocats. Et les intérêts des parties et la cause de la justice seraient mal servis.

Le privilège relatif à un litige n'équivaut pas au secret professionnel de l'avocat. C'est pourquoi les raisons énoncées dans l'affaire *Bell Canada* pour ne pas suivre la décision *Vancouver Community College* ne sont pas nécessairement valables. Permettre qu'un expert cité comme témoin soit contre-interrogé au sujet des documents sur lesquels il se fonde et au sujet des renseignements qu'il a reçus de l'avocat, parce qu'en le citant, ce dernier a renoncé tacitement au privilège, ne signifie pas que, lorsqu'un client devient un témoin, il y a alors renonciation tacite au secret professionnel. Les deux types de privilège et le but de chacun sont différents. Dans son article «Claiming Privilege in the Discovery Process», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1984*, Don Mills (Ont.), DeBoo, 1984, aux pages 164 et 165, Sharpe met en lumière cette différence d'une manière utile:

[TRADUCTION] Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif à un litige, en revanche, s'applique aux communications de caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit

applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation . . . Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate. In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

As I understand the decision in the *Vancouver Community College* case, it is based on the fact that expert witnesses are in a different position from other witnesses. Expert witnesses draw inferences from facts, inferences which their particular expertise enables them to make and which judges or jurors do not have the same expertise to make. If the expert has given a contrary opinion in the past on the same facts, or if there is evidence that his opinion has changed or been gerrymandered in response, for example, to counsel's suggestions, then, the credibility of that opinion is significantly undercut. The witness is being put forward because of his particular expertise, to assist the Court in coming to a conclusion and this imposes obligations of disclosure on him that may not exist for other witnesses. The *Vancouver Community College* case implicitly states that the search for truth with respect to the evidence being given by this category of witness outweighs any interest that might be served in protecting the preliminary drafts or working papers of the witness.

It is trite law that privilege can be claimed for certain communications because the law deems the protection of some interests and relationships to out-

à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif à un litige, en revanche, ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c'est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif à un litige. Cette différence mérite qu'on s'y arrête. L'intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l'intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un homme de loi. Si un individu ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu'il lui confie ne sera pas révélé, il sera difficile, voire impossible, à cet individu d'obtenir de bons et francs conseils juridiques.

Le privilège relatif à un litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige . . . Son but se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif à un litige est basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter pour l'avocat l'enquête et la préparation de sa preuve en vue de l'instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif à un litige vise à faciliter un processus (savoir le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l'avocat vise à protéger une relation (savoir la relation confidentielle entre un avocat et son client).

Si je comprends bien la décision *Vancouver Community College*, elle repose sur le fait qu'un expert cité comme témoin n'est pas dans la même position qu'un autre témoin. L'expert tire des conclusions de fait, conclusions qu'il est à même de tirer grâce à ses connaissances spécialisées, qui dépassent les compétences des juges ou des jurés. Si l'expert a donné un avis contraire dans le passé sur les mêmes faits ou s'il est établi qu'il a changé d'avis ou que son opinion a été tripatouillée en réponse, par exemple, aux suggestions d'un avocat, alors la crédibilité de cette opinion a été minée sérieusement. Le témoin est cité à cause de ses connaissances spécialisées, pour aider le tribunal à en arriver à une conclusion; c'est pourquoi il se voit imposer des obligations en matière de divulgation auxquelles les autres témoins peuvent échapper. Dans l'affaire *Vancouver Community College*, le tribunal dit implicitement qu'eu égard au témoignage de cette catégorie de témoins, la recherche de la vérité l'emporte sur tout intérêt qui pourrait être servi par la protection des documents de travail ou des versions préliminaires des documents du témoin.

Il est bien établi que le privilège peut être invoqué à l'égard de certaines communications parce que la loi présume que la protection de certains intérêts et

weigh the search for truth.<sup>2</sup> My understanding of the *Vancouver Community College* case is that the need for a protected area to facilitate a lawyer's investigation and preparation of a case does not extend to the information provided to an expert if that expert is called to the stand. Another way of saying the same thing is: while the operation of the adversarial trial process requires protection of counsel's work product, it does not require protection of an expert witness work product. I note that the rationale in *Vancouver Community College* applies only to expert witnesses. I cannot disagree with the conclusion reached in that case.

Despite the fact that much argument focused on the *Vancouver Community College* case, counsel did not make a claim of privilege for the reports in this case on the ground of litigation privilege. It is not the preliminary drafts or working papers of the expert which are sought to be produced. There is no evidence that either of the reports was prepared for the dominant purpose of being used in the litigation. Counsel for the defendants asserts privilege for the two reports on the ground that they were communications in furtherance of settlement.

With respect to the Smith (No. 1) report, counsel for the plaintiff argues that whatever may have been the original status of that report its privileged status was waived when it was listed in Part I of the defendant's list of documents and was made available to counsel for the plaintiff. Counsel for the defendants argues that privilege relating to settlement discussions cannot be waived: "once privileged always privileged".

As I read the various authors on the subject of waiver of privilege<sup>3</sup> it is clear that the quotation "once privileged, always privileged" does not mean that the party who has the benefit of the privilege cannot waive it. That quotation refers to a continued

<sup>2</sup> See, for example, *McCormick on Evidence* (3rd ed., West Publishing Co., 1984), at p. 171.

<sup>3</sup> Sopinka et al., *supra* note 1, at p. 658; Phipson, *supra* note 1, at para. 20-35.

de certaines relations a la prééminence par rapport à la recherche de la vérité<sup>2</sup>. Si j'interprète correctement la décision *Vancouver Community College*, le besoin d'une zone protégée, destinée à faciliter pour l'avocat son enquête et la préparation de sa preuve, ne s'étend pas aux renseignements fournis à un expert si celui-ci est appelé à la barre. Cette proposition peut aussi être formulée dans ces termes: quoique l'application du processus du procès contradictoire exige la protection du produit du travail de l'avocat, elle n'exige pas la protection du produit du travail d'un expert cité comme témoin. Je ferai observer que le raisonnement suivi dans l'affaire *Vancouver Community College* ne vise que les experts cités comme témoins. Je ne peux pas désapprouver la conclusion tirée dans cette affaire.

En dépit du fait que son argumentation ait porté en grande partie sur la décision *Vancouver Community College*, l'avocat ne s'est pas appuyé en l'espèce sur le privilège relatif à un litige pour faire valoir un privilège à l'égard des rapports. Ce ne sont pas les documents de travail ou les versions préliminaires des documents de l'expert qu'on cherche à produire. Aucun élément de preuve n'indique que le but dominant dans lequel l'un ou l'autre des rapports a été préparé ait été l'utilisation aux fins d'un litige. L'avocat des défendeurs fait valoir un privilège à l'égard des rapports parce qu'il s'agissait de communications favorisant le règlement du litige.

