

Canson Enterprises Ltd. and Fealty  
Enterprises Ltd. *Appellants*

v.

Boughton & Company, Ralph R. Wollen,  
George O. Treit, Treit Land Consultants  
Inc., Pacific Mortgage Corporation Limited,  
Gordon Bert Wilkins, Sun-Mark  
Development Corporation and Peregrine  
Ventures Inc. *Respondents*

INDEXED AS: CANSON ENTERPRISES LTD. v. BOUGHTON  
& CO.

File No.: 21672.

1990: October 29; 1991: November 21.

Present: Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-  
Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and  
Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Damages — Breach of fiduciary duty — Solicitor pre-  
paring conveyance not advising purchasers of secret  
profit made on a flip — On agreed facts, purchasers  
fully apprised of situation would not have entered the  
transaction — Action arising because inability of other  
professionals found liable in tort for faulty construction  
of building on subject lands to pay damages — Whether  
or not damages recoverable.*

In May, 1977, the appellants and respondent Pere-  
grine Ventures Inc. agreed (on the proposal of  
respondent Treit) to purchase a piece of property and to  
enter a joint venture to develop it. The purchasers  
agreed to pay Treit a commission of 15 percent of any  
profit on resale. Unknown to the appellants, but known  
to Peregrine, Treit had arranged for an intermediate  
company, Sun-Mark Development Corporation, to share  
in the profit from the sale, a profit from which Treit  
would share equally. This profit came about because  
Sun-Mark had entered an interim agreement to buy the

Wilson J. took no part in the judgment.

Canson Enterprises Ltd. et Fealty  
Enterprises Ltd. *Appelantes*

c.

a

Boughton & Company, Ralph R. Wollen,  
George O. Treit, Treit Land Consultants  
Inc., Pacific Mortgage Corporation Limited,  
Gordon Bert Wilkins, Sun-Mark  
Development Corporation et Peregrine  
Ventures Inc. *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CANSON ENTERPRISES LTD. c. BOUGHTON  
& CO.

N° du greffe: 21672.

1990: 29 octobre; 1991: 21 novembre.

d

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Wilson,  
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory,  
McLachlin et Stevenson.

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

*Dommages-intérêts — Manquement à une obligation  
fiduciaire — Avocat qui prépare un acte translatif de  
propriété sans révéler aux acquéreurs un bénéfice secret  
réalisé grâce à une opération d'achat et de revente suc-  
cessifs — L'exposé conjoint des faits révèle que si les  
acquéreurs avaient été parfaitement au courant de la  
situation ils n'auraient pas conclu l'opération — Action  
découlant de l'impossibilité de payer les dommages-  
intérêts dans laquelle se trouvaient les autres profes-  
sionnels jugés responsables sur le plan délictuel pour la  
construction défectueuse d'un édifice sur le bien-fonds  
en cause — Ces dommages-intérêts sont-ils recou-  
vrables?*

h

En mai 1977, à l'invitation de l'intimé Treit, les appe-  
lantes et l'intimée Peregrine Ventures Inc. ont convenu  
d'acheter un terrain et d'entreprendre conjointement son  
aménagement: Les acquéreurs ont accepté de verser à  
Treit une commission de 15 pour 100 sur tout bénéfice  
réalisé lors de la revente. À l'insu des appelantes, mais  
non de Peregrine, Treit s'était arrangé pour qu'une  
société intermédiaire, Sun-Mark Development Corpora-  
tion, partage le bénéfice provenant de la vente, bénéfice  
dont Treit recevrait une part égale. Ce bénéfice venait de  
ce que Sun-Mark avait conclu une entente intermédiaire

Le juge Wilson n'a pas pris part au jugement.

land from the vendors (the Hendersons) for \$410,000. The purchasers paid \$525,000 and the secret profit to Peregrine and Treit from the "flip" was therefore \$115,000. Appellants would not have purchased the property or entered into the joint venture had they known of the interim agreement with Sun-Mark.

The alleged breach of fiduciary duty arose out of the following circumstances. The solicitor, Wollen, of the defendant law firm, Boughton & Co., acted for the purchasers in the preparation of the conveyance and joint venture agreement. He also acted for Sun-Mark in its purchase and resale of the property, but did not disclose to the appellant purchasers that the property was not being purchased directly from the Hendersons. The statement of adjustments for the Hendersons prepared by Wollen showed the sale price to be \$410,000 while that prepared for the purchasers (the appellants and Peregrine) showed it to be \$525,000 paid to the Hendersons. Therefore, this statement of adjustments did not disclose Sun-Mark's interest. Wollen paid over the \$115,000 secret profit to Sun-Mark and did not disclose this payment to the appellants. Although the conveyance he prepared transferred the property directly from the Hendersons to the appellants and Peregrine, Wollen did not apportion the land title fees or the conveyancing fees between Sun-Mark and the appellants but rather rendered a bill to the appellants and Peregrine for the entire amount of his services.

Following the purchase, the appellants proceeded with a warehouse development on the property, but suffered substantial losses when piles supporting a warehouse constructed on the property began to sink, causing extensive damage to the building. The appellants then brought action against the soils engineers and a pile-driving company retained by the purchasers for the damage to the warehouse. At trial, the soils engineers were found negligent and damages of \$4,920,200.33 were awarded against them. On appeal, the pile-driving company was also found liable in damages for breach of contract. As a result of the inability of the pile-driving company to pay, the matter was settled for a sum less than that awarded at trial. The engineering firm was unable to pay any part of the damage award, and the mortgage company, from which the appellants and Peregrine had borrowed funds, ultimately foreclosed on the property. The appellants and Peregrine received the proceeds of the settlement of the lawsuit, but were left with

prévoyant l'achat du bien-fonds aux vendeurs. les Henderson, au prix de 410 000\$. Comme les acquéreurs ont payé 525 000 \$, le bénéfice secret que cette opération d'achat et de revente successifs a rapporté à Peregrine et à Treit était de 115 000 \$. les appelantes n'auraient pas fait l'acquisition du bien-fonds ni ne se seraient lancées dans l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant de l'entente intermédiaire avec Sun-Mark.

Le manquement à l'obligation fiduciaire aurait eu lieu dans les circonstances suivantes. L'avocat, Wollen, qui faisait partie du cabinet juridique défendeur, Boughton & Co., a agi pour le compte des acquéreurs dans la préparation de l'acte translatif de propriété et du contrat d'entreprise conjointe. Il a en outre représenté Sun-Mark dans l'achat et la revente du bien-fonds, mais il n'a pas révélé aux acquéreurs appelants qu'elles n'achetaient pas le terrain directement aux Henderson. Suivant l'état des rajustements dressé par Wollen pour les Henderson, le prix d'achat était de 410 000\$, alors que, d'après celui préparé pour les acquéreurs (les appelantes et Peregrine), ce prix était de 525 000 \$ et était versé aux Henderson. Ce dernier état ne révélait donc pas l'intérêt de Sun-Mark. Wollen a remis à Sun-Mark le bénéfice secret de 115 000\$, sans en informer les appelantes. Quoique l'acte translatif de propriété qu'il a dressé ait effectué la cession directe du bien-fonds par les Henderson aux appelantes et Peregrine, Wollen n'a réparti ni les frais d'enregistrement des droits immobiliers ni les frais de préparation de l'acte translatif de propriété entre Sun-Mark et les appelantes, mais a plutôt facturé aux appelantes et à Peregrine la totalité de ses services.

À la suite de l'achat, les appelantes ont procédé à la construction d'un entrepôt sur le terrain. Elles ont toutefois essuyé d'importantes pertes quand des pieux de fondation soutenant l'entrepôt se sont mis à s'affaisser, causant de lourds dommages à l'immeuble. Les appelantes ont alors intenté contre les ingénieurs des sols et une entreprise de battage de pieux, dont les acquéreurs avaient retenu les services, une action pour les dommages causés à l'entrepôt. En première instance, la cour a jugé que les ingénieurs des sols avaient fait preuve de négligence et elle les a condamnés à verser 4 920 200,33 \$ de dommages-intérêts. En appel, on a jugé que l'entreprise de battage de pieux était également tenue de verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. En raison de l'impossibilité de payer dans laquelle se trouvait l'entreprise de battage de pieux, les parties se sont entendues sur le paiement d'une somme inférieure à celle accordée au procès. Quant au cabinet d'ingénieurs, il n'a rien pu payer des dommages-intérêts

a shortfall of \$801,290 for Canson and \$280,000 for Fealty.

The appellants commenced the present action against the respondent solicitor and his law firm for the amount of the shortfall, alleging that the failure to disclose the secret profits was actionable as deceit or breach of fiduciary duty. The action was brought as a special case on the basis of an agreed statement of facts. The sole issue before the court was whether and what damages were recoverable from the defendants (respondents), assuming the facts in the agreed statement were true.

The trial judge found the solicitor Wollen was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty and awarded damages on the same basis as for an action for deceit. The Court of Appeal dismissed an appeal from that judgment. The appellants appealed to this Court on the ground that compensation for breach of the fiduciary duty should be calculated on the same footing as for a breach of trust.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.:* The situation here involved a breach of a fiduciary duty sufficient to call upon equity's jurisdiction to compensate the appellants for breach of the duty. A fiduciary duty may be breached when the solicitor fails to inform a client of a fact of which he should have informed him, or that he should seek independent advice. A solicitor may be liable for a fiduciary duty for non-disclosure of a factor of some importance, even when his or her personal interest is not at stake. The law does not limit fiduciary obligations to situations where the solicitor may benefit from a misstatement.

The manner of calculating compensation adopted by the courts in trust cases or situations akin to a trust do not apply, however. There is a sharp divide between a situation where a person has control of property which in the view of the court belongs to another, and one

auxquels il avait été condamné et la société de prêts hypothécaires qui avait avancé des fonds aux appelantes et à Peregrine a finalement saisi le bien hypothéqué. Les appelantes et Peregrine ont touché le produit du règlement du litige, mais il restait un solde impayé de 801 290 \$ dans le cas de Canson et de 280 000 \$ dans celui de Fealty.

Les appelantes ont intenté, contre l'avocat intimé et le cabinet auquel il appartenait, la présente action en recouvrement du solde impayé. Elles faisaient valoir que l'omission de divulguer le bénéfice secret donnait lieu à une action pour dol ou pour manquement à une obligation fiduciaire. L'action a été engagée par voie d'exposé de cause, en fonction d'un exposé conjoint des faits. Les seules questions soumises à la cour étaient de savoir, à supposer que les faits énoncés dans l'exposé conjoint étaient exacts, si les défendeurs (intimés) pouvaient être condamnés à verser des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel pourrait en être le montant.

Lé juge de première instance a conclu que l'avocat Wollen n'avait pas commis de dol mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire, et il a accordé des dommages-intérêts calculés de la même façon que dans le cas d'une action pour dol. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre ce jugement. Les appelantes se pourvoient devant notre Cour en faisant valoir que l'indemnisation pour le manquement à une obligation fiduciaire devraient être calculée de la même façon que dans le cas d'un manquement aux obligations du fiduciaire.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory:* Il s'agit en l'espèce d'un manquement à une obligation fiduciaire suffisant pour justifier l'exercice de la compétence en *equity* pour dédommager les appelantes par suite de ce manquement. Il peut y avoir manquement à une obligation fiduciaire lorsque l'avocat omet d'informer son client d'un fait dont il aurait dû le mettre au courant, ou de lui conseiller de demander un avis indépendant. La responsabilité d'un avocat peut être engagée par suite du manquement à une obligation fiduciaire de divulgation d'un facteur qui revêt une certaine importance, même si son intérêt personnel n'est pas en jeu. Le droit ne limite pas les obligations fiduciaires aux situations où l'avocat peut bénéficier d'une déclaration inexacte.

Cependant, le mode de calcul de l'indemnité adopté par les tribunaux dans les affaires de fiducie ou dans des situations analogues ne s'applique pas. Il existe une ligne de démarcation très nette entre la situation où une personne a sous son contrôle un bien qui, de l'avis de la

where a person is under a fiduciary duty to perform an obligation where equity's concern is simply that the duty be performed honestly and in accordance with the undertaking the fiduciary has taken on. The principles applicable to trusts should not be transposed to a breach of a fiduciary duty of the type in question here. The harshness of the result is reason alone, but apart from this, the claim for the harm resulting from the actions of third parties can fairly be looked upon as falling within what is encompassed in restoration for the harm suffered from the breach.

The equitable remedy of compensation is not likely to be resorted to frequently, except as adjunct to some other equitable remedy. The tort of deceit has long provided a convenient common law remedy that makes resort to the equitable remedy infrequent in cases of fraud, and with the development of the principle in *Hedley Byrne A Co. v. Heller A Partners Ltd.*, it is unlikely to be used often in cases of negligent misstatement. An award of compensation, however, is no less that because the amount recovered in a particular case is the same as would have been awarded in an action at common law.

Policies underlying concepts like remoteness and mitigation might have developed from an equitable perspective. However, given the paucity of authority in the field, it is scarcely surprising that courts will deal with a case falling properly within the ambit of equity as if it were a common law matter or as justifying the use of its mode of analysis.

The maxims of equity are malleable principles that can be flexibly adapted to serve the ends of justice as now perceived. Law and equity have long overlapped in pursuit of their common goal of affording adequate remedies against those placed in a position of trust or confidence when they breach a duty that reasonably flows from that position and it was reasonable and proper that the courts have tended to merge the principles of law and equity. Only when there are different policy objec-

cour, appartient à quelqu'un d'autre, et celle où une personne est soumise à une obligation fiduciaire de s'acquiescer d'une tâche, le souci de *l'equity* étant, dans ce dernier cas, de veiller simplement à ce qu'on s'acquiesce de cette tâche honnêtement et en conformité avec l'engagement pris par la personne soumise à l'obligation fiduciaire. Les principes applicables aux fiducies ne devraient pas être appliqués au manquement à une obligation fiduciaire du genre dont il est question en l'espèce. La seule sévérité du résultat justifie cette conclusion mais, indépendamment de cela, la demande relative au préjudice découlant des actes de tierces personnes peut en toute justice être considérée comme étant comprise dans le champ de la réparation du préjudice causé par le manquement.

Il est peu probable qu'on ait souvent recours au redressement de l'indemnisation, fondé sur *l'equity*, si ce n'est qu'à titre accessoire à quelque autre redressement *d'equity*. Voilà longtemps en effet que le délit civil de dol donne lieu à un redressement pratique de common law qui fait en sorte qu'on recourt rarement, dans des cas de fraude, au redressement offert par *l'equity* et, par suite du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne A Co. v. Heller & Partners Ltd.*, il est peu probable qu'on y ait souvent recours dans le cas de déclarations inexactes faites par négligence. Toutefois, une indemnité n'est pas moins une indemnité parce que la somme accordée dans un cas donné est identique à celle qui l'aurait été dans une action en common law.

Les politiques sous-tendant des concepts comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage auraient pu être conçues sous l'angle de *l'equity*. Toutefois, compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, il n'est guère surprenant que les tribunaux examinent une affaire relevant à bon droit de *l'equity* comme s'il s'agissait d'une question de common law ou comme justifiant le recours à une méthode analytique propre à la common law.

Les maxims de *l'equity* sont des principes malléables possédant une souplesse qui permet de les adapter à la réalisation des objets de la justice telle que perçue de nos jours. La common law et *l'equity* se chevauchent depuis longtemps dans la poursuite de leur objectif commun d'accorder des redressements adéquats chaque fois qu'une personne, à qui on fait confiance en raison de sa situation, manque à une obligation découlant raisonnablement de cette situation et il est raisonnable et légitime que les tribunaux aient eu tendance à fusionner les principes de common law et *d'equity*. Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue

lives should equity engage in its well-known flexibility to achieve a different and fairer result.

The fusion of law and equity provides a general, but flexible, approach that allows for direct application of the experience and best features of both law and equity, whether the mode of redress (the cause of action or remedy) originates in one system or the other. The whole of the two systems should not be indiscriminately melded together; some equitable concepts like trusts, equitable estates and consequent equitable remedies must continue to exist apart, if not in isolation, from common law rules.

With fiduciary relationships and the law regarding misstatements, both the courts of common law and of equity provided remedies where a person failed to meet the trust or confidence reposed in that person. There was throughout considerable overlap. In time, however, the common law outstripped equity and the remedy of compensation became somewhat atrophied. Under these circumstances, there is no reason why equity should not borrow from the experience of the common law. Whether the courts refine the equitable tools such as the remedy of compensation, or follow the common law on its own terms, is not particularly important where the same policy objective is sought.