Quant au rapport Smith (n° 1), l'avocat du demandeur soutient que, peu importe le caractère initial de ce rapport, il a cessé d'être privilégié quand il a été inséré dans la partie I de la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition de l'avocat du demandeur. L'avocat des défendeurs soutient qu'il ne saurait y avoir renonciation à un privilège à l'égard des discussions visant à un règlement: c'est le principe de la [TRADUCTION] «pérennité des privilèges».

Il appert de la doctrine relative à la renonciation au privilège<sup>3</sup> que le principe de la pérennité des privilèges ne signifie pas que la partie qui bénéficie du privilège ne peut pas y renoncer. Ce principe s'entend de la permanence du caractère privilégié, par

<sup>2</sup> Voir, par exemple, *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd., West Publishing Co., 1984), à la p. 171.

<sup>3</sup> Sopinka, Lederman et Bryant, *supra*, note 1, à la p. 658; Phipson, *supra*, note 1, aux par. 20-35.

operation of the privileged status, for example, even after the death of the solicitor or when the client has changed solicitors or if it is sought to compel production of the privileged information in other litigation. While it may be that the privilege which attaches to communications in furtherance of settlement are to the benefit of both parties and cannot be waived without the consent of both, this is not a relevant factor in the present case. The plaintiff, by seeking to introduce both reports, signifies his consent and only the presence or absence of waiver on the part of the defendant need be assessed.

In my view, any privileged status which the Smith (No. 1) report might originally have had, was waived when it was listed in Part I of the defendants' list of documents and made available to counsel for the plaintiff. There is no reason to think that this was done through inadvertence. Its inclusion in Part I demonstrated an intention to use the report at trial. The report lost its privileged status before Mr. Smith's second report was filed or he was called to the stand, thus I do not need to decide whether those actions constituted an implied waiver of privilege.

That does not dispose of the issue however. Counsel for the plaintiff did not seek to introduce the Smith (No. 1) report as part of his case in chief although it was marked for identification. He did not seek to formally introduce it when cross-examining Mr. Smith. His failure to do so was a mere slip. He sought to introduce the report at the end of the trial. I am not convinced that it should be admitted in that way. Mr. Smith had no opportunity to comment on it in its entirety. At the same time, the refusal to accept the report as part of the documentary evidence because of this procedural slip is not particularly important. (If it were, I would probably allow the report in and give counsel for the defendants an opportunity to re-examine Mr. Smith with respect to it.) Counsel for the plaintiff cross-examined both Mr. Gorecki and Mr. Smith with respect to the report. That oral evidence is part of the record and it is my understanding that it covers the points which counsel for the plaintiff wishes to make by reference to the report. Thus nothing would be gained by reopening the evidence. The report will not be admitted; the oral

exemple, même en cas de décès de l'avocat ou de constitution de nouvel avocat ou encore de tentative pour forcer la production des renseignements privilégiés dans un autre litige. Certes, il se peut que le privilège rattaché aux communications favorisant le règlement du litige profite aux deux parties et que la renonciation à ce privilège ne soit possible qu'avec le consentement des deux parties, mais ce facteur n'est pas pertinent en l'espèce. En cherchant à produire les deux rapports, le demandeur indique qu'il a donné son consentement et il ne reste qu'à vérifier s'il y a eu renonciation de la part du défendeur.

À mon avis, le rapport Smith (n° 1) a perdu tout caractère privilégié qu'il aurait pu avoir au départ, lorsqu'il a été inclus dans la partie I de la liste des documents des défendeurs et mis à la disposition de l'avocat du demandeur. Il n'y a aucune raison de croire qu'il l'ait été par inadvertance. Son inclusion dans la partie I montre l'intention d'utiliser le rapport au procès. Le rapport a perdu son caractère privilégié avant que le second rapport de M. Smith eut été déposé ou que ce dernier eut été cité à comparaître comme témoin, de sorte que je n'ai pas à décider si ces actions constituaient une renonciation tacite au privilège.

Cela ne résout cependant pas la question. L'avocat du demandeur n'a pas cherché à produire le rapport Smith (n° 1) en présentant sa preuve principale, encore que le rapport ait été coté. Il n'a pas cherché à le produire en bonne et due forme en contre-interrogeant M. Smith. C'est par simple oubli qu'il ne l'a pas fait. Il a voulu produire le rapport à la fin du procès. Je ne suis pas convaincue qu'il convienne de l'admettre dans ces conditions. M. Smith n'a pas eu la possibilité de faire des observations sur l'ensemble du document. Par ailleurs, le refus d'accepter le rapport à titre de preuve documentaire à cause de cet oubli ne présente pas d'importance particulière. (Si ce refus avait de l'importance, j'admettrais probablement le rapport et je donnerais à l'avocat des défendeurs la possibilité de réinterroger M. Smith à ce sujet.) L'avocat du demandeur a contre-interrogé M. Gorecki et M. Smith au sujet du rapport. Les témoignages oraux ont été versés au dossier et, si je comprends bien, ils englobent les arguments que l'avocat du demandeur veut faire valoir en ce qui a trait au rapport. La réouverture de l'instruction n'ap-

evidence with respect to it is admitted and is properly a part of the record.

To turn then to the Harrison-Smith report. It is argued that this too carries a privileged status because it is a communication in furtherance of settlement. In *Sopinka, Lederman and Bryant*, at pages 719-721, a description of this category of privilege is set out:

### III COMMUNICATIONS IN FURTHERANCE OF SETTLEMENT

#### A. Policy and General Rule

It has long been recognized as a policy interest worth fostering that parties be encouraged to resolve their private disputes without recourse to litigation or if an action has been commenced, encouraged to effect a compromise without a resort to trial. In furthering these objectives, the courts have protected from disclosure communications, whether written or oral, made with a view to reconciliation or settlement. In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession that they would be prepared to offer could be used to their detriment if no settlement agreement was forthcoming. The principle of exclusion was enunciated in two early Ontario cases. In *York (County) v. Toronto Gravel Road & Concrete Co.* Proudfoot J. said:

The rule I understand to be that overtures of pacification, and any other offers or propositions between litigating parties, expressly or impliedly made without prejudice, are excluded on grounds of public policy.

Four years later, in *Pirie v. Wyld*, Cameron C.J. confirmed the rule as follows:

The authorities seem, though not very numerous, to be clear upon the first point, that letters written or communications made without prejudice, or offers made for the sake of buying peace, or to effect a compromise, are inadmissible in evidence. It seemingly being considered against public policy as having a tendency to promote litigation, and to prevent amicable settlements.