Where a situation requires different policy objectives, the remedy may be found in the system that appears more appropriate. This will often be equity. Its flexible remedies such as constructive trusts, account, tracing and compensation must continue to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. This process should not be confined to pre-existing situations.

*Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.:* Apart from cases where the trustee controls the property of the cestui que trust, damages for breach of fiduciary duty should not be measured by analogy to tort and contract. Proceeding by analogy with tort overlooks not only the unique foundation and goals of equity but also the differences between the tort of negligence and contract on the one hand and the basis of the fiduciary obligation and the rationale for equitable compensation on the other. Such an approach would also require that

de *l'equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable.

La fusion de la common law et de *l'equity* fournit une méthode générale, mais souple, qui permet d'appliquer directement l'expérience et les meilleures caractéristiques de la common law et de *l'equity*, peu importe que le redressement (la cause d'action ou le recours) émane d'un système ou de l'autre. Il ne faudrait pas mélanger aveuglément les deux systèmes au complet; certains concepts *d'equity*, tels que les fiducies, les droits de propriété en *equity* et les redressements *d'equity* qui s'en suivent doivent continuer à exister, sinon isolément, du moins indépendamment des règles de common law.

Dans le cas des rapports fiduciaires et du droit applicable aux déclarations inexactes, tant les tribunaux de common law que ceux *d'equity* accordaient des redressements lorsqu'une personne abusait de la confiance que lui avait témoignée une autre personne. Il y a toujours eu une grande mesure de chevauchement. Avec le temps, la common law est venue à devancer *l'equity* et le redressement sous forme d'indemnisation s'est quelque peu atrophie. Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison pour laquelle *l'equity* ne devrait pas emprunter à la common law. Que les tribunaux décident d'améliorer les outils, comme le redressement sous forme d'indemnisation, fournis par *l'equity*, ou de suivre exactement la common law, cela n'est pas particulièrement important lorsque c'est le même objectif de principe qui est poursuivi.

Si une situation nécessite la poursuite de différents objectifs de principe, il est possible de chercher le redressement dans le système qui paraît convenir le mieux. Souvent, ce sera *l'equity*. Ses redressements souples, tels que les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent donc continuer à être façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Ce processus ne devrait pas se limiter aux situations déjà évaluées par les tribunaux.

*Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin:* Sauf les cas où le fiduciaire a sous son contrôle les biens du bénéficiaire, les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire (découlant d'un rapport de confiance) ne devraient pas se calculer par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats. La façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle fait abstraction du fondement et des objectifs uniques de *l'equity*, ainsi que des différences entre le

"true trust" situations be artificially separated from other fiduciary obligations.

Compensation is an equitable monetary remedy available when the equitable remedies of restitution and account are not appropriate. By analogy with restitution, it attempts to restore to the plaintiff what has been lost as a result of the breach. The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach. The plaintiff will not be required to mitigate, as the term is used in law, but losses resulting from clearly unreasonable behaviour on the part of the plaintiff will be adjudged to flow from that behaviour, and not from the breach. Where the trustee's breach permits the wrongful or negligent acts of third parties, thus establishing a direct link between the breach and the loss, the resulting loss will be recoverable. Where there is no such link, the loss must be recovered from the third parties.

The plaintiffs would not have bought an interest in the property and the joint venture had they known of the breach of fiduciary duty. The loss arising from this was caused by the breach and is recoverable. The further losses sustained in the course of construction did not result or flow from the breach of fiduciary duty. The solicitor's liability therefore did not extend to loss suffered by the plaintiff due to the negligence of architects and engineers in subsequent construction on the land. Damages should be assessed as by the trial judge and the Court of Appeal.

*Per Stevenson J.:* Compensation should not be determined in the same way as a court of equity would determine compensation as against a trustee and yet it should not be defined as merely putting the plaintiff in as good a position as before the breach. The measure of damages in a compensation claim may not always be the same as in an action of deceit or negligence and differs from

délit civil de négligence et le domaine contractuel, d'une part, et le fondement de l'obligation fiduciaire et la raison d'être de l'indemnité fondée sur *l'equity*, d'autre part. Pareille méthode obligerait aussi à faire une distinction artificielle entre les fiducies au sens strict et les autres obligations découlant d'un rapport de confiance.

L'indemnisation est une mesure de redressement pécuniaire fondée sur *l'equity* à laquelle on peut avoir recours lorsque les redressements *d'equity* que sont la restitution et la reddition de comptes ne conviennent pas. Par analogie avec la restitution, elle tente de rendre au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement. La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement. Le demandeur n'est pas tenu de limiter le dommage, selon l'expression utilisée en droit, mais les pertes résultant d'un comportement manifestement déraisonnable de la part du demandeur seront considérées comme découlant de ce comportement, et non pas du manquement. Lorsque le manquement commis par le fiduciaire permet à des tiers d'accomplir des actes préjudiciables ou négligents, ce qui a ainsi pour effet d'établir un lien direct entre le manquement et la perte, la perte en résultant pourra être recouvrée. Lorsqu'il n'existe aucun lien de ce genre, la perte doit être recouvrée auprès des tiers.

Les demandereses n'auraient pas acquis une participation dans les biens et l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant du manquement à l'obligation fiduciaire. La perte qui en a résulté a été causée par ce manquement et elle peut faire l'objet d'un recouvrement. Les autres pertes subies au cours de la construction n'ont pas résulté du manquement à l'obligation fiduciaire. La responsabilité de l'avocat ne va donc pas jusqu'à s'appliquer à la perte que les demandereses ont subie en raison de la négligence dont ont fait preuve les architectes et les ingénieurs dans la construction ultérieure d'un entrepôt sur le bien-fonds. Les dommages-intérêts devraient être évalués comme l'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel.

*Le juge Stevenson:* L'indemnité ne devrait pas être déterminée de la même façon que le ferait un tribunal *d'equity* dans le cas d'une action contre un fiduciaire et, encore là, elle ne devrait être définie comme se bornant à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le manquement. La somme à accorder dans le cas d'une demande d'in-

damages particularly where equity is looking at restitution. A court of equity, applying principles of fairness, would and should draw the line at calling upon the fiduciary to compensate for losses arising as a result of the unanticipated neglect of the engineers and pile driving contractor. The fiduciary had nothing to do with their selection, their control, their contractual or bonding obligations. These losses are too remote, not in the sense of failing the "but for" test, but in being so unrelated and independent that they should not, in fairness, be attributed to the defendant's breach of duty.

The fusion of law and equity had nothing to do with deciding this case. If it did, the rules of equity would prevail. The principles of contributory negligence were not introduced by fusion.

#### Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Jacks v. Davis* (1980). 12 C.C.L.T. 298, affd [1983] 1 W.W.R. 327; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.). aff'g [1933] S.C.R. 257; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; referred to: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, affd [1991] 3 S.C.R. 3; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Burrowes v. Lock* (1805). 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927; *Slim v. Croucher* (1860). 1 De G. F. & J. 518. 45 E.R. 462; *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Howard v. Cunliffe* (1973). 36 D.L.R. (3d) 212; *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986). 58 O.R. (2d) 1; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Derry v. Peek* (1889). 14 A.C. 337; *Low v. Bouverie*, [1891]

demnisation ne se calcule pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence et elle diffère des dommages-intérêts, particulièrement lorsque l'*equity* envisage la restitution. Un tribunal d'*equity*, qui applique les principes d'équité, n'irait pas, ni devrait aller, jusqu'à sommer la personne soumise à une obligation fiduciaire de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la négligence imprévue des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux. La personne soumise à une obligation fiduciaire n'avait nullement participé à leur sélection ou à leur surveillance et elle était en outre étrangère à leurs obligations en matière de contrat ou de cautionnement. Ces pertes sont trop indirectes, non pas en ce sens qu'elles ne satisfont pas au critère du «n'eût été», mais du fait qu'elles sont si éloignées et indépendantes qu'elles ne devraient pas, en toute justice, être attribuées au manquement par le défendeur à son obligation.

La fusion de la common law et de l'*equity* n'est pas pertinente en l'espèce. Dans l'hypothèse contraire, les règles de l'*equity* l'emporteraient. La fusion n'a pas eu pour effet d'introduire les principes de la négligence contributive.

#### e Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Jacks v. Davis* (1980). 12 C.C.L.T. 298, conf. par [1983] 1 W.W.R. 327; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.), conf. [1933] R.C.S. 257; *Nocton v. Lord Ashburton*. [1914] A.C. 932; *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; arrêts mentionnés: *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, conf. par [1991] 3 R.C.S. 3; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927; *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462; *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212; *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Derry v. Peek* (1889),

3 Ch. 82; *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204. [1893] A.C. 396; *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

By McLachlin J.

Considered: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; **referred to:** *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *Re Dawson*; *Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801.

By Stevenson J.

**Referred to:** *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343.

#### Statutes and Regulations Cited

*British Columbia Supreme Court Rules*, 1976, Rule 33. *Chancery Amendment Act*, 1858 (Eng.), 21 & 22 Vict., c. 27.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 41.  
*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (Eng.), 36 & 37 Vict., c. 66.

#### Authors Cited

Cooter, Robert and Bradley J. Freedman. "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences" (1991), 66 *N.Y.U. L Rev.* 1045.  
Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349.  
Gummow, W. M. C. "Compensation for Breach of Fiduciary Duty". In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.  
Hanbury, Harold Greville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens, 1985.  
Meagher, Roderick Pitt, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity, Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Bullerworths, 1984.

14 A.C. 337; *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch. 82; *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204, [1893] A.C. 396; *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts examinés:** *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *La Reine c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; **arrêts** mentionnés: *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *IAC Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *Re Dawson: Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801.

Citée par le juge Stevenson

**Arrêts mentionnés:** *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343.

#### Lois et règlements cités

*British Columbia Supreme Court Rules*, 1976, art. 33.  
*Chancery Amendment Act* de 1858 (Angl.), 21 & 22 Vict., ch. 27.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 41.  
*Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (Angl.), 36 & 37 Vict., ch. 66.

#### Doctrines citées

Cooter, Robert and Bradley J. Freedman. «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences» (1991), 66 *N.Y.U. L Rev.* 1045.  
Davidson, Ian E. «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349.  
Gummow, W. M. C. «Compensation for Breach of Fiduciary Duty». In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto, Carswell, 1989.  
Hanbury, Harold Greville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens, 1985.  
Meagher, Roderick Pitt, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity, Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.



Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships", [1962] *Cambridge L.J.* 69.

Sealy, L. S. "Some Principles of Fiduciary Obligation", [1963] *Cambridge L.J.* 119.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177, 61 D.L.R. (4th) 732, 45 B.L.R. 301, [1990] 1 W.W.R. 375, dismissing an appeal from a judgment of Macdonell J. (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46, 52 D.L.R. (4th) 323, 45 C.C.L.T. 209, [1989] 2 W.W.R. 30, finding the defendant solicitor was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty. Appeal dismissed.

*David Roberts, Q.C., Dr. Donovan Waters, Q.C., and Murray Clemens, for the appellants.*

*K.C. Mackenzie, Q.C., and Carlo Forth, for the respondents.*

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. were delivered by

MCLACHLIN J.—This case concerns the extent of a solicitor's obligation for breach of fiduciary duty in failing to disclose that a third party was making a secret profit in the plaintiffs purchase of land. More particularly, it raises the question of whether the plaintiff can hold the solicitor liable for loss suffered by the plaintiff due to the negligence of architects and engineers in subsequent construction on the land.

I agree with Justice La Forest that the solicitor's liability does not extend this far and that damages should be assessed as by the trial judge and the Court of Appeal. I base this result, however, in equity. I cannot concur in the suggestion in my colleague's reasons that apart from cases where the trustee controls the property of the cestui que trust, damages

Sealy, L. S. «Fiduciary Relationships», [1962] *Cambridge L.J.* 69.

Sealy, L. S. «Some Principles of Fiduciary Obligation», [1963] *Cambridge L.J.* 119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989). 39 B.C.L.R. (2d) 177, 61 D.L.R. (4th) 732, 45 B.L.R. 301. [1990] 1 W.W.R. 375, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Macdonell (1988). 31 B.C.L.R. (2d) 46, 52 D.L.R. (4th) 323, 45 C.C.L.T. 209, [1989] 2 W.W.R. 30, qui avait conclu que l'avocat défendeur n'avait pas commis de dol, mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire. Pourvoi rejeté.

*David Roberts, c.r., Dr. Donovan Waters, c.r., et Murray Clemens, pour les appelantes.*

*K. C. Mackenzie, c.r., et Caria Forth, pour les intimés.*

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Il est question en l'espèce du degré de responsabilité d'un avocat qui a manqué à une obligation fiduciaire (découlant d'un rapport de confiance) en omettant de révéler qu'un tiers était en train de réaliser un bénéfice secret dans le cadre de l'achat d'un bien-fonds par les demanderesse. Plus particulièrement, le présent pourvoi soulève la question de savoir si les demanderesse peuvent tenir l'avocat responsable de la perte qu'elles ont subie en raison de la négligence dont ont fait preuve les architectes et les ingénieurs dans la construction ultérieure d'un entrepôt sur le bien-fonds.

Je conviens avec le juge La Forest que la responsabilité de l'avocat ne va pas aussi loin et que les dommages-intérêts devraient être évalués comme l'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel. Je fonde cette conclusion, toutefois, sur l'équité. Je ne puis souscrire à l'idée, exprimée dans les motifs de mon collègue, que, sauf les cas où le fiduciaire a sous son contrôle les biens du bénéficiaire, les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire

for breach of fiduciary duty should be measured by analogy to tort and contract.

My first concern with proceeding by analogy with tort is that it overlooks the unique foundation and goals of equity. The basis of the fiduciary obligation and the rationale for equitable compensation are distinct from the tort of negligence and contract. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question, communal or otherwise. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party pledges itself to act in the best interest of the other. The fiduciary relationship has trust, not self-interest, at its core, and when breach occurs, the balance favours the person wronged. The freedom of the fiduciary is diminished by the nature of the obligation he or she has undertaken — an obligation which "betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest": *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 606. In short, equity is concerned, not only to compensate the plaintiff, but to enforce the trust which is at its heart.

The trust-like nature of the fiduciary obligation manifests itself in characteristics which distinguish it from the tort of negligence and from breach of contract. Thus Justice Wilson in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at pp. 136-138, (approved by Justices Sopinka and La Forest in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.* [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 599 and 646) attributed the following characteristics to a fiduciary obligation: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power, (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's

devraient se calculer par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats.

<sup>a</sup> Ma première préoccupation en ce qui concerne la façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle tient au fait qu'elle fait abstraction du fondement et des objectifs uniques de l'*equity*. Le fondement de l'obligation fiduciaire et la raison d'être de l'indemnité fondée sur l'*equity* se distinguent du délit civil de négligence et du domaine contractuel. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, la loi recherche l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité et préserver une liberté optimale pour ceux qui sont impliqués dans le rapport en question, qu'il soit collectif ou autre. Par contre, le rapport fiduciaire réside essentiellement dans le fait que l'une des parties s'engage à agir dans le meilleur intérêt de l'autre. Le rapport fiduciaire repose sur la confiance et non sur l'intérêt personnel, et lorsqu'il y a manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée. La personne soumise à une obligation fiduciaire voit sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle a assumée, savoir une obligation qui «commande[...] la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations»: *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 606. En résumé, l'*equity* se préoccupe non seulement d'indemniser la demandeur, mais encore de faire respecter la confiance qui est au cœur de ce système.

<sup>b</sup> La confiance qui imprègne l'obligation fiduciaire se manifeste dans les caractéristiques qui la distinguent du délit civil de négligence et du domaine contractuel. Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, aux pp. 136 à 138. (approuvé par les juges Sopinka et La Forest dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, aux pp. 599 et 646), le juge Wilson attribuait les caractéristiques suivantes à l'obligation fiduciaire: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à

legal or practical interests; (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Cooter and Freedman, in "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences" (1991), 66 *N. Y. U. L. Rev.* 1045, offer a similar formulation of the characteristics of a fiduciary obligation: (i) separation of ownership from control or management, (i.e., one party has some power or discretion which can be exercised unilaterally so as to affect the other party's legal or practical interest); (ii) open-ended obligations, in that specific conduct or definite results are not stipulated; (iii) asymmetry of information concerning acts and results. The first characteristic in this formulation parallels Wilson J.'s first and second characteristics, and the remaining two can be seen as treating the notion of vulnerability in Wilson J.'s test.

Cooter and Freedman go on to point out that because the fiduciary has superior information concerning his or her acts, it will be difficult to detect and prove breach of these wide obligations; and because the fiduciary has control based on the notion of implicit trust, there is a substantial potential for gain through such wrongdoing. This may justify more stringent remedies than for negligence or breach of contract. As Lord Dunedin put it in *Nocton v. Lord Ashburnton*, [1914] A.C. 932, at p. 963: "there was a jurisdiction in equity to keep persons in a fiduciary capacity up to their duty."

These differences suggest that we cannot simply assume that an analogy with tort law is appropriate. And even if we could, the analogy would not be of great assistance. For tort offers different measures of compensation, depending on the nature of the wrong. The measure for deceit, for example, is more stringent than for negligence. So adoption of a tort measure does not solve the problem. The further

influer sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

<sup>a</sup> Dans un article intitulé «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences» (1991), 66 *N.Y.U.L Rev.* 1045, Cooter et Freedman formulent de façon similaire les caractéristiques de l'obligation fiduciaire: (i) séparation de la possession et du contrôle ou de la gestion (c.-à-d. l'une des parties a un certain pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé unilatéralement de manière à influencer sur les intérêts juridiques ou pratiques de l'autre partie); (ii) obligations sans réserve, en ce sens qu'on ne mentionne pas de conduite précise à adopter ni de résultats déterminés à obtenir; (iii) asymétrie des renseignements concernant les actes et les résultats. La première caractéristique figurant dans cette formulation est équivalente aux première et deuxième caractéristiques énoncées par le juge Wilson et on peut considérer les deux autres comme traitant de la notion de vulnérabilité contenue dans le critère du <sup>e</sup> juge Wilson.

<sup>f</sup> Cooter et Freedman soulignent ensuite que, vu que la personne soumise à une obligation fiduciaire dispose de meilleurs renseignements au sujet de ses actes, il sera difficile de déceler et de prouver le manquement à ces vastes obligations; et vu que la personne soumise à une obligation fiduciaire exerce un contrôle fondé sur la notion de fiducie implicite, il se peut fort bien qu'elle réalise des gains grâce à des méfaits de ce genre. Cela peut justifier des redressements plus rigoureux qu'en cas de négligence ou d'inexécution de contrat. Comme l'a dit lord Dunedin dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburnton*, [1914] <sup>g</sup> A.C. 932, à la p. 963: [TRADUCTION] «en equity, il y avait Un pouvoir de garder à la hauteur de leur tâche les personnes soumises à une obligation fiduciaire.»

<sup>i</sup> Ces différences laissent supposer que nous ne pouvons pas simplement présumer que l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle est appropriée. Et même si nous le pouvions, cette analogie ne serait pas d'une grande utilité. En effet, le droit en matière de responsabilité délictuelle offre différentes façons de calculer l'indemnité, selon la nature du tort causé. Le calcul dans le cas du dol, par <sup>J</sup>

question arises: which tort measure? One might argue that the appropriate analogy is with the tort of deceit, since both deceit and breach of fiduciary obligation involve wrongful acts with moral overtones. But the better approach, in my view, is to look to the policy behind compensation for breach of fiduciary duty and determine what remedies will best further that policy. In so far as the same goals are shared by tort and breach of fiduciary duty, remedies may coincide. But they may also differ.

exemple, est plus rigoureux que dans le cas de la négligence. Ainsi, l'adoption d'un mode d'évaluation fondé sur la responsabilité délictuelle ne règle pas le problème. Une autre question se pose: quel mode adopter en la matière? On pourrait soutenir qu'il y a analogie à juste titre avec le délit civil de dol, puisque le dol et le manquement à une obligation fiduciaire présupposent des actes préjudiciables à connotations morales. Mais la meilleure méthode, à mon avis, est de considérer le principe qui sous-tend l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire et de déterminer quels redressements vont le mieux favoriser l'application de ce principe. Dans la mesure où le délit civil et le manquement à une "obligation fiduciaire partagent les mêmes objectifs, les redressements peuvent coïncider. Mais ils peuvent également différer.

The danger of proceeding by analogy with tort law is that it may lead us to adopt answers which, however easy, may not be appropriate in the context of a breach of fiduciary duty. *La Forest J.* has avoided one such pitfall in indicating that compensation for a breach of fiduciary duty will not be limited by foreseeability, but what of other issues? For instance, the analogy with tort might suggest that presumptions which operate in favour of the injured party in a claim for a breach of fiduciary duty will no longer operate, for example, the presumption that trust funds will be put to the most profitable use. And it is clear that tort law is incompatible with the well developed doctrine that a fiduciary must disgorge profits gained through a breach of duty, even though such profits are not made at the expense of the person to whom the duty is owed. *La Forest J.* allows that benefits may be disgorged, but addresses only the case where no such benefit was obtained (at p. 578). From this it appears that he would treat benefit to the fiduciary on the basis of equitable principles, and losses to the plaintiff on the basis of common law. In my view it is preferable to deal with both remedies under the same system—equity. Rather than begin from tort and proceed by changing the tort model to meet the constraints of trust, I prefer to start from trust, using the tort analogy to the extent shared concerns may make it helpful. This said, I readily concede that we may take wisdom where we find it, and accept such

d

e

f

g

h

i

j

Le danger de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle est que cela peut nous amener à choisir des réponses qui, tout en étant faciles, peuvent ne pas convenir dans le contexte d'un manquement à une obligation fiduciaire. Le juge *La Forest* a évité un tel piège en indiquant que l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire ne sera pas limitée par la prévisibilité, mais qu'en est-il des autres questions? Par exemple, l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle pourrait laisser supposer que les présomptions qui jouent en faveur de la partie lésée dans une action pour manquement à une obligation fiduciaire ne joueront plus, comme, par exemple, la présomption que les fonds en fiducie seront utilisés de la façon la plus profitable. Et il est manifeste que le droit en matière de responsabilité délictuelle n'est pas compatible avec le principe bien établi selon lequel la personne soumise à une obligation fiduciaire doit rendre les bénéfices obtenus par suite d'un manquement à son obligation, même si ces bénéfices ne sont pas réalisés au détriment du créancier de l'obligation. Le juge *La Forest* convient que les avantages peuvent être rendus, mais il aborde seulement le cas où aucun avantage de ce genre n'a été tiré (à la p. 578). Il en ressort qu'il examinerait l'avantage tiré par la personne soumise à une obligation fiduciaire, à la lumière des principes d'*equity*, et les pertes subies par le demandeur, à la lumière de la common law. À mon

insights offered by the law of tort, in particular deceit, as may prove useful.

My second concern with proceeding by analogy with tort is that it requires us to separate so called "true trust" situations, where the trustee holds property as agent for the beneficiary, from other fiduciary obligations. This distinction is necessary if one proceeds by analogy with tort because the tort analogy cannot apply in the former category (see *La Forest J.*, at p. 578). In my view, however, this distinction is artificial and undercuts the common wrong embraced by both categories—the breach of the obligation of trust and utmost good faith which lies on one who undertakes to control or manage something—be it property or some other interest—on behalf of another. Nor do the cases support the distinction, as illustrated by the analysis which follows of *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

Differences between different types of fiduciary relationships may, depending on the circumstances, dictate different approaches to damages. This may be significant as the law of fiduciary obligations develops. However, such differences must be related in some way to the underlying concept of trust—the notion of special powers reposed in the trustee to be exercised exclusively for the benefit of the person who trusts. The distinction between the rights of a claimant in equity for maladministration of property as opposed to wrongful advice or information,

avis, il vaut mieux traiter ces deux redressements selon le même système — l'*equity*. Plutôt que de partir de la responsabilité délictuelle et de poursuivre en changeant le modèle de la responsabilité délictuelle afin de se plier aux contraintes de la fiducie, je préfère partir de la notion de fiducie et recourir à l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle dans la mesure où les préoccupations communes peuvent la rendre utile. Cela dit, je reconnais volontiers que nous pouvons aller chercher la sagesse là où elle se trouve et accepter les perspectives qu'offre le droit en matière de responsabilité délictuelle, en particulier le *doI*, dans la mesure où elles peuvent s'avérer utiles.

Ma deuxième préoccupation en ce qui concerne la façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle tient au fait qu'elle nous oblige à distinguer ce qu'on appelle les «fiducies au sens strict», où le fiduciaire détient les biens à titre de représentant du bénéficiaire, des autres obligations découlant d'un rapport de confiance. Cette distinction s'impose si l'on procède par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle parce que celle analogie ne peut pas s'appliquer à la première catégorie (voir le juge *La Forest*, à la p. 578). A mon avis, cependant, cette distinction est artificielle et réduit le tort commun qu'englobent les deux catégories, savoir le manquement à l'obligation de confiance et de bonne foi la plus grande à laquelle est tenu celui qui s'engage à contrôler ou à gérer quelque chose, que ce soit un bien ou quelque autre droit, pour le compte d'autrui. La jurisprudence n'étaye pas non plus cette distinction, comme en témoigne l'analyse qui suit de l'arrêt *Guerin c. La Reine*, (1984] 2 R.C.S. 335.

Les différences entre divers types de rapports fiduciaires peuvent, selon les circonstances, commander des façons différentes d'aborder les dommages-intérêts. Cela peut être important au fur et à mesure que le droit évolue en matière d'obligations fiduciaires. Toutefois, il faut rattacher d'une certaine façon ces différences au concept sous-jacent de la fiducie, savoir la notion de pouvoirs spéciaux accordés au fiduciaire pour que celui-ci les exerce exclusivement au profit du bénéficiaire. La distinction entre les droits de l'auteur d'une demande, fondée sur l'*equity*.

resides in the fact that in the former case equity can and does require property wrongfully appropriated to be restored to the cestui que trust together with an account of profits. Where there is no property which can be restored, restitution in this sense is not available. In those cases, the court may award compensation in lieu of restitution. This is a pragmatic distinction in the form of the remedy which must not obscure the fact that the measure of compensation remains restitutionary or "trust-like" in both cases. Any further distinction is difficult to support. Why in principle, should a trustee's abuse of power in relation to tangible property attract different compensation from a trustee's abuse of power in relation to a lease or a mortgage or the purchase of a business or a home? The goals of equity in the latter category of case, as asserted in *Norton v. Lord Ashburton*, *supra*, are not only to compensate the plaintiff but to deter fiduciaries from abusing their powers. Whence then the difference in compensation?

Having concluded that equitable compensation should not be determined by the simple expedient of resorting to tort, I come to the central question in this case. What is the ambit of compensation as an equitable remedy? Proceeding in trust, we start from the traditional obligation of a defaulting trustee, which is to effect restitution to the estate. But restitution *in specie* may not always be possible. So equity awards compensation in place of restitution *in specie*, by analogy for breach of fiduciary duty with the ideal of restoring to the estate that which was lost through the breach.

The restitutionary basis of compensation for breach of trust was described in *Ex parte Adamson* (1878). 8 Ch. D. 807, at p. 819:

The Court of Chancery never entertained a suit for damages occasioned by fraudulent conduct or for breach of trust. The suit was always for an equitable debt or liability

pour mauvaise gestion de biens par opposition à des conseils ou à des renseignements erronés réside dans le fait que, dans le premier cas, l'*equity* peut exiger et exige effectivement que les biens acquis illicitement soient rendus au bénéficiaire en plus de procéder à une reddition de comptes. Lorsqu'il n'y a aucun bien qui puisse être rendu, la restitution dans ce sens n'est pas possible. Dans ce cas, le tribunal peut accorder une indemnité au lieu d'ordonner la restitution. C'est une distinction pragmatique sous la forme d'un redressement qui ne doit pas cacher le fait que le calcul de l'indemnité tient de la restitution ou de la fiducie dans les deux cas. Toute autre distinction est difficile à justifier. Pourquoi, en principe, l'abus de pouvoir d'un fiduciaire relativement à des biens matériels entraînerait-il une indemnité différente de celle qu'entraînerait l'abus de pouvoir d'un fiduciaire relativement à un bail, à une hypothèque ou à l'achat d'une entreprise ou d'une maison? Dans cette dernière catégorie de cas, les objectifs de l'*equity*, tels que mentionnés dans l'arrêt *Norton v. Lord Ashburton*, précité, sont non seulement d'indemniser le demandeur mais aussi de dissuader les personnes soumises à une obligation fiduciaire d'abuser de leurs pouvoirs. D'où vient alors la différence d'indemnité?

Ayant conclu que l'indemnité fondée sur l'*equity* ne devrait pas être établie par un simple recours au droit en matière de responsabilité délictuelle, j'arrive à la question principale du présent pourvoi. Quelle est l'étendue de l'indemnisation en tant que redressement d'*equity*? En matière de fiducie, nous partons de l'obligation traditionnelle d'un fiduciaire en défaut, qui est de restituer les biens au patrimoine. Mais la restitution en nature n'est pas toujours possible. Ainsi l'*equity* accorde une indemnité au lieu de la restitution en nature, par analogie, dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, avec l'idéal de retourner au patrimoine concerné ce qui a été perdu en raison du manquement.

Le fondement restitutoire de l'indemnisation pour manquement aux obligations du fiduciaire a été décrit dans l'arrêt *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, à la p. 819:

[TRADUCTION] La Cour de la chancellerie ne connaissait jamais d'une action en dommages-intérêts fondée sur une conduite dolosive ou sur le manquement aux obliga-

ily in the nature of debt. It was a suit for the restitution of the actual money or thing, or value of the thing, of which the cheated party had been cheated.

It has been widely accepted ever since. As Davidson states in his very useful article "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349. at p. 351, "the method of computation (of compensation) will be that which makes restitution for the value of the loss suffered from the breach."

*Nocton v. Lord Ashburton, supra*, one of the first cases to deal with a solicitor's breach of fiduciary obligation by way of misstatement, reflects the restitutionary approach to monetary compensation for breach of fiduciary duty. The action in negligence being statute-barred and the *mens rea* required for deceit unproven, the House of Lords had recourse to "the old bill in Chancery to enforce compensation for breach of a fiduciary obligation" [*per* Viscount Haldane, at p. 946]. Under this action the Court of Chancery "could order the defendant, not, ... to pay damages as such, but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily as that in which he was before the injury" (at p. 952). Viscount Haldane held that the proper measure of compensation would have been restitution of the mortgage security and an account for the interest, observing "[t]he measure of damages may not always be the same as in an action of deceit or for negligence" (at p. 958). But since the plaintiff had not asked for the restitutionary remedy and since it was "a matter of form only", compensation was calculated as for damages in tort.

In those cases where the trust consists of property or funds in a stable investment the "actual money or thing" which is to be restored to the injured party will

lions du fiduciaire. Il s'agissait toujours d'une action en recouvrement d'une dette en *equity* ou en exécution d'une obligation de la nature d'une dette. L'action tendait à la restitution de l'argent ou de l'article escroqué à la partie lésée ou au recouvrement de la valeur de cet article.

Il a toujours été largement admis depuis. Comme le dit Davidson dans son article très utile «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, à la p. 351: (TRADUCTION) «la méthode de calcul (de l'indemnité) sera celle qui effectue la restitution pour la valeur de la perte subie par suite du manquement».

*Nocton v. Lord Ashburton*, précité, l'un des premiers arrêts à traiter du manquement par un avocat à une obligation fiduciaire, consistant à avoir fait une déclaration inexacte, reflète la méthode restituatoire de l'indemnisation en argent pour manquement à une obligation fiduciaire. L'action pour négligence étant prescrite et la *mens rea* requise en cas de dol n'ayant pas été prouvée, la Chambre des lords a eu recours (TRADUCTION) «à la vieille requête en *equity* pour mettre à exécution l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire» (le vicomte Haldane, à la p. 946). En vertu de cette action, la Cour de la chancellerie (TRADUCTION) «pouvait [...] ordonner au défendeur non pas de payer des dommages-intérêts comme tels, mais d'effectuer la restitution ou d'indemniser le demandeur en le mettant dans une situation financière aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le préjudice qui lui a été causé» (à la p. 952). Le vicomte Haldane a conclu que la bonne façon de calculer l'indemnité aurait été de restituer la garantie hypothécaire ainsi qu'un montant pour les intérêts, en faisant remarquer que (TRADUCTION) «[i]l se peut que les dommages-intérêts ne se calculent pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence» (à la p. 958). Mais comme le demandeur n'avait pas demandé le redressement sous forme de restitution et que c'était une (TRADUCTION) «une question de forme seulement», l'indemnité a été calculée comme dans le cas des dommages-intérêts pour délit civil.