Many other authorities have expressed this public policy to be the justification for the recognition of the privilege. However, there are a number of competing theories which are discussed in *Wigmore on Evidence*:

1. That admissions in settlement negotiations are likely to be hypothetical or conditional only, as a supposition on which a settlement might rest, whether that supposition is true or false, and that such an admission has no relevance and is inadmissible on that ground, though if an admission is clearly an unqualified admission of fact, it would be admissible;

porterait donc rien d'autre. Le rapport ne sera pas admis; les témoignages oraux relatifs à celui-ci sont admis et font partie à bon droit du dossier.

a Venons-en au rapport Harrison-Smith. On affirme que celui-ci revêt aussi un caractère privilégié parce qu'il s'agit d'une communication favorisant le règlement du litige. On trouve dans *Sopinka, Lederman et Bryant*, aux pages 719 à 721, un passage traitant de cette catégorie de privilège:

### [TRADUCTION] III COMMUNICATIONS FAVORISANT LE RÈGLEMENT DU LITIGE

#### A. Principe et règle générale

c Il est reconnu depuis longtemps qu'il y va de l'intérêt public que les parties soient encouragées à résoudre leurs différends privés sans recourir au procès ou, si une action a été engagée, qu'elles soient encouragées à régler le litige à l'amiable. Pour favoriser la réalisation de ces objectifs, les tribunaux ont protégé contre la divulgation les communications, écrites ou verbales, faites en vue d'une réconciliation ou d'un arrangement. En l'absence d'une telle protection, peu de personnes entameraient des négociations en vue d'un règlement de peur que toute concession qu'elles seraient disposées à faire puisse être utilisée à leur détriment s'il n'en résultait aucun arrangement. Le principe de l'exclusion a été énoncé dans deux affaires ontariennes anciennes. Dans l'affaire *York (County) v. Toronto Gravel Road & Concrete Co.*, le juge Proudfoot dit ceci:

f Selon moi, la règle veut que les ouvertures de paix et toute autre offre ou proposition de la part des parties en litige, faites expressément ou tacitement sous toutes réserves, soient exclues eu égard à l'intérêt public.

Quatre ans plus tard, dans l'affaire *Pirie v. Wyld*, le juge en chef Cameron confirme cette règle en ces termes:

g Le premier point semble ressortir nettement de la jurisprudence, quoiqu'elle soit peu abondante, c'est-à-dire que les lettres écrites ou les communications faites sous toutes réserves, ou les offres faites en vue d'une réconciliation, ou pour en arriver à un compromis, ne sont pas admissibles en preuve. Leur admission est apparemment tenue pour contraire à l'intérêt public car elle aurait tendance à favoriser les poursuites et à empêcher les règlements amiables.

h Bon nombre d'autres précédents ont fondé la reconnaissance du privilège sur l'intérêt public. Toutefois, *Wigmore on Evidence* examine nombre d'autres théories:

i 1. Que l'aveu fait au cours des négociations en vue d'un règlement n'est probablement qu'hypothétique ou conditionnel, ne représentant qu'une supposition sur laquelle un règlement pourrait être basé, que cette supposition soit vraie ou fausse, et qu'un tel aveu n'est pas pertinent et n'est donc pas admissible, encore que, si un aveu sur une question de fait était nettement inconditionnel, il serait admissible;

2. That all admissions in the course of negotiations towards settlement are without prejudice, whether those words are used or not, and are protected by a privilege based on public policy, and are not admissible in evidence;

3. That settlement negotiations are conducted on the normal contractual basis of offer and acceptance and with an express reservation of secrecy, and that, if a contract is reached, the negotiations are superseded by the contract itself, and become irrelevant and inadmissible, and if no contract is reached, then the negotiations are, for that reason, irrelevant;

4. That admissions made in the course of settlement negotiations may not be concessions of wrongs done, but merely an expression of a desire to purchase peace, and as such irrelevant and inadmissible.

The second theory is clearly the one that is accepted in Ontario. It is unclear however whether the law in British Columbia is to the same effect. It was suggested by Spencer J. in *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* that the British Columbia Court of Appeal in *Schetky v. Cochrane* preferred Wigmore's first "conditional admissibility" theory. Lambert J.A. on the appeal of *Derco* left the question of the basis of the "privilege" open, but commented that no *ratio decidendi* could be determined from *Schetky* that was binding on the British Columbia courts. Other courts have applied the express or implied agreement theory. The undesirability of different theories applying in different provinces is patent.

Where the privilege theory applies it is true that the overriding policy interest may justify the exclusion of evidence which may otherwise be relevant and probative. An offer to pay a sum of money to settle a dispute, for example, may be relevant as suggesting a weak case on liability, and, but for the privilege, be tendered as an admission of such by the opposing party should the offer not be accepted. [Underlining added (footnotes omitted).]

As is clear from the above, the privilege in question attaches to communications between the parties or their agents, for the purpose of trying to reach a settlement. In addition, it must be clear, explicitly or implicitly, that the offer of settlement was intended to be kept confidential.

Counsel for the defendants urges me to conclude that in preparing the Harrison-Smith report, Mr. Harrison was representing Mr. Jesionowski and Mr. Smith was representing Mr. Gorecki. It is argued that the report was the preparation of a joint report by representatives of the parties for settlement purposes. I cannot so conclude. In the first place, neither Mr. Jesionowski nor an agent acting on his behalf had

2. Que tous les aveux faits au cours des négociations en vue d'un règlement sont faits sous toutes réserves, que cela soit précisé ou non, et qu'ils sont protégés par un privilège fondé sur l'intérêt public et ne sont pas admissibles en preuve;

3. Que les négociations en vue d'un règlement sont menées selon les règles du droit des contrats qui régissent l'offre et l'acceptation et sous réserve expresse du secret, que, si un contrat est conclu, les négociations sont annulées et remplacées par le contrat lui-même, et deviennent non pertinentes et non admissibles, et que, si aucun contrat n'est conclu, les négociations sont, pour cette raison, non pertinentes;

4. Que l'aveu fait au cours des négociations en vue d'un règlement peut ne pas représenter l'aveu d'un tort, mais simplement l'expression du désir de faire la paix, et donc ne pas être pertinent ni admissible.

La deuxième théorie est nettement celle qui est acceptée en Ontario. Il n'est cependant pas clair si l'état du droit est le même en Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.*, le juge Spencer a dit que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Schetky v. Cochrane*, avait préféré la première théorie de Wigmore relative à «l'aveu conditionnel». En appel de la décision *Derco*, le juge Lambert n'a pas tranché la question du fondement du privilège, mais a fait remarquer qu'aucune *ratio decidendi*, qui lie les tribunaux de la Colombie-Britannique, ne pouvait être discernée dans l'arrêt *Schetky*. D'autres tribunaux ont appliqué la théorie de l'accord exprès ou tacite. Il est manifestement peu souhaitable que des théories distinctes soient appliquées dans différentes provinces.

Si la théorie du privilège s'applique, il est vrai que l'intérêt public prépondérant peut justifier l'exclusion de preuves qui seraient par ailleurs pertinentes et probantes. L'offre de verser une somme pour régler un litige, par exemple, peut être pertinente car elle semble indiquer une preuve faible sur la question de la responsabilité et, sans le privilège, peut être présentée à titre d'aveu de responsabilité par la partie adverse au cas où l'offre aurait été refusée. [Non souligné dans le texte original (renvois omis).]

Il ressort clairement de ce qui précède que le privilège en cause vise les communications entre les parties ou leurs mandataires, qui sont faites dans le but de tenter d'en arriver à un règlement. En outre, il doit être clair, explicitement ou tacitement, que l'offre de règlement a été faite sous le sceau du secret.

L'avocat des défendeurs m'exhorte à conclure qu'en préparant le rapport Harrison-Smith, M. Harrison représentait M. Jesionowski et que M. Smith représentait M. Gorecki. Il soutient que le rapport a été préparé conjointement par des représentants des parties en vue d'un règlement. Je ne peux pas tirer cette conclusion. Premièrement, ni M. Jesionowski ni un mandataire agissant en son nom n'a participé à

any involvement in the survey. In the second place, while a copy of the report was sent to the plaintiff's solicitor this was not sent as an offer of settlement. To fall within the privilege attaching to settlement negotiations, the communication must be part of a genuine attempt to settle the dispute.<sup>4</sup> The document in question does not fall in that category and therefore does not have a privileged status. It is therefore admissible.

*Reed J. concluded that not much turned on the admission of these reports into evidence. They carried little weight and did not stand up to scrutiny.*

#### Amount of *Quantum Meruit* Award

“*Quantum meruit*” literally translates “as much as he deserves”. It is an equitable doctrine based on the principle that one who benefits from the labour and materials supplied by another should not be unjustly enriched thereby. Under circumstances where contracts are not enforceable because of uncertainty or where there has been no contract (e.g., the voluntary provision of goods and services under certain circumstances), the law implies a promise to pay a reasonable amount for the materials and labour which have been furnished.

Counsel for the defendants quotes from the text by G. H. L. Fridman, *Restitution* (Carswell, 1982), at page 478:

As a general rule, the measure of relief in all *quantum meruit* based restitutionary actions should be related to the free market value of the services rendered or the work done. Where relief is assessed on this basis, the plaintiff [*sic*] receives reasonable remuneration for his work or services rendered. As well, the defendant is called upon to account for the market value of the actual benefit received. The benefit is not merely the increase in value to his property from the work or services rendered but rather what it could cost him on the open market to obtain such improvement.

On the other hand, especially in cases concerning mistaken improvements to land, where the plaintiff improves the defendant's lands for his own benefit in reliance upon a contract of sale concerning land which is subsequently held to be void for

<sup>4</sup> See, for example, *Phipson, supra* note 1 at para. 20-61.

l'expertise. Deuxièmement, quoiqu'un exemplaire du rapport ait été envoyé à l'avocat du demandeur, ce n'était pas à titre d'offre de règlement. Pour être visée par le privilège qui protège les négociations menées en vue d'un règlement, la communication doit se rattacher à une tentative véritable pour régler le différend<sup>4</sup>. Le document en question ne rentre pas dans cette catégorie et ne présente donc pas de caractère privilégié. Il est donc admissible.

*Le juge Reed a conclu que l'admission en preuve de ces rapports n'avait pas beaucoup de conséquences. Ils avaient peu de poids et ne résistaient pas à l'analyse.*

#### Montant de l'indemnité selon le principe *quantum meruit*

Le terme «*quantum meruit*» se traduit littéralement par «autant qu'il mérite». Il représente une doctrine d'*equity* fondée sur le principe que la personne qui bénéficie du travail et des matériaux fournis par une autre personne ne doit pas en tirer un enrichissement sans cause. Lorsque des contrats ne peuvent être exécutés parce qu'ils sont incertains ou quand aucun contrat n'a été conclu (par exemple, en cas de fourniture volontaire de biens et de services dans certaines circonstances), une promesse de verser une somme raisonnable pour les matériaux et le travail fournis est implicitement reconnue en droit.

L'avocat des défendeurs cite un passage de l'ouvrage de G. H. L. Fridman, *Restitution*, Carswell, 1982, à page 478:

[TRADUCTION] En règle générale, le *quantum* de la réparation dans toutes les actions en restitution fondées sur le principe *quantum meruit* doit être fonction de la juste valeur marchande des services ou du travail fournis. Quand la réparation est ainsi calculée, le demandeur reçoit une rémunération raisonnable pour son travail ou ses services. De plus, le défendeur doit rendre compte de la valeur marchande de l'avantage qu'il a effectivement reçu. Cet avantage n'est pas représenté simplement par l'augmentation de la valeur de ses biens, mais plutôt par la somme que coûterait pour lui l'obtention de cette amélioration sur le marché libre.

En revanche, surtout dans les cas d'améliorations apportées par erreur à un bien-fonds, si le demandeur améliore le bien-fonds du défendeur à son propre profit en se fiant à un contrat de vente de terrain qui est par la suite déclaré nul pour erreur, il

<sup>4</sup> Voir, par exemple, *Phipson*, ci-dessus, note 1, aux par. 20-61.



mistake, there is no reason why the defendant should be called upon to pay an amount greater than any resulting increase in the value of his land. Finally, it is suggested that the measure of a restitutionary award based not upon the principle of unjust enrichment or prejudicial conduct but on the grounds of public policy alone should be limited to the lesser of the fair market value of the plaintiff's work and any resulting increase in the defendant's total wealth.

Reference was made by counsel for the defendants to *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636 (S.C.T.D.). In that case the parties discussed an amount of approximately \$20,000 for the construction of a shelter to house an aeroplane while repairs were being undertaken. It was found that the parties had not reached an agreement as to the price to be paid for the work and the Court found that the plaintiff was to be compensated on a *quantum meruit* basis. The plaintiff had rendered a bill in the amount of \$107,494.75 for the completed job. Mr. Justice Hallett stated as follows, at page 646, of his decision:

In measuring the extent of the restitution, I see no reason to distinguish between personal services as provided in the *Deghman* case and the services of a contractor as provided in the case before me. In a case such as that before me, where the plaintiff provided the services knowing that he did not have a contract, the criterion to be applied in determining the amount of restitution to be paid to the plaintiff on the doctrine of unjust enrichment is the value of the benefit to the defendant and not the reasonableness of the charges of the plaintiff as it could be that the charges for services as proposed by the plaintiff might be reasonable while, at the same time, the benefit to the defendant not commensurate with the effort put into providing the services by the plaintiff.

On page 652, he stated that the actual hours worked by the plaintiff were of no importance as the award was being made on the basis of the value of the benefit to the defendant.

While it may be that in some cases the increased market value to the defendant of the property on which labour has been expended, or to which material has been provided, will operate as a limit to the amount of the award given, I do not understand this always to be the case. As I understand the law, an award based on *quantum meruit* is assessed by refer-

n'y a pas de raison que le défendeur ait à verser une somme supérieure à l'augmentation de valeur de son terrain qui en a résulté. En dernier lieu, le quantum de l'indemnité accordée à titre de restitution, qui est fondée non pas sur le principe de l'enrichissement sans cause ou de la conduite préjudiciable, mais seulement sur l'intérêt public, doit être limité à la juste valeur marchande du travail du demandeur ou à l'augmentation du patrimoine du défendeur, si elle est moins élevée.