Dans les cas où la fiducie comporte des biens ou des fonds dans un placement stable, «l'argent ou l'article» qui doit être restitué à la partie lésée est relatif.

be relatively well defined. The matter becomes more difficult when the remedy is extended from traditional trusts to breaches of fiduciary duty, where not only the value, but even the nature of the thing lost may be difficult to determine. The application of the principle of compensation in lieu of restitution in such a situation is well illustrated in the only recent decision of this Court on the subject: *Guerin v. The Queen, supra*. In *Guerin* this Court rejected the submission that tort principles should govern the assessment of compensation and proceeded on the basis that the plaintiffs were entitled to compensation based on any trust principles.

The plaintiff in *Guerin* was a member of an Indian Band whose lands had been administered by the Crown. The Crown was authorized to enter into a lease on terms which were authorized by the Band. Those terms could not be obtained in negotiation, and the Crown, without consulting the Band, entered into a long-term lease on the Band's behalf on terms less advantageous than those which had been authorized. The Band sued for compensation for breach of a fiduciary duty. At common law in tort or contract, damages would have been limited to the loss reasonably foreseeable or contemplated at the time the lease was made. The trial judge, however, was persuaded to take an "equitable" approach based on the unforeseen escalation of the value of the land in subsequent years, and awarded \$10,000,000. In short, instead of viewing the issue of compensation from the date of the breach as required at common law, he based the damages on the trial date having regard to what had actually happened, as would be the case in an equitable award for restitution (see *Wilson J.* at p. 359.)

*Guerin* was not concerned with abuse of trust property in the classic trust sense. There were no assets or property which had been misappropriated. The wrong was the failure to adhere to the conditions of surrender and to consult with the Band in accor-

vement bien défini. La question devient plus difficile lorsque le redressement est étendu des fiducies traditionnelles aux manquements à une obligation fiduciaire où non seulement la valeur mais encore la nature de l'article perdu peuvent être difficiles à déterminer. L'application du principe de l'indemnisation au lieu de la restitution en pareil cas est bien illustrée dans le seul arrêt que notre Cour a rendu récemment à ce propos: *Guerin c. La Reine*, précité. Dans l'arrêt *Guerin*, notre Cour a rejeté la thèse selon laquelle les principes applicables en matière de responsabilité délictuelle devraient régir l'évaluation de l'indemnité et elle tenu compte du fait que les demandeurs avaient droit à une indemnité fondée sur les principes du droit des fiducies.

Le demandeur dans l'affaire *Guerin* faisait partie d'une bande indienne dont les terres avaient été administrées par Sa Majesté. Celle-ci a été autorisée à signer un bail aux conditions autorisées par la bande. Ces conditions n'ont pas pu être obtenues lors des négociations et Sa Majesté a, sans consulter la bande, signé un bail à long terme au nom de la bande à des conditions moins avantageuses que celles qui avaient été autorisées. La bande a intenté une action en indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire. Suivant la common law en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, les dommages-intérêts auraient dû être limités à la perte raisonnablement prévisible ou envisagée au moment de la signature du bail. On a cependant persuadé le juge de première instance d'adopter une approche «fondée sur l'*equity*» et basée sur une augmentation imprévue de la valeur des terres au cours des années subséquentes, et il a accordé la somme 10 000 000\$. Bref, au lieu de considérer la question de l'indemnisation depuis la date du manquement comme l'exigeait la common law, il a accordé des dommages-intérêts calculés à la date du procès en tenant compte de ce qui était vraiment arrivé, comme ce serait le cas pour une restitution fondée sur l'*equity* (voir le juge *Wilson*, à la p. 359).

L'arrêt *Guerin* ne portait pas sur un usage abusif de biens en fiducie dans le sens classique du mot fiducie. Aucun bien n'avait été détourné. Le tort causé résidait dans l'omission de se conformer aux conditions de la cession et de consulter la bande con-



dance with the Crown's fiduciary duty. Both the judgment of Dickson J. (as he then was) (Beetz, Chouinard and Lamer J.J. concurring), and the judgment of Wilson J. (Ritchie and McIntyre J.J. concurring), held that, notwithstanding that the legal relationship was not a true trust but a fiduciary duty, the appropriate measure of damages was trust damages. Dickson J. put it this way at p. 376:

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect [Emphasis added.]

Dickson J. was content to say that damages should be determined "by analogy with the principles of trust law" (at p. 390). The judgment of Wilson J. dealt more extensively with the principles on which compensation was to be calculated. Relying on the personal nature of the breach of a fiduciary obligation and the historical refusal to limit compensation in equity by considerations relevant to tort and contract, she concluded that the underlying goal of compensation for breach of fiduciary duty was to compensate the person who suffered from the breach by analogy to restoration *in specie*, taking into account unforeseen market fluctuations to the date of trial. She quoted with approval (at p. 361) the following passage from *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399, *per* Street J.:

The reasoning which the House of Lords adopted in *Tomkinson's* case proceeds upon the basis that damages at common law are ordinarily not affected by subsequent fluctuations in currency exchange rates any more than ordinarily they are affected by subsequent fluctuations in market values. This reasoning is not available in a claim against a defaulting trustee as his obligation has

formément à l'obligation fiduciaire de Sa Majesté. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) (à l'avis duquel ont souscrit les juges Beetz, Chouinard et Lamer) et le juge Wilson (à l'avis de laquelle ont souscrit les juges Ritchie et McIntyre) ont tous les deux conclu que, même si le rapport juridique constituait non pas une fiducie au sens strict mais une obligation fiduciaire, le montant des dommages-intérêts devait être déterminé à la manière des dommages-intérêts qui seraient accordés en matière de fiducie. Le juge Dickson affirme, à la p. 376:

À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation *d'equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie. [Je souligne.]

Le juge Dickson s'est contenté de dire que le montant des dommages-intérêts devrait être déterminé «par analogie avec les principes du droit des fiducies» (à la p. 390). Dans son jugement, le juge Wilson a examiné plus en détail les principes devant régir le calcul de l'indemnité. En se fondant sur la nature personnelle du manquement à une obligation fiduciaire et sur le refus historique de limiter l'indemnité en *equity* par des considérations pertinentes en matière de responsabilité délictuelle et de droit des contrats, elle a conclu que l'objectif sous-jacent de l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire était d'indemniser la personne qui a subi une perte par suite du manquement par analogie avec la restitution en nature, compte tenu des fluctuations imprévues du marché jusqu'à la date du procès. Elle a cité en l'approuvant (à la p. 361) l'extrait suivant des motifs rendus par le juge Street dans l'affaire *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399:

[TRADUCTION] Le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'arrêt *Tomkinson* tient pour acquis qu'en common law, ordinairement, ni les fluctuations subséquentes des taux de change ni celles de la valeur marchande n'influent sur les dommages-intérêts. Ce raisonnement ne s'applique pas à une réclamation contre un fiduciaire en défaut parce que son obligation a tou-

always been regarded as tantamount to an obligation to effect restitution in specie: such an obligation must necessarily be measured in the light of market fluctuations since the breach of trust; and in my view it must also necessarily be affected, where relevant, by currency fluctuations since the breach. [Emphasis added.]

Applying the reasoning of restitution, Wilson J. concluded that the Crown in failing to consult the Band and obtain further instructions on the lease had committed a breach of trust. The Crown was required to compensate the Band for the value of what was lost because of the breach, namely, the opportunity to enter into a more favourable arrangement. The value of this lost opportunity was based not on the common law tort or contract measure of what might have reasonably been foreseen at the time, but on the equitable approach of looking at what actually happened to values in later years.

While foreseeability of loss does not enter into the calculation of compensation for breach of fiduciary duty, liability is not unlimited. Just as restitution *in specie* is limited to the property under the trustee's control, so equitable compensation must be limited to loss flowing from the trustee's acts in relation to the interest he undertook to protect. Thus Davidson states "it is imperative to ascertain the loss resulting from breach of the relevant equitable duty" (at p. 354, emphasis added).

The need for a link between the equitable breach and the loss for which compensation is awarded is fair and sound in policy and is supported by *Guerin*. The trial judge in *Guerin* did not measure damages as the difference between the lease which was entered into and that which the Band was prepared to authorize, because the golf club would not have entered into a lease at all on the terms sought by the Band, and it could not therefore be said that the breach had caused the Band to lose the opportunity to enter a lease on the authorized terms. Nor did the trial judge simply assess damages as the difference between the value of

jours été considérée comme équivalant à l'obligation de restituer en nature; une telle obligation doit nécessairement s'évaluer en fonction des fluctuations du marché depuis le manquement aux obligations de fiduciaire; et à mon sens, elle doit nécessairement être modifiée par les fluctuations de monnaie depuis le manquement aux obligations de fiduciaire, s'il y a lieu. [Je souligne.]

En appliquant le raisonnement de la restitution, le juge Wilson a conclu que Sa Majesté, en omettant de consulter la bande pour obtenir d'autres directives au sujet du bail, avait commis un manquement aux obligations du fiduciaire. Sa Majesté était tenue d'indemniser la bande pour la valeur de ce qu'elle avait perdu en raison du manquement, à savoir la possibilité de conclure un arrangement plus favorable. La valeur de cette possibilité perdue était fondée non pas sur le montant qui aurait pu être raisonnablement prévu à l'époque, suivant la common law en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, mais sur la méthode d'*equity* qui consiste à examiner ce qui est vraiment arrivé aux valeurs au cours des années ultérieures.

Bien que la prévisibilité de la perte n'entre pas dans le calcul de l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire, la responsabilité n'est pas illimitée. Tout comme la restitution en nature se limite aux biens sous le contrôle du fiduciaire, l'indemnisation fondée sur l'*equity* doit se limiter à la perte découlant des actes accomplis par le fiduciaire relativement au droit qu'il s'est engagé à protéger. C'est ainsi que Davidson affirme: [TRADUCTION] «il faut absolument déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity*» (à la p. 354, je souligne).

La nécessité d'avoir un lien entre le manquement en *equity* et la perte pour laquelle est accordée l'indemnité est juste et valable en principe et est étayée par l'arrêt *Guerin*. Le juge de première instance, dans l'affaire *Guerin*, n'a pas calculé le montant des dommages-intérêts comme étant la différence entre le bail qui a été signé et ce que la bande était disposée à autoriser, parce que le club de golf aurait refusé de signer le bail aux conditions demandées par la bande, et on ne pouvait donc pas dire que le manquement avait fait perdre à la bande la possibilité de signer un bail aux conditions autorisées. Le juge de première

the lease actually entered into and the amount that the land was worth at the time of trial, which would be the result if causation were irrelevant. Rather he concluded that had there been no breach the Band would have eventually leased the land for residential development. He allowed for the time which would have been required for planning, tenders and negotiation, and he also discounted for the fact that some of the then current value of the surrounding developments was due to the existence of the golf course. In other words, he assessed, as best he could, the value of the actual opportunity lost as a result of the breach.

The requirement that the loss must result from the breach of the relevant equitable duty does not negate the fact that "causality" in the legal sense as limited by foreseeability at the time of breach does not apply in equity. It is in this sense that I read the statement of Street J. in *Re Dawson, supra*, that "causation, foreseeability and remoteness do not readily enter into the matter" (quoted in *Guerin* at p. 360), and the broad language of *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159 (relied on by Street J.), where in fact a causal link between the breach and the loss was found, the Court stating that had the trustees adhered to their duty "the property would not have been in a situation to sustain that loss" (at p. 404) (appropriation by a third party).

Thus while the loss must flow from the breach of fiduciary duty, it need not be reasonably foreseeable at the time of the breach, as *Guerin* affirms. The considerations applicable in this respect to breach of fiduciary duty are more analogous to deceit than negligence in breach of contract. Just as "it does not lie in the mouth of the fraudulent person to say that they [the losses] could not reasonably have been foreseen", (*Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.), at p. 167, so it does not lie in the mouth of a fiduciary who has assumed the special responsibility of trust to say the loss could not rea-

instance n'a pas non plus évalué le montant des dommages-intérêts comme étant simplement la différence entre la valeur du bail réellement signé et la valeur du terrain au moment du procès, ce qui serait le cas si le lien de causalité n'était pas pertinent. Il a plutôt conclu que, s'il n'y avait pas eu de manquement, la bande aurait éventuellement cédé le terrain à bail à des fins d'aménagement résidentiel. Il a tenu compte du temps qui aurait été requis pour la planification, les appels d'offres et les négociations, et il a également tenu compte du fait qu'une partie de la valeur des aménagements environnants à l'époque était attribuable à l'existence du terrain de golf. En d'autres mots, il a évalué, du mieux qu'il pouvait, la valeur de la possibilité réellement perdue en raison du manquement.

L'exigence que la perte résulte du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity* ne vient pas nier le fait que le «lien de causalité» au sens juridique, qui est limité par la prévisibilité au moment du manquement, ne s'applique pas en *equity*. C'est en ce sens que j'interprète la déclaration du juge Street dans l'arrêt *Re Dawson*, précité, selon laquelle [TRADUCTION] «les considérations de causalité, de prévisibilité et d'éloignement du dommage n'entrent pas aisément en ligne de compte» (cité dans *Guerin*, à la p. 360), et les termes généraux de l'arrêt *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159 (invoqué par le juge Street), où, en fait, on a trouvé un lien de causalité entre le manquement et la perte, la Cour déclarant que, si les fiduciaires s'étaient conformés à leur obligation, [TRADUCTION] «le bien n'aurait pas été susceptible d'être perdu de cette manière» (à la p. 404) (appropriation par un tiers).

Ainsi, bien que la perte doive résulter du manquement à une obligation fiduciaire, elle n'a pas à être raisonnablement prévisible au moment du manquement, comme on l'affirme dans *Guerin*. Les considérations applicables à cet égard au manquement à une obligation fiduciaire sont davantage semblables à celles qui sont applicables au dol qu'à celles qui sont applicables à la négligence dans l'inexécution d'un contrat. Tout comme [TRADUCTION] «il n'appartient pas au fraudeur de dire qu'elles [les pertes] n'auraient pas pu être raisonnablement prévues» (*Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.). à la

son ably have been foreseen. This is sound policy. In negligence we wish to protect reasonable freedom of action of the defendant, and the reasonableness of his or her action may be judged by what consequences can be foreseen. In the case of a breach of fiduciary duty, as in deceit, we do not have to look to the consequences to judge the reasonableness of the actions. A breach of fiduciary duty is a wrong in itself, regardless of whether a loss can be foreseen. Moreover the high duty assumed and the difficulty of detecting such breaches makes it fair and practical to adopt a measure of compensation calculated to ensure that fiduciaries are kept "up to their duty".

*Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* is likewise helpful in considering mitigation. Sachs L.J. stated, "the court must obviously take care not to include sums for consequences which may be due to the plaintiffs own unreasonable actions" (at p. 171). In a similar vein Winn L.J. remarked that:

... no element in the consequential position can be regarded as attributable loss and damage ... in any case where the person deceived has not himself behaved with reasonable prudence, reasonable common sense, or can in any true sense be said to have been the author of his own misfortune. The damage that he seeks to recover must have flowed directly from the fraud perpetrated upon him. (at p. 168)

(It should be noted that while in *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* Lord Denning said (hat "[t]here is nothing to be taken off in mitigation" this is because "there is nothing more that he could have done to reduce his loss" (at p. 167). In that case the plaintiff was indeed behaving as a reasonable and prudent person in the circumstances.)

The thrust of these *dicta* is that while the plaintiff will not be required to act in as reasonable and pru-

p. 167), il n'appartient pas non plus au fiduciaire qui a assumé la responsabilité particulière de la fiducie de dire que la perte n'aurait pas pu être raisonnablement prévue. C'est là un principe logique. Dans le cas de la négligence, nous voulons protéger une liberté raisonnable d'action du défendeur et il est possible de juger du caractère raisonnable de son action par les conséquences qui sont prévisibles. Dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, comme dans le cas du dol, nous n'avons pas à examiner les conséquences pour juger du caractère raisonnable des actions. Un manquement à une obligation fiduciaire est un méfait en soi, indépendamment de la question de savoir si une perte est prévisible. De plus, l'obligation importante assumée et la difficulté de déceler ces manquements rendent équitable et pratique l'adoption d'une méthode de calcul de l'indemnité qui assure que les personnes soumises à une obligation fiduciaire restent «à la hauteur de leur tâche».