L'avocat des défendeurs s'est référé à l'affaire *Welton Tool Rental Limited v. Douglas Aircraft Company* (1978), 28 N.S.R. (2d) 636 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, les parties avaient discuté d'une somme d'environ 20 000 \$ pour la construction d'un abri destiné à un aéroplane durant des travaux de réparation. La Cour a décidé que les parties n'avaient pas conclu d'accord quant au prix à verser pour les travaux et que la demanderesse devait être dédommée selon le principe *quantum meruit*. La demanderesse avait remis une facture de 107 494,75 \$ pour l'ensemble des travaux. Le juge Hallett a dit ce qui suit, à la page 646 de sa décision:

[TRADUCTION] S'agissant de calculer le montant à restituer, je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre les services personnels fournis dans l'affaire *Deghman* et les services d'un entrepreneur fournis en l'espèce. Dans un cas comme celui qui nous occupe, lorsque le demandeur a fourni les services en sachant qu'aucun contrat n'avait été conclu, le critère selon lequel doit être déterminé le montant à restituer au demandeur, suivant la doctrine de l'enrichissement sans cause, est la valeur de l'avantage tiré par le défendeur et non le caractère raisonnable du prix demandé par le demandeur, car il se peut que le prix demandé par le demandeur soit raisonnable, alors que l'avantage tiré par le défendeur ne soit néanmoins pas proportionné à l'effort qu'a fourni le demandeur dans la prestation de services.

À la page 652, il a dit que les heures que la demanderesse avait effectivement travaillées ne présentait aucune importance car l'indemnité accordée était fonction de la valeur de l'avantage reçu par le défendeur.

Certes, il se peut que, dans certains cas, l'augmentation de la valeur des biens du défendeur sur lesquels a porté le travail ou pour lesquels des matériaux ont été fournis constituera la limite du quantum de l'indemnité accordée, mais je n'estime pas que cela sera toujours le cas. Selon mon interprétation du droit, une indemnité basée sur le principe *quantum meruit* doit

ence to all the circumstances surrounding the situation under which the obligation arose.<sup>5</sup>

In the present case, it is abundantly clear that a *quantum meruit* award should not be constrained by the increase to the value of the vessel which occurred as a result of the materials provided and the labour expended by Mr. Jesionowski. In the first place, the vessel was a constructive write-off at the time repairs commenced. Secondly, if there had been no fishing licences attached to the vessel, it is unlikely that either the plaintiff or the defendant would have expended such efforts in repairing it. The vessel alone is not now and was not in 1987 worth very much. The joint project which was undertaken was undertaken with a view to future profit from fishing. Money and time expended was not to be recouped as a result of the increased value of the vessel. It was to be recouped later when the vessel engaged in the fishing industry. In such circumstances the reasonable amount to be awarded under a *quantum meruit* claim to the plaintiff should be based on the assessment of an amount attributable to the materials Mr. Jesionowski supplied and a reasonable market value for the labour he expended or paid others to expend. The burden of proving what is reasonable in this regard rests with the plaintiff.

*The Trial Judge proceeded to review the various amounts claimed by plaintiff for materials, work done by others and his own labour.*

#### Quality of Workmanship

The defendants argue that any award which is made on the basis of *quantum meruit* should be significantly reduced or, alternatively, that the defendant should be awarded damages because the quality of the workmanship is poor. Reference was made to decisions such as those in *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763 (Sask. Q.B.); *Miller v. Advanced Farming*

<sup>5</sup> See, for example, *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed., Carswell, 1988), at p. 4-26.

être fixée en fonction de toutes les circonstances dans lesquelles l'obligation est née<sup>5</sup>.

En l'espèce, il est tout à fait clair que l'indemnité fondée sur le principe *quantum meruit* ne doit pas être circonscrite par l'augmentation de la valeur du bateau qui a résulté de la fourniture de matériaux et du travail fait par M. Jesionowski. Tout d'abord, le bateau a été tenu pour une perte totale implicite au moment où la réparation a commencé. Ensuite, si aucun permis de pêche n'avait été rattaché au bateau, il est peu probable que le demandeur ou le défendeur ait consacré autant d'efforts à la réparation. Le bateau lui-même ne vaut pas grand-chose maintenant, pas plus qu'en 1987. Le projet conjoint qui a été entrepris l'a été en vue d'un profit futur qui serait tiré de la pêche. Les sommes et le temps consacrés ne devaient pas être récupérés grâce à l'augmentation de la valeur du bateau. Ils devaient être récupérés plus tard quand le bateau aurait servi à pratiquer la pêche. En pareil cas, le montant raisonnable de l'indemnité qui doit être accordée au demandeur selon le principe *quantum meruit* doit être basé sur l'évaluation de la somme attribuable aux matériaux que M. Jesionowski a fournis et sur la valeur marchande raisonnable du travail qu'il a fait ou pour lequel il a payé d'autres personnes. C'est au demandeur qu'incombe à cet égard la charge de la preuve.

*Madame le juge Reed a procédé à l'examen des divers montants réclamés par le demandeur pour les matériaux, pour le travail exécuté par des tiers et pour le sien propre.*

#### Qualité du travail

Les défendeurs soutiennent que, si la qualité du travail est pauvre, il y a lieu de réduire de façon considérable toute indemnité accordée selon le principe *quantum meruit* ou, subsidiairement, d'accorder des dommages-intérêts au défendeur. Les décisions qui suivent ont été citées: *Pearce v. Tucker* (1862), 3 F. & F. 136; 176 E.R. 61 (N.P.); *Ford (G.) Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.); *Mack v. Stuike* (1963), 43 D.L.R. (2d) 763 (B.R. Sask.); *Miller v. Advanced Farming Sys-*

<sup>5</sup> Voir, par exemple, *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4<sup>e</sup> éd., Carswell, 1988), à la p. 4-26.

*Systems Limited*, [1969] S.C.R. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

*tems Limited*, [1969] R.C.S. 845; *Ogilvie v. Cooke and Hannah*, [1952] O.R. 862 (C.A.).

There is no doubt that the workmanship was not up to top quality professional shipyard standards. Mr. Payment, in talking of the welding which had been done, summed it up by saying "it is not pretty—but it's hellish strong". The Harrison-Smith report says "quality considered good to shipyard standards (journeyman rate)". Mr. Jesionowski admitted that there had been more wastage of materials and time than would have been the case if professionals had been hired. He states that this is to be expected if you are only paying people \$5 to \$10 an hour. The work is incomplete. There are clearly many cosmetic defects.

a Il n'y a pas de doute que l'exécution du travail n'a pas été conforme aux normes de qualité professionnelle des chantiers navals. Au sujet des soudures qui ont été faites, M. Payment a résumé le tout en disant [TRADUCTION] «ce n'est pas de la belle besogne, mais b c'est vachement solide». Dans le rapport Harrison-Smith, on peut lire [TRADUCTION] «qualité jugée bonne selon les normes des chantiers navals (taux d'ouvrier)». M. Jesionowski a admis qu'il y avait eu plus de gaspillage de matériaux et de temps que si c des professionnels avaient été embauchés. Il dit qu'il faut s'y attendre quand on ne paie les gens qu'au taux horaire de 5 \$ à 10 \$. L'ouvrage est inachevé. Esthétiquement, il présente manifestement bien des d défauts.