L'arrêt *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* est également utile pour examiner la limitation du dommage. Le lord juge Sachs dit que [TRADUCTION] «la cour doit évidemment veiller à ne pas inclure des montants pour des conséquences qui peuvent être attribuables aux actions déraisonnables du demandeur lui-même» (à la p. 171). Dans le même esprit, le lord juge Winn fait remarquer:

[TRADUCTION] ... aucun élément de la situation consé-  
quente ne peut être considéré comme une perte ou un  
dommage imputables [...] dans le cas où la personne  
victime de dol n'a pas elle-même fait preuve de pru-  
dence et de bon sens raisonnables en agissant, ou dont  
on peut vraiment dire qu'elle est la cause de son propre  
malheur. Les dommages-intérêts qu'elle tente de recou-  
vrer doivent résulter directement de la fraude perpétrée à  
son égard. (à la p. 168)

Il convient de souligner que, bien que, dans l'arrêt *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, lord Denning ait dit que [TRADUCTION] «[r]ien ne doit être supprimé en matière de limitation du dommage», c'est parce qu'«il n'y a rien de plus qu'il aurait pu faire pour réduire sa perte» (à la p. 167). Dans cette affaire, le demandeur s'était conduit, en effet, comme une personne raisonnable et prudente dans les circonstances.

Ces observations incidentes portent essentiellement que, bien que le demandeur ne soit pas tenu

dent a manner as might be required in negligence or contract, losses stemming from the plaintiffs unreasonable actions will be barred. This is also sound policy in the law of fiduciary duty. In negligence and contract the law limits the actions of the parties who are expected to pursue their own best interest. Each is expected to continue to look after their own interests after a breach or tort, and so a duty of mitigation is imposed. In contrast, the hallmark of fiduciary relationship is that the fiduciary, at least within a certain scope, is expected to pursue the best interest of the client. It may not be fair to allow the fiduciary to complain when the client fails forthwith to shoulder the fiduciary's burden. This approach to mitigation accords with the basic rule of equitable compensation that the injured party will be reimbursed for all losses flowing directly from the breach. When the plaintiff, after due notice and opportunity, fails to take the most obvious steps to alleviate his or her losses, then we may rightly say that the plaintiff has been "the author of his own misfortune." At this point the plaintiff's failure to mitigate may become so egregious that it is no longer sensible to say that the losses which followed were caused by the fiduciary's breach. But until that point mitigation will not be required. This said, it must also be emphasized that behaviour by the defendant which is a not unreasonable attempt to make the best of a difficult situation, as in *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd. or Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.), will not be penalized.

A related question which must be addressed is the time of assessment of the loss. In this area tort and contract law are of little help. There the general rule is that damages are assessed based on the value of the shares as at the time of the wrongful act, in view of what was then foreseeable, either by a reasonable

d'agir aussi raisonnablement et prudemment qu'il pourrait l'être en matière de négligence ou de contrat, les pertes résultant de ses actes déraisonnables seront exclues. C'est également un principe logique en droit relatif aux obligations fiduciaires. En matières de négligence et de contrat, le droit limite les actions des parties qui sont censées poursuivre leur propre intérêt. Chacun est censé continuer à s'occuper de ses propres intérêts après un manquement ou un délit civil, et il existe ainsi une obligation de limiter le dommage subi. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise par le fait que la personne soumise à une obligation découlant d'un pareil rapport est, au moins dans une certaine mesure, censée veiller au meilleur intérêt du client. Il n'est peut-être pas juste de permettre à la personne soumise à une obligation fiduciaire de se plaindre lorsque le client omet aussitôt d'endosser la charge de cette personne. Cette façon d'aborder la limitation du dommage est conforme à la règle fondamentale de l'indemnisation fondée sur l'*equity*, voulant que la partie lésée soit remboursée de toutes les pertes résultant directement du manquement. Lorsque le demandeur, après avoir reçu un avis en bonne et due forme et avoir eu la possibilité raisonnable de le faire, ne prend pas les mesures qui lui permettront le plus manifestement de limiter ses pertes, nous pouvons alors dire à juste titre qu'il a été (TRADUCTION] «la cause de son propre malheur». À ce point-là, l'omission du demandeur de limiter ses dommages peut devenir insigne au point qu'il n'est plus raisonnable de dire que les pertes qui ont résulté ont été causées par le manquement de la personne à qui il faisait confiance. Mais jusque-là, la limitation du dommage n'est pas requise. Cela dit, il faut aussi souligner que le défendeur ne sera pas pénalisé pour avoir adopté une conduite qui ne constitue pas une tentative déraisonnable de tirer le meilleur parti d'une situation difficile, comme c'était le cas dans l'affaire *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* ou dans l'affaire *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, (1976] Q.B. 801 (C.A.).

Une question connexe qu'il nous faut aborder est le moment de l'évaluation de la perte. Dans ce domaine, le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats ne sont guère utiles. La règle générale veut que les dommages-intérêts soient évalués en fonction de la valeur des actions au

person, or in the particular expectation of the parties. Various exceptions or apparent exceptions are made for items difficult to value, such as shares traded in a limited market. The basis of compensation at equity, by contrast, is the restoration of the actual value of the thing lost through the breach. The foreseeable value of the items is not in issue. As a result, the losses are to be assessed as at the time of trial, using the full benefit of hindsight: *Guerin, supra*.

It may sometimes be necessary to qualify this general principle to recognize the plaintiffs responsibility not to act unreasonably. It may not be fair, for example, to allow a plaintiff who has discovered the breach to speculate at the expense of the fiduciary. If a fiduciary holds out an investment as secure when in reality it is highly speculative, the injured party should not be able to retain the investment in unreasonable hope of a fortuitous rise in value, secure in the knowledge that any loss will be borne by the fiduciary. In such a case, the court might conclude that the loss should be assessed as at the time at which the behaviour of the plaintiff becomes clearly unreasonable. Mitigation, where losses are assessed as at the time of trial but adjusted to account for what might have been saved, will be appropriate where the losses which might have been prevented are separable from the underlying value of the thing lost; for instance, consequential losses. Adjusting the time of assessment will be more appropriate where the actions or omissions of the plaintiff directly affect the value of the thing lost. No doubt the final award will sometimes be the same under either approach.

The requirement that the loss flow from the breach also assists in determining responsibility for the acts of strangers or third parties. If the breach permits a third party to take an unlawful advantage causing loss to the plaintiff, the fiduciary will be liable because there is a causal link between the breach and the loss. This was the case in *Caffrey v. Darby, supra*, where a

moment où a été commis l'acte préjudiciable, compte tenu de ce qui était alors prévisible, soit pour une personne raisonnable soit selon l'attente particulière des parties. Il existe diverses exceptions ou des exceptions manifestes pour les articles difficiles à évaluer, comme les actions vendues sur un marché limité. Par contre, l'indemnisation en *equity* repose sur la restitution de la valeur réelle de l'article perdu à cause du manquement. La valeur prévisible des articles n'est pas en cause. Par conséquent, les pertes doivent être évaluées au moment du procès, en bénéficiant pleinement de la rétrospective: *Guerin, précité*.

Il peut parfois être nécessaire de tempérer ce principe général afin de reconnaître l'obligation qu'a le demandeur de ne pas agir déraisonnablement. Il n'est peut-être pas juste, par exemple, de permettre au demandeur qui a découvert le manquement de spéculer au dépens de la personne soumise à l'obligation fiduciaire. Si cette dernière présente un placement comme étant sûr alors qu'en réalité il est très spéculatif, la partie lésée ne devrait pas pouvoir garder le placement dans l'espoir déraisonnable d'une augmentation imprévue de sa valeur et en ayant la certitude que toute perte sera supportée par la personne à qui elle a fait confiance. En pareil cas, la cour pourrait conclure que la perte devrait être évaluée au moment où le comportement du demandeur devient manifestement déraisonnable. La limitation du dommage, lorsque les pertes sont évaluées au moment du procès mais sont rajustées pour tenir compte de ce qui aurait pu être sauvé, est appropriée lorsque les pertes qui auraient pu être évitées peuvent être séparées de la valeur fondamentale de la chose perdue; par exemple, les pertes indirectes. Le rajustement du moment de l'évaluation est plus approprié lorsque les actions ou les omissions du demandeur influent directement sur la valeur de la chose perdue. Il ne fait pas de doute que le montant finalement accordé sera parfois le même selon l'une ou l'autre méthode.

L'exigence que la perte résulte du manquement aide également à déterminer la responsabilité relative aux actes d'étrangers ou de tiers. Si le manquement permet à un tiers de tirer un avantage illicite qui cause une perte au demandeur, la personne soumise à une obligation fiduciaire sera responsable car il existe un lien de causalité entre le manquement et la perte.

trustee whose neglect permitted another to abscond with trust property was held liable for that loss. Where, on the other hand, the plaintiff suffers loss as a result of the act of a third party after the fiduciary's obligation has terminated and the plaintiff has taken control of the property, the result will be otherwise.

In summary, compensation is an equitable monetary remedy which is available when the equitable remedies of restitution and account are not appropriate. By analogy with restitution, it attempts to restore to the plaintiff what has been lost as a result of the breach; i.e., the plaintiffs lost opportunity. The plaintiffs actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach. The plaintiff will not be required to mitigate, as the term is used in law, but losses resulting from clearly unreasonable behaviour on the part of the plaintiff will be adjudged to flow from that behaviour, and not from the breach. Where the trustee's breach permits the wrongful or negligent acts of third parties, thus establishing a direct link between the breach and the loss, the resulting loss will be recoverable. Where there is no such link, the loss must be recovered from the third parties.

I come finally to the application of these principles to this case. The breach of fiduciary duty is conceded, as is the fact that the plaintiffs would not have bought an interest in the property and the joint venture had there been no breach. This establishes that the breach of fiduciary resulted in the acquisition of this interest. The question is whether, applying a common sense view of causation, the further losses sustained in the course of construction can be said to have resulted or flowed from the breach of fiduciary duty.

C'était le cas dans l'affaire *Caffrey v. Darby*, précitée, dans laquelle un fiduciaire dont la négligence a permis à une autre personne de s'enfuir avec les biens en fiducie a été tenu responsable de cette perte. Si, par contre, le demandeur subit une perte à la suite de l'acte accompli par un tiers après que l'obligation du fiduciaire a pris fin et que le demandeur a pris le contrôle du bien, il en ira autrement.

*b* En résumé, l'indemnisation est une mesure de redressement pécuniaire fondée sur l'*equity* à laquelle on peut avoir recours lorsque les redressements d'*equity* que sont la restitution et la reddition de comptes ne conviennent pas. Par analogie avec la restitution, elle tente de rendre au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement, c'est-à-dire la possibilité qu'il a perdue. La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement. Le demandeur n'est pas tenu de limiter le dommage, selon l'expression utilisée en droit, mais les pertes résultant d'un comportement manifestement déraisonnable de la part du demandeur seront considérées comme découlant de ce comportement, et non pas du manquement. Lorsque le manquement commis par le fiduciaire permet à des tiers d'accomplir des actes préjudiciables ou négligents, ce qui a ainsi pour effet d'établir un lien direct entre le manquement et la perte, la perte en résultant pourra être recouvrée. Lorsqu'il n'existe aucun lien de ce genre, la perte doit être recouvrée auprès des tiers.

*h* J'arrive enfin à l'application de ces principes au présent pourvoi. Le manquement à l'obligation fiduciaire est admis, de même que le fait que les demanderessees n'auraient pas acquis une participation dans les biens et l'entreprise conjointe s'il n'y avait pas eu manquement. Cela prouve que le manquement à l'obligation fiduciaire a entraîné l'acquisition de cette participation. La question est de savoir si, selon une conception normale du lien de causalité, les autres pertes subies au cours de la construction peuvent être considérées comme ayant résulté du manquement à l'obligation fiduciaire.

In my view, the answer to this question is no. The construction loss was caused by third parties. There is no link between the breach of fiduciary duty and this loss. The solicitor's duty had come to an end and the plaintiffs had assumed control of the property. This loss was the result, not of the solicitor's breach of duty, but of decisions made by the plaintiffs and those they chose to hire. To put in the terms of Wilson J. in *Guerin*, what the plaintiffs lost as a result of the breach of fiduciary duty was the opportunity to say no to acquisition of the property represented by the joint venture. The difference in the price represented by the secret profit, together with expenditures incidental to the acquisition, restores that lost opportunity. Thereafter, recourse does not lie in equity against the solicitor, whose duty and control had ended, but against others. (The trial judge awarded what he termed consequential damages. It is not clear what these consist of and whether they could be said to flow from the breach itself. As the point was not argued, I would not disturb this award.)

This result accords with common sense and policy. If fiduciaries on land transactions who breach their fiduciary duty were responsible not only for losses flowing from the fiduciary breach but for all wrongful acts associated with the property thereafter which cause loss to the plaintiff, they would not only be deterred from breach of duty, but rendered impotent. Insurance rates for solicitors would rise (if insurance could be obtained) and the costs of providing the services would increase accordingly. If such a result were necessary to protect innocent purchasers or deter misconduct, perhaps a case could be made for it. But it is not necessary as a policy of the law. The law gives a plaintiff other remedies. It is fairer that losses arising from construction on the property after the purchase be borne by those who assume responsibility for the construction rather than by the solicitor who acted in the purchase transaction. Where construction is concerned, it is their negligent con-

À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. La perte relative à la construction a été causée par des tiers. Il n'existe pas de lien entre le manquement à l'obligation fiduciaire et cette perte. L'obligation de l'avocat avait pris fin et les demanderessees avaient pris le contrôle des biens. Cette perte résultait non pas du manquement par l'avocat à son obligation mais de décisions prises par les demanderessees et ceux qu'elles ont choisi d'embaucher. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, ce que les demanderesses ont perdu, par suite du manquement à l'obligation fiduciaire, est la possibilité de dire non à l'acquisition des biens représentés par l'entreprise conjointe. La différence de prix représentée par le bénéfice secret, conjuguée aux dépenses accessoires à l'acquisition, compense pour la possibilité perdue. Après cela, il n'y a, en *equity*, aucun recours contre l'avocat dont l'obligation et le contrôle avaient pris fin, mais il en existe un contre d'autres personnes. (Le juge de première instance a accordé ce qu'il a appelé des dommages-intérêts indirects. Il n'est pas clair en quoi ceux-ci consistent et s'ils pourraient être considérés comme résultant du manquement lui-même. Comme ce point n'a pas été débattu, je suis d'avis de ne pas modifier cette indemnité.)

Ce résultat est conforme au bon sens et est valable en principe. Si les personnes qui contreviennent à une obligation fiduciaire, en matière d'opérations immobilières, étaient responsables non seulement des pertes résultant du manquement à leur obligation, mais encore de tous les actes préjudiciables associés aux biens qui entraînent, par la suite, une perte pour le demandeur, elles seraient non seulement dissuadées de commettre un manquement à leur obligation mais elles ne seraient plus en mesure d'agir. Les primes d'assurances applicables aux avocats augmenteraient (à supposer qu'il leur soit encore possible d'obtenir de l'assurance) et les coûts de prestation des services croîtraient en conséquence. S'il fallait en arriver à un tel résultat pour protéger les acheteurs innocents ou dissuader l'inconduite, il serait peut-être possible d'en démontrer le bien-fondé. Mais ce n'est pas nécessaire en tant que principe de droit. Le droit accorde d'autres recours à un demandeur. Il est plus équitable que les pertes résultant de la construction sur le bien-fonds après l'achat soient supportées par ceux qui sont responsables de la construction plutôt



duct—not the solicitor's—which the law should seek to deter.

que par l'avocat qui a agi dans l'opération d'achat. En ce qui concerne la construction, c'est leur conduite négligente, et non celle de l'avocat, que le droit devrait tenter de prévenir.

For these reasons I would dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

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

LA FOREST J.—This case concerns the extent to which a person who has suffered loss from a breach of a fiduciary obligation may recover for that loss from the person who has committed the breach. Specifically, what is the extent of liability of a solicitor who, in handling a real estate transaction, failed to disclose to the purchasers a secret profit made by a third party? Is the solicitor responsible only for losses directly flowing from the breach of duty itself, or is he also liable for loss caused by an intervening act unrelated to that breach, in this case loss caused by subsidence of a building resulting from the fault of engineers and pile-drivers in carrying out the project known by the parties to be the purpose for the acquisition of the property? The purchasers were unable to execute fully upon judgments in an action in negligence against the engineers and pile-drivers for the damage caused by the subsidence. The question here is whether they can recover the shortfall by the present action for breach of fiduciary duty.

LE JUGE LA FOREST—Il est question en l'espèce de la mesure dans laquelle une personne qui a subi une perte par suite du manquement à une obligation fiduciaire (découlant d'un rapport de confiance) peut se faire dédommager de cette perte par l'auteur du manquement. Plus précisément, il s'agit de déterminer le degré de responsabilité d'un avocat qui, en s'occupant d'une transaction immobilière, a omis de révéler aux acquéreurs un bénéfice secret réalisé par un tiers. La responsabilité de l'avocat se limite-t-elle aux pertes découlant directement du manquement lui-même ou s'étend-elle également à la perte occasionnée par un acte intermédiaire étranger à ce manquement, en l'occurrence la perte résultant de l'affaissement d'un immeuble causé par la faute d'ingénieurs et d'une entreprise de battage de pieux dans l'exécution d'un projet qui, à la connaissance des parties, constituait le but de l'acquisition du bien-fonds? Les acquéreurs n'ont pu obtenir l'exécution intégrale des jugements rendus dans le cadre d'une action pour négligence intentée contre les ingénieurs et l'entreprise de battage de pieux par suite du dommage causé par l'affaissement. La question qui se pose en l'espèce est de savoir s'ils peuvent, au moyen de la présente action pour manquement à une obligation fiduciaire, obtenir le solde impayé.

### Facts

At the outset, it should be noted that the action was commenced as a special case before the British Columbia Supreme Court in which a question of law was put on the basis of an agreed statement of facts. It should also be observed that while there are several respondents, the principal question examined by the courts below was the liability of the solicitor, the respondent Wollen.

### Les faits

Notons au départ que l'action a été engagée par voie d'exposé de cause saisissant la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une question de droit formulée en fonction d'un exposé conjoint des faits. À souligner également: bien qu'il y ait plusieurs intimés, la question principale étudiée par les tribunaux d'instance inférieure concernait la responsabilité de l'avocat, c'est-à-dire de l'intimé Wollen.

The facts are as follows. In May, 1977, on the proposal of the respondent Treit, the appellants, Canson Enterprises Ltd. and Fealty Enterprises Ltd., and the respondent, Peregrine Ventures Inc., agreed to purchase a piece of property and to enter a joint venture to develop it. The purchasers agreed to pay Treit a commission of 15 percent of any profit on resale. Unknown to Canson and Fealty, but known to Peregrine, Treit had arranged for an intermediate company, Sun-Mark Development Corporation, to share in the profit from the sale, a profit from which Treit would share equally. This profit came about because Sun-Mark had entered an interim agreement to buy the land from the vendors, Mr. and Mrs. Henderson, for \$410,000. The price paid by the purchasers was \$525,000, so the secret profit to Peregrine and Treit from the "flip" was \$115,000. According to the agreed facts, the appellant purchasers, Canson and Fealty, would not have purchased the property or entered into the joint venture had they known of the interim agreement with Sun-Mark.

The alleged breach of fiduciary duty arose out of the following circumstances. The solicitor, Wollen, of the defendant law firm, Boughton & Co., acted for the purchasers in the preparation of the conveyance and joint venture agreement. He also acted for Sun-Mark in its purchase and resale of the property, but did not disclose to the appellant purchasers that the property was not being purchased directly from the Hendersons. Furthermore, Wollen prepared the statement of adjustments for the vendors (the Hendersons) showing the sale price to be \$410,000, and also prepared the statement of adjustments for the purchasers (the appellants and Peregrine) showing the price to be \$525,000 and the vendors to be the Hendersons. Therefore, this statement of adjustments did not disclose Sun-Mark's interest. Wollen paid over the \$115,000 secret profit to Sun-Mark and did not disclose this payment to the appellants. Although the conveyance he prepared transferred the property directly from the Hendersons to the appellants and Peregrine, Wollen did not apportion the land title fees or the conveyancing fees between Sun-Mark and the

Voici les faits. En mai 1977, à l'invitation de l'intimé Treit, les appelantes, Canson Enterprises Ltd. et Fealty Enterprises Ltd., et l'intimée Peregrine Ventures Inc. ont convenu d'acheter un terrain et d'entreprendre conjointement son aménagement. Les acquéreurs ont accepté de verser à Treit une commission de 15 pour 100 sur tout bénéfice réalisé lors de la revente. À l'insu de Canson et de Fealty, mais non de Peregrine, Treit s'était arrangé pour qu'une société intermédiaire, Sun-Mark Development Corporation, partage le bénéfice provenant de la vente, bénéfice dont Treit recevrait une part égale. Ce bénéfice venait de ce que Sun-Mark avait conclu une entente intermédiaire prévoyant l'achat du bien-fonds aux vendeurs, M. et M<sup>me</sup> Henderson, au prix de 410 000\$. Comme les acquéreurs ont payé 525 000 \$, le bénéfice secret que cette opération d'achat et de revente successifs a rapporté à Peregrine et à Treit était de 115 000\$. D'après l'exposé conjoint des faits, les acquéreurs appelants, Canson et Fealty, n'auraient pas fait l'acquisition du bien-fonds ni ne se seraient lancées dans l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant de l'entente intermédiaire avec Sun-Mark.

e

Le manquement à l'obligation fiduciaire aurait eu lieu dans les circonstances suivantes. L'avocat, Wollen, qui faisait partie du cabinet juridique défendeur, Boughton & Co., a agi pour le compte des acquéreurs dans la préparation de l'acte translatif de propriété et du contrat d'entreprise conjointe. Il a en outre représenté Sun-Mark dans l'achat et la revente du bien-fonds, mais il n'a pas révélé aux acquéreurs appelants qu'elles n'achetaient pas le terrain directement aux Henderson. De plus, Wollen a dressé l'état des rajustements pour les vendeurs (les Henderson), sur lequel figurait un prix d'achat de 410 000 \$. Il a également établi l'état des rajustements pour les acquéreurs (les appelantes et Peregrine), sur lequel le prix indiqué était de 525 000 \$ et les Henderson étaient inscrits comme vendeurs. Ce dernier document ne révélait donc pas l'intérêt de Sun-Mark. Wollen a remis à Sun-Mark le bénéfice secret de 115 000 \$, sans en informer les appelantes. Quoique l'acte translatif de propriété qu'il a dressé ait effectué la cession directe du bien-fonds par les Henderson aux appelantes et Peregrine, Wollen n'a réparti ni les frais d'enregistrement des droits immobiliers ni les frais de préparation de l'acte translatif de propriété entre Sun-Mark

j

appellants but rather rendered a bill to the appellants and Peregrine for the entire amount of his services.

Following the purchase, the appellants proceeded with a warehouse development on the property, but suffered substantial losses when piles supporting a warehouse constructed on the property began to sink, causing extensive damage to the building. The appellants then brought action in the British Columbia County Court against the soils engineers and a pile-driving company retained by the purchasers for the damage to the warehouse. At trial, the soils engineers were found negligent in failing to detect a layer of peat in the soil, and damages of \$4,920,200.33 were awarded against them. On appeal, the pile-driving company was also found liable in damages for breach of contract. As a result of the inability of the pile-driving company to pay, the matter was settled for a sum less than that awarded at trial. The engineering firm was unable to pay any part of the damage award, and the mortgage company, from which the appellants and Peregrine had borrowed funds, ultimately foreclosed on the property. The appellants and Peregrine received the proceeds of the settlement of the lawsuit, but were left with a shortfall of \$801,290 for Canson and \$280,000 for Fealty.

The appellants then commenced the present action against the respondent solicitor and his law firm for the amount of the shortfall, alleging that the failure to disclose the secret profits was actionable as deceit or breach of fiduciary duty. As indicated above, the action was brought as a special case pursuant to Rule 33 of the *British Columbia Supreme Court Rules, 1976* on the basis of an agreed statement of facts. The sole issue before the court was whether and what damages were recoverable from the defendants (respondents), assuming the facts in the agreed statement were true.

et les appelantes, mais a plutôt facturé aux appelantes et à Peregrine la totalité de ses services.

À la suite de l'achat, les appelantes ont procédé à la construction d'un entrepôt sur le terrain. Elles ont toutefois essuyé d'importantes pertes quand des pieux de fondation soutenant l'entrepôt se sont mis à s'affaisser, causant de lourds dommages à l'immeuble. Les appelantes ont alors intenté contre les ingénieurs des sols et une entreprise de battage de pieux, dont les acquéreurs avaient retenu les services, une action en Cour de comté de la Colombie-Britannique pour les dommages causés à l'entrepôt. En première instance, la cour a jugé que les ingénieurs des sols avaient fait preuve de négligence en ne détectant pas une couche de tourbe dans le sol et ils ont été condamnés à verser 4 920 200,33 \$ de dommages-intérêts. En appel, on a jugé que l'entreprise de battage de pieux était également tenue de verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. En raison de l'impossibilité de payer dans laquelle se trouvait l'entreprise de battage de pieux, les parties se sont entendues sur le paiement d'une somme inférieure à celle accordée au procès. Quant au cabinet d'ingénieurs, il n'a rien pu payer des dommages-intérêts auxquels il avait été condamné et la société de prêts hypothécaires qui avait avancé des fonds aux appelantes et à Peregrine a finalement saisi le bien hypothéqué. Les appelantes et Peregrine ont touché le produit du règlement du litige, mais il restait un solde impayé de 801 290 \$ dans le cas de Canson et de 280 000\$ dans celui de Fealty.

Les appelantes ont ensuite intenté, contre l'avocat intimé et le cabinet auquel il appartenait, la présente action en recouvrement du solde impayé. Elles faisaient valoir que l'omission de divulguer le bénéfice secret donnait lieu à une action pour dol ou pour manquement à une obligation fiduciaire. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, l'action a été engagée par voie d'exposé de cause conformément à l'art. 33 des *British Columbia Rules of Court* de 1976, sur la base d'un exposé conjoint des faits. Les seules questions soumises à la cour étaient de savoir, à supposer que les faits énoncés dans l'exposé conjoint étaient exacts, si les défendeurs (intimés) pouvaient être condamnés à verser des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel pourrait en être le montant.

## Judicial History

*Supreme Court of British Columbia* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46

The case came before Macdonell J. of the Supreme Court of British Columbia in chambers. He found the solicitor Wollen was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty. The judge then went on to consider the issue of damages. Up to the decision of this Court in *Guerin v. The Queen*, (1984] 2 S.C.R. 33S, he noted, the leading case in British Columbia on the fiduciary duty of solicitors was *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298 (B.C.S.C), afr'd [1983] 1 W.W.R. 327 (B.C.C.A.). In *Jacks*, a solicitor was found liable in damages for breach of fiduciary duty for failing to reveal secret profits made by an intermediate party in the sale and purchase of an apartment block which he handled. In assessing damages at trial, Anderson J. had held that the measure of damages for breach of fiduciary duty is the same as in a claim for damages in fraud. Thus, a defendant would be liable for all losses suffered by the plaintiff, subject to the limitations of mitigation, remoteness and intervening factors. On the appeal from that case, Hinkson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal, had upheld the quantum of damages ascertained at trial, but on the basis that these damages corresponded to the difference between the purchase price and the actual value of the property at the date of the purchase. Hinkson J.A. specifically stated that mitigation and remoteness need not enter into the assessment of damages.

Macdonell J. concluded that *Jacks* remained the leading case in British Columbia and was not affected by *Guerin*. The latter case, he held, was not applicable because the Crown in its fiduciary capacity was there holding property for the benefit of the

## L'historique des procédures judiciaires

*Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46

<sup>a</sup> L'affaire a été entendue en chambre par le juge Macdonell de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il a conclu que l'avocat Wollen n'avait pas commis de dol mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire. Le juge s'est alors penché sur la question des dommages-intérêts. Jusqu'à ce que notre Cour se prononce dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, (1984) 2 R.C.S. 335, a-t-il fait remarquer, la décision de principe en Colombie-Britannique sur la question de l'obligation fiduciaire des avocats était *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298 (C.S.C.-B.). conf. par [1983] 1 W.W.R. 327 (C.A.C.-B.). Dans l'affaire *Jacks*, un avocat a été condamné au versement de dommages-intérêts pour avoir manqué à une obligation fiduciaire en ne révélant pas les bénéfices secrets réalisés par une partie intermédiaire dans le cadre de la vente d'un immeuble d'habitation, dont il s'était occupé. En évaluant en première instance le montant des dommages-intérêts, le juge Anderson avait décidé que les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire se calculent de la même façon que dans le cas d'une action en dommage-intérêts pour fraude. Ainsi, un défendeur serait-il responsable de toutes les pertes subies par le demandeur, sous réserve des restrictions imposées par la limitation du dommage, par le principe de l'éloignement du dommage et par l'existence de facteurs intermédiaires. Cette décision a été portée en appel et le juge <sup>g</sup> Hinkson, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a maintenu le montant des dommages-intérêts fixé au procès, mais, cette fois, pour le motif que ces dommages-intérêts correspon-<sup>h</sup> daient à la différence entre le prix d'achat et la valeur réelle du bien-fonds à la date de son acquisition. Le juge Hinkson a précisé qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de la limitation du dommage et de son éloignement pour évaluer le montant des dommages-<sup>i</sup> intérêts.

Le juge Macdonell a conclu que la décision *Jacks* demeurait la décision de principe en Colombie-Britannique et que l'arrêt *Guerin* ne changeait rien à cet état de choses. Il a jugé celui-ci inapplicable parce qu'il s'agissait là d'un cas où Sa Majesté, en tant

Indian Band, and thus was more like a trustee than the solicitor in the case at bar. Moreover, the facts of *Guerin* were such that the issue of intervening acts and their impact on damages was not raised.

Macdonell J. concluded that the damages were not limited to the amount of the secret profit, and that the appellants were entitled to consequential damages limited by intervening factors. It is apparent that the chambers judge followed the trial level decision in *Jacks*. He held that the appellants were entitled to direct damages represented by the difference between the purchase price and the value of the property, which is equivalent to the amount of the secret profit, as well as unspecified consequential damages represented by expenses incurred on the warehouse project prior to the wrongful acts of the engineers and pile-drivers.

Finally, Macdonell J. held that all of the respondents were parties to concealing the secret profit and thus had breached their fiduciary duties and were accordingly liable in damages along with the solicitor and his firm. Additionally, Treit had committed the tort of deceit.

*Court of Appeal* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177

The Court of Appeal dismissed the appeal. Hutcheon J.A., with whom Carrothers and Lambert J.J.A. agreed, stated that the *Guerin* decision was clear authority for the proposition that a fiduciary who mishandles trust property and causes a loss is liable in damages to be calculated by analogy to trust law. In trust law, the measure of damages is not affected by considerations of foreseeability or remoteness. Therefore, if *Guerin* was applicable, the *Jacks* decision would no longer be good law in British Columbia. However, Hutcheon J.A. agreed with the chambers judge that *Guerin* was distinguishable in that it is limited to trust-like situations, i.e., situations where the fiduciary is holding the property beneficially for

qu'entité soumise à une obligation fiduciaire, détenait des terres au profit d'une bande indienne et, en conséquence, avait davantage la qualité d'un fiduciaire (*trustee*) que l'avocat en l'espèce. De plus, les faits de l'affaire *Guerin* étaient tels que la question des actes intermédiaires et de leurs répercussions sur les dommages-intérêts n'a pas été soulevée.

D'après le juge Macdonell, les dommages-intérêts ne se limitaient pas au montant du bénéfice secret et les appelantes avaient le droit d'être indemnisées des dommages indirects, sous réserve des facteurs intermédiaires. Il appert que le juge en chambre a suivi la décision de première instance dans l'affaire *Jacks*. Il a statué en effet que les appelantes avaient droit, à titre d'indemnisation pour les dommages directs, à un montant représenté par la différence entre le prix d'achat et la valeur du bien-fonds, soit l'équivalent du montant du bénéfice secret, ainsi qu'à un montant indéterminé à titre d'indemnisation pour les dommages indirects représentés par les dépenses engagées relativement au projet de construction de l'entrepôt antérieurement aux actes fautifs des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux.

Enfin, le juge Macdonell a décidé que tous les intimés avaient participé à la dissimulation du bénéfice secret et avaient ainsi manqué à leurs obligations fiduciaires. Ils étaient donc tenus de verser des dommages-intérêts au même titre que l'avocat et son cabinet. Treit, pour sa part, avait commis en outre le délit civil de dol.