The jurisprudence which has been cited concerning the quality of workmanship and its effect on the amount a plaintiff recovers is not relevant to the present circumstances. Those cases in general relate to contracts for the supply of goods and services where an implied warranty is involved. In the present case, as has been noted, the refit of the *Wa-Yas* was a joint enterprise. Mr. Gorecki was as responsible for the quality of the workmanship, if not more so, as Mr. Jesionowski. He was involved in the detailed day-to-day decision-making. He gave detailed instructions when he was away. He controlled all of the significant major decisions: whether to drydock the vessel or not; whether to replace the aft as well as the fore deck; whether to fibreglass the hull. He did not demonstrate any significant concern about the quality of the work in the fall of 1987, for example, by attempting to disassociate himself from Mr. Jesionowski at that time because of the quality of the work. He did not at that time move to change the manner in which the refit was progressing. He was present when the rear deck was installed and was around the site when the cleaning, grinding and subsequent recaulking of the hull seams was done. I do not accept his evidence that he relied on Mr. Jesionowski's expertise and thus all the defects and corrections that had to be made were Mr. Jesionowski's responsibility and not his own. Accordingly, I reject

e La jurisprudence qui a été citée à propos de la qualité du travail et de son effet sur le quantum de l'indemnité accordée au demandeur n'est pas pertinente, étant donné les circonstances. Ces décisions concernent en général les contrats de fourniture de produits et de services qui comportent une garantie tacite. En f l'espèce, je le répète, le carénage du *Wa-Yas* était une entreprise conjointe. M. Gorecki était aussi responsable de la qualité du travail, sinon plus, que M. Jesionowski. Il a participé au jour le jour et dans tous les détails à la prise de décision. Il a donné des instructions détaillées quand il s'est absenté. Il a g exercé un droit de regard sur toutes les décisions importantes: mise en cale sèche, remplacement des ponts avant et arrière; revêtement de la coque en fibre de verre. Il n'a pas manifesté d'inquiétude particulière au sujet de la qualité du travail à l'automne h 1987, par exemple, en tentant de rompre son association avec M. Jesionowski à ce moment-là à cause de la mauvaise qualité du travail. Il n'a rien fait à ce moment-là pour changer la façon dont le carénage i était effectué. Il était présent quand le pont arrière a été installé et se trouvait près du chantier quand la coque a été nettoyée, meulée et recallatée. Je n'accepte pas son témoignage qu'il s'est fié à la compétence de M. Jesionowski et que c'est à ce dernier et j non à lui qu'incombait la responsabilité à l'égard de tous les défauts et de toutes les corrections. Par con-

Mr. Gorecki's counterclaim for an award of damages based on the poor quality of the workmanship.

In so far as the Coast Guard's inspection (Mr. Hansen) is concerned, I accept the evidence of Mr. Lund and Mr. Payment: the defects reported are, in the context of the whole, minor; their correction will not be costly; it is not unusual for a certain number of such defects to be identified in these inspections. I must note that the defendant's conduct, in having this inspection done just a few days before the beginning of trial and then putting the report in evidence at the last minute, does not leave a good impression. It carries with it the suggestion that an attempt is being made to surprise the plaintiff, to stampede considered decision-making and to take the opposite party by surprise. It would have been a preferable course of action for Mr. Gorecki to have had the vessel inspected at some considerably earlier time, when the nature of the alleged defects could be properly addressed in a considered fashion by both parties.

Interest on Award—Declaration of Constructive Trust—Damages for Interference with Licences

1. Award of Interest

It is clear that an award of interest is an integral part of a damage claim in admiralty cases. In *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirreno*, [1974] 1 F.C. 294 (T.D.), Mr. Justice Addy, with whose judgment the Federal Court of Appeal agreed [[1976] 1 F.C. 539], said at page 311:

It is clear that this Court, under its admiralty jurisdiction, has the right to award interest as an integral part of the damages suffered by the plaintiff regardless of whether the damages arose *ex contractu* or *ex delicto*.

The Admiralty Courts, in the exercise of their jurisdiction, proceeded upon different principles from that on which the common law authorities were founded; the principle in this instance being a civil law one, to the effect that, when payment is not made, interest is due to the obligee *ex mora* of the obligor.

Mr. Justice Addy went on to explain that the awarding of interest is an application of the principle of *restitutio in integrum*. That is, the award to a success-

séquent, je rejette la demande reconventionnelle de M. Gorecki visant l'obtention de dommages-intérêts à cause de la malfaçon.

En ce qui concerne l'inspection par la Garde côtière (M. Hansen), j'accepte le témoignage de M. Lund et de M. Payment: les défauts relevés sont, vu l'ensemble du contexte, mineurs; leur correction ne coûtera pas cher; il n'est pas inhabituel qu'une telle inspection révèle un certain nombre de défauts de cet ordre. Je dois faire remarquer que la conduite du défendeur, qui a fait faire cette inspection juste quelques jours avant le début de l'instruction et qui a ensuite versé le rapport en preuve à la dernière minute, ne m'a pas fait une bonne impression. Pareille conduite laisse supposer qu'on cherche à surprendre le demandeur, à ne pas laisser au tribunal le temps de bien peser la décision et à prendre la partie adverse au dépourvu. Il aurait été préférable que M. Gorecki fît inspecter le bateau beaucoup plus tôt, au moment où les deux parties étaient en mesure de faire un examen réfléchi de la nature des défauts allégués.

Intérêt sur l'indemnité—Jugement déclaratoire portant fiduciaire par interprétation—Dommages-intérêts pour immixtion dans l'usage des permis

1. Intérêts

Il est clair que, dans l'exercice de sa compétence maritime, la Cour peut accorder des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts. Dans l'affaire *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirreno*, [1974] 1 C.F. 294 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Addy, au jugement duquel la Cour d'appel fédérale a souscrit, [[1976] 1 C.F. 539] a dit ce qui suit, à la page 311:

Il est certain que cette Cour, en sa juridiction d'amirauté, a compétence pour allouer des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts auxquels la demanderesse peut par ailleurs avoir droit, que ce soit *ex contractu* ou *ex delicto*.

Les Cours d'amirauté, dans l'exercice de leur compétence, appliquaient des principes différents de ceux sur lesquels se fonde la jurisprudence de *common law*; il s'agit en l'espèce d'un principe de droit civil selon lequel, lorsque le paiement n'est pas effectué, l'intérêt est dû au créancier *ex mora* du débiteur.

Le juge Addy a expliqué ensuite que les intérêts sont accordés suivant le principe *restitutio in integrum*. C'est-à-dire que l'indemnité accordée au demandeur

ful plaintiff should attempt to restore him to the position he would have been in if the events which gave rise to his claim had not occurred.