*Cour d'appel* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177

La Cour d'appel a rejeté l'appel. Le juge Hutcheon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Carrothers et Lambert, a dit que l'arrêt *Guerin* établissait clairement qu'une personne soumise à une obligation fiduciaire (*fiduciary*), qui gère mal des biens en fiducie et qui cause de ce fait une perte, est tenue au paiement de dommages-intérêts à calculer par analogie avec le droit des fiducies. Or, en droit des fiducies, le calcul des dommages-intérêts ne tient aucunement aux considérations de prévisibilité ou d'éloignement du dommage. À supposer donc que l'arrêt *Guerin* soit applicable, la décision *Jacks* ne ferait plus jurisprudence en Colombie-Britannique. Toutefois, à l'instance du juge en chambre, le juge Hutcheon a estimé

another. Since the solicitor in the present case was not holding the property for the appellants, *Guerin* did not apply. Instead, Hutcheon J.A. purported to apply *Jacks* and held, at p. 186, that the shortfall was not recoverable, because such damages did not flow from the breach of the fiduciary obligation, but "were the result of unrelated and entirely independent problems in the construction of the warehouse, caused by the fault of the soils engineer and pile-driving contractor". In his view, "the consideration of remoteness applies to the breach of fiduciary duty alleged in this case".

Lambert J.A.'s agreed with Hutcheon J.A.'s reasons but went on to give reasons of his own. He was of the view that *Guerin* did not establish a single new remedy applicable to every case that is categorized as a breach of fiduciary duty. In *Guerin*, the remedy was linked to the proprietary aspect of the case, and the nature of the fiduciary relationship was *sui generis* because of the unique nature of the relationship between the parties. Since the case at bar did not involve trust property or a trust obligation, *Guerin*, he held, was not applicable.

Lambert J.A. emphasized that the remedy for breach of fiduciary duty cannot be established on the basis of a body of rigid rules, at p. 182:

The rubric "breach of fiduciary duty" has come to encompass so many different types of liability that it is not now possible to determine the appropriate remedy by defining the wrong simply as a "breach of fiduciary duty". It is necessary, instead, to look through the categorization of the wrong as a "breach of fiduciary duty" to the true nature of the wrong, and to move from there to the determination of the remedy. The nature of the wrong and the nature of the loss, not the nature of the cause of action, will dictate the scope of the remedy.

que l'arrêt *Guerin* pouvait être distingué car il ne s'applique qu'aux cas analogues à des fiducies, c.-à-d. aux situations où la personne soumise à une obligation fiduciaire délient les biens au profit d'autrui. Comme l'avocat en l'espèce ne détenait pas le bien-fonds au profit des appelantes, l'arrêt *Guerin* était inapplicable. Disant plutôt appliquer la décision *Jacks*, le juge Hutcheon a rejeté, à la p. 186, la demande des appelants visant à obtenir le solde impayé pour le motif qu'il s'agissait d'un dommage qui ne découlait pas du manquement à l'obligation fiduciaire, mais qui [TRADUCTION] «résultait de difficultés non reliées et tout à fait indépendantes éprouvées dans la construction de l'entrepôt, lesquelles étaient imputables à la faute de l'ingénieur des sols et de l'entreprise de battage de pieux». Selon lui, [TRADUCTION] «l'éloignement du dommage joue dans le cas du manquement à une obligation fiduciaire qui aurait été commis en l'espèce».

Le juge Lambert, quoique souscrivant aux motifs du juge Hutcheon, a néanmoins rédigé ses propres motifs. À son avis, l'arrêt *Guerin* ne venait pas établir un nouveau redressement unique applicable à tous les cas de manquement à une obligation fiduciaire. Dans l'arrêt *Guerin*, le redressement était lié au contrôle exercé par le fiduciaire sur la propriété et la nature des rapports fiduciaires était *sut generis* en raison de la nature exceptionnelle des rapports entre les parties. Comme il ne s'agit en l'espèce ni de biens en fiducie ni d'une obligation fiduciaire, a conclu le juge Lambert, l'arrêt *Guerin* est inapplicable.

Le juge Lambert a souligné que le redressement pour le manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être établi en fonction d'un ensemble de règles rigides, à la p. 182:

[TRADUCTION] L'expression «manquement à une obligation fiduciaire» en est venue à englober tant de types différents de responsabilité qu'il n'est plus possible de déterminer le redressement approprié en définissant la faute comme un simple «manquement à une obligation fiduciaire». Plutôt que de se borner à la qualifier de «manquement à une obligation fiduciaire», il faut rechercher la nature véritable de la faute pour ensuite déterminer le redressement. C'est à la nature de la faute et à la nature de la perte, et non pas à la nature de la cause d'action, que tiendra la portée du redressement.

In support of this approach, he referred to the decision of this Court in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574.

After stating that the court was bound by *Jacks*, Lambert J.A. went on to find that he would have reached the same result in any event. He disposed of the case as follows, at pp. 182-83:

My understanding of the effect of the fusion of law and equity is not simply that both systems are administered together by a single structure of courts, but that common law remedies may be awarded for what were purely equitable wrongs, and vice versa, and, in addition, that remedies which have aspects of both systems may be awarded for wrongs that have aspects of both systems. . . .

The leading case on a solicitor's breach of fiduciary duty is *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932. In that case the House of Lords was content to let the damages that had been awarded for common law actual fraud stand as the relief that should be awarded for breach of fiduciary duty constituting equitable fraud. That result was carried forward by this court in its judgement in *Jacks v. Davis*. In consequence, the award of damages by Mr. Justice Macdonell in this case rests not on common law principles and not on equitable principles but on the fused amalgam of those principles. That fusion has produced what this court, in *Jacks v. Davis*, decided was the appropriate remedy for a solicitor's failure to disclose material facts about a secret profit that was not retained by the solicitor. The remedy is damages equal to the amount by which the price paid exceeded the actual value, plus damages equal to consequential losses that are not too remote, with remoteness determined by a common sense view of the strength of causation and not by considerations of foreseeability or what the parties contemplated. In this case the intervening negligent acts put an end to the consequential losses.

The appellants now appeal to this Court.

Il a mentionné, à l'appui de ce point de vue, notre arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.

<sup>a</sup> Après avoir affirmé que la cour était liée par la décision *Jacks*, le juge Lambert a ajouté qu'en tout état de cause sa conclusion aurait été identique. Il a tranché l'appel de la manière suivante, aux pp. 182 et <sup>b</sup> 183:

[TRADUCTION] Selon moi, la fusion de la common law et de l'*equity* a pour résultat, non pas simplement que les deux systèmes sont administrés ensemble par un seul appareil judiciaire, mais que des redressements de common law peuvent être accordés pour des fautes relevant exclusivement de l'*equity*, et vice versa. En outre, des redressements qui, sous certains aspects, relèvent des deux systèmes, peuvent être accordés pour des fautes relevant, sous certains aspects, des deux systèmes. . . .

L'arrêt de principe relativement au manquement par un avocat à une obligation fiduciaire a été rendu dans l'affaire *Norton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932. Dans cette affaire, la Chambre des lords s'est contentée de permettre que les dommages-intérêts accordés pour une fraude réelle en common law servent également de redressement pour un manquement à une obligation fiduciaire constituant une fraude en *equity*. Cette conclusion a été adoptée par notre cour dans son arrêt *Jacks v. Davis*. Par conséquent, l'attribution de dommages-intérêts par le juge Macdonell, en l'espèce, ne repose ni sur des principes de common law ni sur des principes d'*equity*, mais sur l'ensemble de principes résultant de leur fusion. De cette fusion se dégage, d'après ce qu'a décidé notre cour dans l'arrêt *Jacks v. Davis*, le redressement approprié dans le cas de l'omission par un avocat de divulguer des faits pertinents au sujet d'un bénéfice secret qu'il n'a pas touché lui-même. Ce redressement revêt la forme de dommages-intérêts égaux au montant par lequel le prix d'achat dépasse la valeur réelle, plus des dommages-intérêts égaux aux perles indirectes, pourvu qu'elles ne soient pas trop indirectes, le caractère indirect étant à déterminer en appréciant à la lumière du bon sens la force du lien causal et non pas en tenant compte de la prévisibilité ou de ce qu'ont pu envisager les parties. En l'espèce, les actes négligents intermédiaires mis fin aux pertes indirectes.

<sup>j</sup> Les appelantes se pourvoient maintenant devant notre Cour.

## The Arguments

### *The Appellants' Arguments*

The task before this Court, the appellants noted, is to determine the proper measure of restitution for breach of fiduciary duty in the present case. If the action was one founded on breach of contract, it would be necessary to consider whether the damages suffered were within the reasonable contemplation of the parties. If the action was founded in negligence, it would be proper to apply principles of remoteness, foreseeability and intervening cause. And if the action was one for deceit or fraud, not only foreseeable but unforeseeable damages flowing from the deceit would be awarded, stopping, however, where the chain of causation was broken; see *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.); *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, at p. 426 (B.C.C.A.). *aff'd* by this Court, [1991] 3 S.C.R. 3. If the action were brought on any of these bases, then, the appellants could not recover for the very substantial damages that arose from the actions of the engineering firm and the pile-driving company.

The appellants do not, however, seek damages at common law. Rather, they seek compensation in equity for breach of fiduciary duty. Where concurrent liability lies in tort and contract and in equity, the appellants may sue in whatever manner they find most advantageous; see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 206; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92. at pp. 95-96 (Ch.).

And here, the appellants say, there is a distinct advantage to their relying on fiduciary duty. Where such equitable compensation for breach of a fiduciary duty, as distinct from common law damages, is sought, they argue, concepts of remoteness, intervening cause and foreseeability have no relevance. A court of equity in exercising its jurisdiction to compensate for loss suffered by a plaintiff as a result of breach of a fiduciary relation is engaged in a process

## Les arguments

### *Les arguments des appelantes*

La tâche de notre Cour, ont fait remarquer les appelantes, consiste à déterminer la mesure de restitution qu'il convient d'accorder par suite du manquement à une obligation fiduciaire commis en l'espèce. S'il s'agissait d'une action fondée sur l'inexécution d'un contrat, il nous faudrait examiner si les parties pouvaient raisonnablement envisager les dommages subis. S'il s'agissait d'une action pour négligence, il y aurait lieu d'appliquer les principes de l'éloignement du dommage, de la prévisibilité et de la cause intermédiaire. Et dans l'hypothèse d'une action pour dol ou pour fraude, une indemnité serait accordée non seulement pour les dommages prévisibles, mais aussi pour les dommages imprévisibles découlant du dol, et ce, jusqu'à ce que soit rompue la chaîne de la causalité; voir *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.); *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, à la p. 426 (C.A.C.-B), *conf.* par notre Cour. [1991] 3 R.C.S. 3. Si l'action avait été intentée pour l'un quelconque de ces motifs, il aurait alors été impossible aux appelantes de se faire dédommager du préjudice considérable résultant des actes du cabinet d'ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux.

Les appelantes ne réclament cependant pas de dommages-intérêts en common law. Elles demandent plutôt une indemnisation en *equity* pour le manquement à une obligation fiduciaire. Lorsqu'il y a responsabilité concurrente en matières délictuelle et contractuelle et *en equity*, il est permis aux appelants d'intenter l'action qu'ils jugent la plus avantageuse; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la p. 206; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*. [1980] 2 All E.R. 92. aux pp. 95 et 96 (Ch.).

Et en l'espèce, les appelantes affirment qu'elles ont nettement intérêt à invoquer l'obligation fiduciaire. Selon elles, quand on demande l'indemnisation en *equity* pour manquement à une obligation fiduciaire, par opposition à des dommages-intérêts en common law, les concepts de l'éloignement, de la cause intermédiaire et de la prévisibilité n'ont aucune pertinence. Un tribunal *d'equity*, en exerçant sa compétence pour indemniser un demandeur d'une perte



of restitution. It seeks to put the plaintiff in as good a position as he or she would have been had the breach not occurred, citing *Brickenden v. London Loan & Savings Co.* (1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.), aff'g [1933] S.C.R. 257. Equity could order fiduciaries to replace property improperly acquired or to make compensation for property lost. The appellants advance the position that there is no difference between the approach that should be taken to trust situations and a breach of a fiduciary duty of the kind that occurred in the present case.

The appellants draw comfort from this Court's decision in *Guerin*. In *Guerin*, the Crown had accepted a surrender from the plaintiff Indians of their aboriginal title to land on the understanding that the land would be leased to a golf club on certain specified conditions. In fact, the Crown leased it on another basis and so acted contrary to its obligation by statute and common law to deal fairly with the Indians. Three of the judges agreed (*per* Wilson J.) that on surrender the relationship of the Crown became that of a full fledged trustee, but four (*per* Dickson J.) were of the view that the relationship of the Crown to the Indians was not that of a full fledged trustee in equity but was a *sui generis* relationship; it was a fiduciary relation akin to a trust. The remaining judge, Estey J., arrived at his conclusion independently on the basis of an agency relationship, a view not directly relevant here. Despite their divergencies regarding the nature of the relationship between the Crown and the Indians, all the judges were agreed that the compensation to the Indians should be calculated on the same basis as a breach of trust. What the Court sought to do was to place the Indians, so far as money could do it, in the same position as they would have been but for the breach of the Crown's obligation to the Indians. The appellants argue that the same approach should be adopted here. In the present case, the fiduciary, by failing to disclose facts which he had a duty to disclose, caused the appellants to embark on a financially disastrous

qu'il a subie par suite de la violation d'un rapport fiduciaire, se livre en fait à un processus de restitution. Il cherche à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se serait trouvé n'eût été la violation; voir *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.), conf. [1933] R.C.S. 257. l'*equity* permettait d'ordonner à des personnes soumises à une obligation fiduciaire de remplacer les biens irrégulièrement acquis ou d'effectuer un dédommagement pour les biens perdus. Or, les appelantes font valoir qu'il n'y a pas de différence entre l'approche à adopter dans le cas d'une fiducie et celle à adopter dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire du genre commis en l'espèce.

Les appelantes s'appuient sur l'arrêt *Guerin* de notre Cour. Dans l'affaire *Guerin*, Sa Majesté avait accepté la cession par les Indiens demandeurs de leur droit de propriété ancestral sur certaines terres, étant entendu que ces terres seraient louées à un club de golf selon des modalités déterminées. En fait, Sa Majesté a consenti un bail comportant des dispositions différentes et a donc manqué à l'obligation que lui imposaient la loi et la common law d'agir équitablement envers les Indiens. Trois juges (motifs rédigés par le juge Wilson) ont estimé que, dès la cession, le rapport entretenu par Sa Majesté devenait celui d'un fiduciaire à part entière, tandis que quatre (motifs rédigés par le juge Dickson) étaient d'avis que le rapport qui existait entre Sa Majesté et les Indiens était non pas celui d'un fiduciaire à part entière en *equity*, mais bien un rapport *sui generis*: il s'agissait en réalité d'un rapport fiduciaire s'apparentant à une fiducie. Quant au juge Estey, il a fait cavalier seul, concluant à l'existence d'un mandat, point de vue qui n'est pas directement pertinent en l'espèce. En dépit de leurs divergences d'opinions concernant la nature du rapport entre Sa Majesté et les Indiens, tous les juges ont été d'accord pour dire que le dédommagement des Indiens devait se calculer de la même façon que dans le cas d'un manquement aux obligations du fiduciaire. La Cour s'est donc efforcée de mettre les Indiens, dans la mesure où l'argent permettait de le faire, dans la situation où ils se seraient trouvés n'eût été le manquement par Sa Majesté à son obligation envers eux. D'après les appelantes, c'est cette même approche qu'il faudrait adopter en l'es-

venture which they would not have undertaken but for the failure of the fiduciary to reveal the truth.

The courts below, the appellants contend, fell "into error because of a misplaced concern with concepts of common sense and reasonableness", thus ignoring the long established principle of equity that a fiduciary in breach must make good any loss incurred by the beneficiary. They maintain that the Court of Appeal erred in making a distinction between fiduciaries who hold property and fiduciaries who simply owe a duty of good faith and disclosure. According to the appellants, no such distinction was maintained by this Court in *Guerin*, and the same remedy applies against a faithless fiduciary as would apply against a trustee. Thus, equity will require restitution of the whole of the loss which occurred as a result of the breach of fiduciary duty, regardless of considerations of remoteness. The underlying reason for equity's approach was the need to compel fiduciaries to comply with strict standards of good faith and avoidance of conflicts of interests in the performance of their duties; see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. at p. 610. It would follow from what has been said that the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Jacks v. Davis*, *supra*, which held that the measure of damages for breach of fiduciary duty is the same as the measure of damages for fraud, was wrongly decided.