In *Burlington Northern Railroad v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, order dated April 27, 1990, F.C.T.D., not yet reported, Mr. Justice Addy said, at pages 14-15:

Regarding the reference for damages and the rates of interest applicable thereto, it is well settled law that, in admiralty cases, where damages *ex delicto* are awarded, the principle of *restitutio in integrum* requires that, where claimed, interest is to be awarded from the date the loss occurred, without the necessity of there being any enabling legislation such as is required in ordinary common law claims.

Since the rate of interest to be applied can depend on the circumstances of the case, it is proper for me to at least fix the means by which the rate can be ultimately proven and determined upon the reference.

For interest on the economic loss damages caused the railways, since they are business organizations, the fairest way of ensuring the application of the principle of *restitutio in integrum* would be to use the prime bank lending rate as it existed from time to time between the date when the damage occurred until the date of judgment on the reference. Since the damage would necessarily be continuously increasing from the time of the collision until the bridge was put back in use, the amount of damage will have to be estimated as it occurred throughout the period and the prevailing rates applied to the amount of damage as it accumulated during that time.

These principles were recently applied by Mr. Justice Trainor in *Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (B.C.S.C.).

Counsel for the defendants argues that interest should not be awarded because the plaintiff's claim arises in contract not in tort and because the plaintiff did not claim interest in his statement of claim. The first objection is answered by reference to the *Bell Telephone* decision of Mr. Justice Addy, *supra*, where he indicates that the principle is equally applicable in both circumstances under maritime law. With respect to the second point, in the *Bell Telephone* case Mr. Justice Addy declined to give interest based on the bank prime lending rate because the issue "was never claimed or raised in the pleadings, or in the evidence or argued at trial". In the present case counsel for the defendants was made aware that the plaintiff was claiming interest, at least, as of April

doit tendre à le remettre dans l'état où il aurait été si les faits qui ont donné lieu à sa demande n'étaient pas arrivés.

Dans l'affaire *Burlington Northern Railroad c. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.*, T-587-88, ordonnance en date du 27 avril 1990, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite, le juge Addy a dit ceci, aux pages 14 et 15:

Quant à la référence relative aux dommages-intérêts et aux taux d'intérêt applicables, il est bien établi que, s'agissant de la compétence maritime, si des dommages-intérêts *ex delicto* sont accordés, le principe *restitutio in integrum* exige que, si un intérêt est demandé, il soit accordé à compter de la date de la perte, sans qu'il existe nécessairement de loi habilitante comme c'est le cas lorsque la demande est fondée sur les règles ordinaires de common law.

Puisque le taux d'intérêt qui doit être appliqué peut dépendre des circonstances de l'espèce, il convient que je détermine au moins de quelle manière le taux peut être prouvé et fixé par la suite dans le cadre de la référence.

Quant à l'intérêt sur le dommage résultant de la perte financière qu'ont subie les compagnies ferroviaires, la façon la plus juste d'appliquer le principe *restitutio in integrum*, comme il s'agit d'entreprises, consisterait à utiliser le taux préférentiel fixé par les banques à charte en vigueur pendant la période entre la date du dommage et la date du jugement sur la référence. Puisque le dommage s'est nécessairement accru continuellement à compter de la collision jusqu'au jour où le pont a été rouvert, le montant du dommage devra être estimé suivant sa progression durant toute la période et les taux en vigueur devront être appliqués sur le montant du dommage tel qu'il s'est accru durant ce laps de temps.

Récemment, le juge Trainor a appliqué ces principes dans l'affaire *Tilbury Cement Ltd. v. Seaspan International Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 292 (C.S.C.-B.).

L'avocat des défendeurs soutient qu'il ne convient pas d'accorder des intérêts au demandeur parce que sa demande découle d'un contrat et non d'un délit et parce qu'il n'a pas réclamé d'intérêts dans sa déclaration. On peut répondre à la première objection en se reportant à la décision du juge Addy dans l'affaire *La cie de téléphone Bell*, précitée, dans laquelle il indique que le principe s'applique aussi dans les deux cas en droit maritime. Quant au second point, le juge Addy, dans l'affaire *La cie de téléphone Bell*, s'est abstenu d'accorder des intérêts au taux préférentiel parce que le point «n'a jamais été invoqué ni soulevé dans les plaidoiries ou dans la preuve ni débattu à l'audience». En l'espèce, l'avocat des défendeurs a été informé que le demandeur demandait des intérêts

13, 1992, because the notice to admit documents sent to him as of that date included a schedule of the applicable bank prime rates. The issue was raised at trial and has been argued. The plaintiff's statement of claim contains a claim for "such further and other relief as to the Court seems meet". See also *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441, at page 452.

It is clear from the evidence, as well as being a matter of common sense, that if Mr. Jesionowski had had the use of his money rather than having it tied up in the *Wa-Yas*, he would have been able to employ it elsewhere. He could, for example, have put it to use in his business M.E. Marine Consultants. In order to put him into a position close to that which he would have enjoyed had the events underlying his claim not occurred, it is reasonable to allow for an amount on account of interest for the money and labour he spent on the *Wa-Yas*.

Counsel argues that interest should be awarded from November 11, 1990, the date as of which the two men decided to sever their joint relationship with respect to the *Wa-Yas*. In this case, while one can say that as of November 11, 1990, the two men decided to go their separate ways, and by analogy Mr. Jesionowski could be said to have presented his bill to Mr. Gorecki for payment on that date, I do not think Mr. Jesionowski expected to be paid as of that date. It was anticipated that a reasonable time thereafter would be taken to allow for an evaluation of the amount to be paid. In my view, the interest should be paid from February 8, 1989. The interest rate will be at the prime bank lending rate as it varied thereafter until the amount awarded by this judgment is paid.

## 2. Declaration of Constructive Trust

The plaintiff asks for a declaration that the defendant holds an interest in the *Wa-Yas* and the licences presently attached thereto in constructive trust based on *quantum meruit* for the labour supplied, and on *quantum valebant* for the materials supplied.

au moins dès le 13 avril 1992, parce que l'avis demandant l'admission de documents qui lui a été envoyé et qui portait cette date contenait une liste des taux préférentiels applicables. La question a été soulevée à l'instruction et a été débattue. La déclaration du demandeur comprend une demande visant à obtenir [TRADUCTION] «toute autre réparation que la Cour estime convenable». Voir aussi l'affaire *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441, à la page 452.

Il ressort nettement de la preuve, et le bon sens indique, que si M. Jesionowski avait pu disposer de ses fonds et que ceux-ci n'avaient pas été immobilisés dans le *Wa-Yas*, il aurait été à même d'en faire un autre usage. Il aurait pu, par exemple, les investir dans son entreprise M.E. Marine Consultants. Pour le remettre le plus possible dans l'état où il aurait été si les faits qui fondent sa demande n'étaient pas arrivés, il est raisonnable de lui accorder une indemnité sous forme d'intérêts pour les sommes et le travail qu'il a investis dans le *Wa-Yas*.

L'avocat soutient qu'il y a lieu d'accorder des intérêts à compter du 11 novembre 1990, date à partir de laquelle les deux hommes ont décidé de mettre fin à leur entreprise en participation relativement au *Wa-Yas*. Dans le cas présent, on peut certes affirmer qu'à compter du 11 novembre 1990, les deux hommes ont décidé de se séparer et, par analogie, on peut dire que M. Jesionowski a présenté sa facture à M. Gorecki ce jour-là, mais je ne pense pas que M. Jesionowski s'attendait à être payé ce jour-là. Il était à prévoir que l'évaluation de la somme à verser prendrait un certain temps. À mon avis, l'intérêt doit être payé à compter du 8 février 1989. Le taux sera le taux préférentiel fixé par les banques à charte, à divers moments dans l'intervalle, jusqu'à ce que l'indemnité accordée dans le présent jugement ait été payée.

## 2. Jugement déclaratoire portant fiducie par interprétation

Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le défendeur détient, sur le *Wa-Yas* et sur les permis rattachés actuellement à celui-ci, un droit consacré par une fiducie par interprétation, fondée sur le principe *quantum meruit* à l'égard du travail effectué et sur le principe *quantum valebant* à l'égard des matériaux fournis.

A constructive trust comes into existence “regardless of any party’s intent, when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another”: see Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed., 1984), at page 377. A constructive trust is a remedial, equitable instrument, the purpose of which is to prevent unjust enrichment: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at page 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

In determining whether or not to impose a constructive trust (i.e. to grant a proprietary, as opposed to personal, remedy), the Court must determine, first, whether a claim for unjust enrichment has been established, second, whether there has been a corresponding deprivation to the plaintiff, third, whether there is any juristic reason for the enrichment and, fourth, whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at page 678, Mr. Justice La Forest wrote: “[i]n the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy” (underlining added). This is because in most cases a plaintiff’s claim can be satisfied simply by a personal monetary judgment. Also, before a constructive trust is awarded, there must be a special reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from the recognition of a right of property (eg. reasons such as the specific and unique nature of the property in question, changes in value of the asset, or a need to give priority to the plaintiff in a bankruptcy situation). See *Lac Minerals*, *supra*, at page 678.

Counsel for the plaintiff argues and I agree that in this case all the requirements to impose a constructive trust are present: it is clear that there has been an enrichment to the defendant and a corresponding deprivation to the plaintiff. In addition, there is no juristic reason why the defendant should be enriched at the expense of the plaintiff. The question remains then whether the imposition of a constructive trust is appropriate in the circumstances.

Une fiducie par interprétation existe [TRADUCTION] «peu importe l’intention de quelque partie que ce soit, quand la loi impose à une partie l’obligation de détenir un bien précis au bénéfice d’une autre personne»: voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, à la page 377. La fiducie par interprétation est une forme de réparation fondée sur l’*equity* qui vise à prévenir l’enrichissement sans cause: *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la page 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

Pour décider s’il y a lieu d’imposer une fiducie par interprétation (c’est-à-dire d’accorder une réparation fondée sur un droit de propriété plutôt qu’une indemnité), la Cour doit déterminer, premièrement, si un enrichissement sans cause a été établi, deuxièmement, si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant, troisièmement, s’il y a un motif juridique à l’enrichissement, et quatrièmement, si, vu les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée au regard de cet appauvrissement. Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, à la page 678, le juge La Forest écrit: «Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée» (non souligné dans le texte original). Il en est ainsi parce que, dans la plupart des cas, il aurait pu être satisfait aux prétentions du demandeur par une simple indemnité. En outre, il n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété (par exemple, ce motif peut être l’obtention d’un bien unique et précis, les changements de valeur du bien ou la nécessité pour le propriétaire de jouir du rang prioritaire en cas de faillite). Voir l’arrêt *Lac Minerals*, précité, à la page 678.

L’avocat du demandeur soutient—ce à quoi je souscris—qu’en l’espèce, les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont présentes: de toute évidence, il y a eu enrichissement du défendeur et appauvrissement correspondant du demandeur. De plus, il n’y a aucun motif juridique à l’enrichissement du défendeur au détriment du demandeur. Il reste à décider si l’imposition d’une fiducie par interprétation est la réparation appropriée.

I have concluded that it is. It is clear that the value of the *Wa-Yas* without the fishing licences is not high. Also, from the evidence, it is clear that there is reason to be concerned that the defendant, in the absence of some restraint, might sell the licences or transfer the licences from the vessel prior to any supervised or judicial sale of the vessel. It is also clear that there is reason to think that, in the absence of a trust attaching to the licences, Mr. Gorecki might be in, or place himself in a position where he is unable to satisfy any judgment which Mr. Jesionowski obtains against him. In the circumstances, it is clear that all the requirements for the declaration of a constructive trust exist and I am persuaded that a declaration of a constructive trust is an appropriate remedy in the circumstances of this case.

Finally, *Reed J.* held that defendant's counter-claim for damages for interference with his use of the fishing licences had become a non-issue in view of the disposition of the other aspects of this litigation. Given that a partnership interest in the vessel was alleged, it was not unreasonable for plaintiff's counsel to have written to the Department of Fisheries and Oceans requesting that the licences not be transferred without his client's consent. Furthermore, plaintiff had demonstrated a willingness to have the vessel used or sold so long as the proceeds remained available to satisfy any judgment he might obtain.

J'ai conclu que oui. Il est clair que le *Wa-Yas* a peu de valeur sans les permis de pêche. En outre, vu la preuve, il est clair qu'il y a lieu de s'inquiéter que le défendeur, en l'absence de restriction, ne vende les permis ou ne transfère les permis du bateau, avant la vente sous surveillance ou la vente judiciaire. Il est également clair qu'il y a lieu de penser qu'en l'absence d'une fiducie afférente aux permis, M. Gorecki pourrait être, ou pourrait se mettre, dans une situation où il serait incapable de s'acquitter de toute obligation qu'il aurait envers M. Jesionowski par suite d'un jugement. Étant donné les circonstances, il est clair que toutes les conditions voulues pour établir une fiducie par interprétation sont remplies et je suis persuadée qu'un jugement déclaratoire portant fiducie par interprétation est une réparation appropriée vu les circonstances de l'espèce.

Finalement, le juge *Reed* a statué que la demande reconventionnelle du défendeur visant l'obtention de dommages-intérêts pour immixtion dans l'usage des permis était devenue sans objet en raison des décisions rendues à l'égard des autres aspects du litige. Comme le défendeur soutenait qu'il avait des droits sur le bateau en qualité d'associé, il n'était pas déraisonnable qu'il écrive au ministère des Pêches et Océans pour demander que les permis ne soient pas transférés sans son consentement. De plus, le demandeur s'est montré disposé à ce que le bateau soit utilisé ou vendu, dans la mesure où le produit en provenant puisse être employé pour satisfaire aux obligations de tout jugement qu'il pourrait obtenir.