The appellants also take issue with the view of Lambert J.A. that "remedies which have aspects of both systems may be awarded for wrongs that have aspects of both systems" (at p. 182). Law and equity, they maintain, have not become fused but are separate systems with their own informing principles. Thus the Court of Chancery could not entertain a suit

pèce. Ici, la personne soumise à une obligation fiduciaire a, par son omission de révéler des faits qu'elle était tenue de révéler, amené les appelantes à se lancer dans une entreprise financièrement désastreuse et dans laquelle elles ne se seraient jamais aventurées n'eût été l'omission de cette personne de leur dire la vérité.

Les tribunaux d'instance inférieure, soutiennent les appelantes, ont commis [TRADUCTION] «une erreur en insistant à tort sur les concepts du bon sens et du caractère raisonnable» et en faisant ainsi abstraction du principe *d'equity* bien établi voulant qu'une personne soumise à une obligation fiduciaire qui manque à cette obligation soit tenue de compenser toute perte subie par le bénéficiaire. Elles prétendent que c'est à tort que la Cour d'appel a fait une distinction entre les personnes soumises à une obligation fiduciaire qui détiennent des biens et celles qui n'ont qu'une obligation de bonne foi et de divulgation. Selon les appelantes, notre Cour n'a fait aucune distinction de ce genre dans l'arrêt *Guerin* et le redressement est identique, qu'il s'agisse d'une personne soumise à une obligation fiduciaire qui agit perfidement ou d'un fiduciaire proprement dit. *L'equity* exige donc la restitution intégrale dans le cas d'une perte résultant du manquement à une obligation fiduciaire, et ce, indépendamment de l'éloignement du dommage. Ce qui sous-tend l'approche adoptée par *l'equity*, c'est la nécessité de contraindre les personnes soumises à une obligation fiduciaire à se conformer à des normes strictes de bonne foi et d'absence de conflit d'intérêts dans l'exercice de leurs fonctions; voir *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 610. Il s'ensuivrait donc de ce qui précède que l'arrêt *Jacks v. Davis*, précité, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire se calculent de la même façon que ceux accordés pour fraude, est erroné.

Les appelantes contestent en outre l'opinion du juge Lambert selon laquelle [TRADUCTION] «des redressements qui, sous certains aspects, relèvent des deux systèmes, peuvent être accordés pour des fautes relevant, sous certains aspects, des deux systèmes» (à la p. 182). La common law et *l'equity*, maintiennent-elles, ne sont pas fusionnées et constituent des sys-

in or award damages in the common law sense, not even, until the *Chancery Amendment Act* of 1858 (Lord Cairn's Act), (Eng.), 21 & 22 Vict., c. 27, an award of damages in addition to or in lieu of specific performance. The appellants also stress that equity has exclusive jurisdiction over claims based on breach of fiduciary duty, and assert that common law principles and remedies are no more applicable to such an action than are criminal law principles. The appellants also argue that s. 41 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, which provides that in the case of a conflict between a rule of common law and a rule of equity the latter prevails, would be violated if the approach of Lambert J.A. were adopted.

According to the agreed statement of facts, the appellants would not have purchased the property or entered into the joint venture agreement had they known about the secret profit. Thus, the appellants seek an order that they are entitled to compensation from the respondents for their entire loss, to be proved at trial, which was incurred as a result of embarking upon the joint venture. Damages would include the amount of the secret profit, and consequential damages unlimited by principles of remoteness, causation or intervening acts.

#### *The Respondents' Arguments*

The essence of the respondents' argument is that the Court of Appeal was correct in holding that law and equity are now fused, so that the common law remedy of damages, as limited by the principles of remoteness and causation, is available for the equitable claim of breach of fiduciary duty.

The respondents assert that the appellants are attempting to recover losses which are not recover-

tèmes distincts animés par des principes qui leur sont propres. Aussi la Cour de la chancellerie ne pouvait-elle pas connaître d'une action en dommages-intérêts au sens de la common law ni accorder ce type de redressement. De fait, antérieurement à la *Chancery Amendment Act* de 1858 (la loi de lord Cairn) (Angl.), 21 & 22 Vict., ch. 27, il lui était même défendu d'accorder des dommages-intérêts en sus ou au lieu de l'exécution intégrale. Les appelantes soulignent en outre que les tribunaux d'*equity* sont les seuls compétents pour instruire les demandes fondées sur le manquement à une obligation fiduciaire et elles affirment que les principes et les redressements de common law ne s'appliquent pas davantage à pareilles actions que les principes de droit criminel. De plus, les appelantes font valoir que, si le point de vue du juge Lambert était adopté, il y aurait violation de l'art. 41 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, qui prévoit qu'en cas de conflit entre une règle de common law et une règle d'*equity*, c'est cette dernière qui l'emporte.

D'après l'exposé conjoint des faits, les appelantes n'auraient pas acheté le terrain en cause ni conclu le contrat d'entreprise conjointe si elles avaient été au courant du bénéfice secret. Elles demandent en conséquence une ordonnance reconnaissant leur droit de se faire dédommager par les intimés de la totalité de la perte qu'elles ont subie par suite de leur participation à l'entreprise conjointe et dont la preuve devra être faite dans le cadre d'un procès. Ces dommages-intérêts comprendraient le montant du bénéfice secret ainsi que l'indemnisation des dommages indirects non limités par les principes de l'éloignement, de la causalité ou des actes intermédiaires.

#### *Les arguments des intimés*

Les intimés allèguent essentiellement que la Cour d'appel a eu raison de statuer qu'il y a maintenant fusion de la common law et de l'*equity*, de sorte que des dommages-intérêts en common law, limités par les principes de l'éloignement et de la causalité, peuvent être accordés dans le cadre d'une demande, fondée sur l'*equity*, pour manquement à une obligation fiduciaire.

Les intimés prétendent que les appelantes tentent, (TRADUCTION) «sous prétexte de réclamer la restitu-

able in contract or tort (because of remoteness) "under the cloak of a claim for restitution". They argue that the law of restitution has no application to the issues in this appeal. According to the respondents, restitution in equity or at common law is concerned with circumstances where one party has been unjustly enriched at the expense of another. The equitable form of restitution is concerned with assets and profits, and not with losses.

The respondents submit that this Court should be wary of attempting to clothe alt fiduciaries with the mantle of a trustee. In their view the Court of Appeal correctly distinguished *Guerin* as a case involving a fiduciary's exercise of control over the beneficiary's property. Where no property has passed between the fiduciary and the beneficiary, the principles of liability for breach of trust will be of little assistance. The respondents further submit that the extension of the rule of strict accountability from trustees to all fiduciaries would be merely punitive and would have no sound basis in policy. This is particularly true in the case at hand, where the actual cause of the loss was the unrelated wrongdoing of another party.

According to the respondents, the *Law and Equity Act* is not applicable in this case, as that statute presupposes a conflict between rules of common law and equity. No such conflict exists in the present case. Where duties imposed by equity have been breached, the limitation of damage awards by operation of the principles of causation and remoteness is in accordance with established equitable rules and the principles of fairness and justice that underlie these rules.

tion», de se faire dédommager de pertes qui n'ouvrent pas droit à des dommages-intérêts sur le plan contractuel ou délictuel (en raison de l'éloignement du dommage). Le droit en matière de restitution, soutiennent-ils, ne s'applique pas aux questions soulevées dans le présent pourvoi. Selon les intimés, la restitution, que ce soit en *equity* ou en common law, a lieu dans des circonstances où il y a eu enrichissement sans cause d'une personne aux dépens d'une autre. La restitution en *equity* ne peut porter que sur des éléments d'actif et des bénéfices, et non sur des pertes.

Les intimés font valoir que notre Cour ne devrait pas s'empresser d'ériger en fiduciaires proprement dits toutes les personnes soumises à une obligation fiduciaire. À leur avis, la Cour d'appel a eu raison de faire une distinction d'avec l'arrêt *Guerin* car la personne soumise à une obligation fiduciaire en question exerçait le contrôle sur les biens du bénéficiaire. Lorsqu'aucun bien n'a été cédé par le bénéficiaire à la personne soumise à une obligation fiduciaire, les principes de la responsabilité pour manquement aux obligations du fiduciaire ne seront que de peu de secours. De plus, les intimés soutiennent que l'extension de la règle de la responsabilité stricte applicable aux fiduciaires proprement dits, de manière à ce qu'elle s'applique également à toutes les personnes soumises à une obligation fiduciaire, aurait un effet purement punitif sur ces dernières et n'aurait aucun fondement de principe. Cela est particulièrement vrai dans le cas présent où la perte a été causée par la faute indépendante d'un tiers.

Selon les intimés, la *Law and Equity Act* ne s'applique pas en l'espèce, étant donné qu'elle présuppose un conflit entre une règle de common law et une règle d'*equity*. Or, il n'existe pas de tel conflit dans la présente affaire. Dans le cas d'un manquement à des obligations imposées par l'*equity*, la limitation des montants accordés à titre de dommages-intérêts résultant de l'application des principes de la causalité et de l'éloignement du dommage est conforme aux règles établies de l'*equity* et aux principes d'équité et de justice qui tes sous-tendent.

### Analysis

The appellants, we saw, firmly base their claim in equity for breach of a fiduciary duty. Although they could pursue various claims at common law, they maintain that they can seek equitable remedies concurrently and may choose the remedy most advantageous to them. The respondents do not contest this and, in my view, quite properly concede this point. The appellants' position is fully supported so far as torts and contracts are concerned by this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse*, *supra*, and so far as claims in law and equity are concerned by the House of Lord's decision in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932.

*Nocton v. Lord Ashburton* is the leading case in this area. Its facts bear a considerable affinity to the present case, and it forms a convenient starting point for a discussion of the applicable principles. There a mortgagee brought action against his solicitor for indemnity for loss he had suffered from the advice given by his solicitor to release a part of a mortgage security. The security became insufficient and the mortgagor defaulted. The release gave the solicitor further security for his own mortgage. The trial judge dealt with the case as one of deceit and, having found no fraud, dismissed the action. While an action for negligence may have lain, such action was statute-barred. On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge on the issue of fraud and granted damages for deceit. The House of Lords, however, restored the findings of the trial judge on the issue of fraud, but affirmed the Court of Appeal's award of damages on other grounds. A majority of their Lordships granted equitable relief for breach of fiduciary duty.

This equitable jurisdiction the Lord Chancellor, Viscount Haldane, noted was grounded in the old Bill of Chancery to enforce compensation for breach of a

### Analyse

Les appelantes, nous l'avons vu, fondent fermement leur demande sur l'*equity* en alléguant le manquement à une obligation fiduciaire. Bien qu'il leur soit possible d'exercer différents recours en common law, elles prétendent pouvoir réclamer en même temps des redressements en *equity* et pouvoir choisir celui qui leur est le plus avantageux. Les intimés ne contestent pas cela et j'estime que c'est à très juste titre qu'ils concèdent ce point aux appelantes. La position de ces dernières est pleinement étayée, en matières délictuelle et contractuelle, par notre arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, et, en ce qui concerne les réclamations fondées sur la common law et sur l'*equity*, par l'arrêt de la Chambre des lords *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932.

*Nocton v. Lord Ashburton* est l'arrêt de principe dans ce domaine. Ses faits ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire et il constitue un bon point de départ pour une étude des principes applicables. C'est une affaire dans laquelle un créancier hypothécaire a intenté contre son avocat une action en indemnisation de la perte qu'il avait subie du fait d'avoir suivi le conseil de l'avocat d'accorder la mainlevée à l'égard d'une partie d'une garantie hypothécaire. La garantie s'est avérée insuffisante et le débiteur hypothécaire n'a pas respecté ses engagements. La mainlevée faisait bénéficier l'avocat d'une garantie supplémentaire pour sa propre hypothèque. Le juge de première instance a procédé comme s'il s'agissait d'un cas de dol et, ayant conclu à l'absence de fraude, il a rejeté l'action. Bien qu'une action pour négligence eût été possible, une telle action était prescrite. En appel, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance sur la question de la fraude et a accordé des dommages-intérêts pour dol. La Chambre des lords a toutefois rétabli les conclusions du juge de première instance relativement à la fraude, mais a confirmé, pour d'autres motifs, les dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel. La majorité de leurs Seigneuries ont accordé un redressement d'*equity* pour manquement à une obligation fiduciaire.

Cette compétence en *equity*, de faire remarquer le lord chancelier le vicomte Haldane, reposait sur l'ancien *Bill of Chancery* auquel on recourait pour obte-

fiduciary obligation (at p. 946). Operating as a court of conscience, equity not only exercised concurrent jurisdiction with the common law in respect of misrepresentations where there was actual fraud; it also acted in respect of a wide range of cases where there was misrepresentation or failure to give information, not amounting to actual fraud, where a person was under a fiduciary duty or by reason of other special circumstances under a duty to inform another. As a court of conscience, it would act *in personam* to prevent persons from acting against the dictates of conscience as defined by the court, i.e., where there was "equitable fraud". Equity's remedies, the Lord Chancellor stated, were more elastic than those available at common law. "Operating in personam", he continued, equity "could order the defendant, not, indeed, in those days [i.e., before *Lord Cairn's Act*] to pay damages . . . but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily" as he would have been before the breach (at p. 952). Thus the measure of compensation may not always be the same as damages in an action for deceit or negligence. However, in the case before him that question was one of form only and it was not clear whether it would have made any difference whether compensation or damages was awarded. The issue was, in any event, not raised and the Court of Appeal's award was allowed to stand.

There was one difference in the nature of the breach by the solicitor in *Nocton* from that complained of in the present case. In *Nocton*, it will be remembered, the breach could give rise to a possible benefit to the solicitor, a situation that does not arise here. However, I have no doubt, and it was not contested, that the situation here also involves a breach of a fiduciary duty sufficient to call upon equity's jurisdiction to compensate the appellants for breach of the duty. It is true that Viscount Haldane specifically referred to the benefit enuring to the solicitor in

nir l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire (à la p. 946). Faisant appel à la conscience, non seulement l'*equity* conférait une compétence concurrente à celle de la common law relativement aux déclarations inexactes dans les cas où il y avait effectivement fraude, mais elle s'appliquait dans une vaste gamme d'affaires où la déclaration inexacte ou l'omission de donner des renseignements ne constituait pas vraiment une fraude, mais où une personne était soumise à une obligation fiduciaire ou tenue, en raison d'autres circonstances particulières, d'informer une autre personne. Puisque l'*equity* faisait appel à la conscience, elle agissait *in personam* pour empêcher qu'on viole les préceptes de la conscience, tels que définis par les tribunaux, c.-à-d. lorsqu'il y avait [TRADUCTION] «fraude en *equity*». Les redressements d'*equity*, d'affirmer le lord chancelier, étaient plus souples que ceux de la common law. [TRADUCTION] «Comme elle agissait *in personam*», a-t-il poursuivi, l'*equity* «pouvait, certes, à cette époque [c.-à-d. avant la loi de lord Cairn], ordonner au défendeur non pas de payer des dommages-intérêts [. . .] mais d'effectuer la restitution ou de dédommager le demandeur en le mettant dans une situation financière aussi avantageuse» que celle où il se trouvait avant le manquement (à la p. 952). Il s'ensuit donc que l'indemnité ne se calcule peut-être pas toujours de la même façon que les dommages-intérêts accordés dans une action pour dol ou négligence. Dans le cas qui occupait le lord chancelier, cependant, c'était là une question de pure forme et il n'était pas certain ce que cela aurait fait une différence que le redressement revête la forme d'une indemnité ou bien de dommages-intérêts. Quoi qu'il en soit, la question n'a pas été soulevée et les dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel ont été maintenus.

Il y a une différence, quant à leur nature, entre le manquement de l'avocat dans l'affaire *Nocton* et celui dont on se plaint en l'espèce. On se rappellera en effet que, dans l'affaire *Nocton*, le manquement aurait pu tourner éventuellement à l'avantage de l'avocat, ce qui n'est pas le cas ici. Je ne doute pas, toutefois, et ce point n'a pas été contesté, qu'il s'agit également dans la présente affaire d'un manquement à une obligation fiduciaire suffisant pour justifier l'exercice de la compétence en *equity* pour dédommager les appelantes par suite de ce manquement. Il

holding that there was a breach of fiduciary duty. He notes, at pp. 956-57:

When, as in the case before us, a solicitor has had financial transactions with his client, and has handled his money to the extent of using it to pay off a mortgage made to himself, or of getting the client to release from his mortgage a property over which the solicitor by such release has obtained further security for a mortgage of his own, a Court of Equity has always assumed jurisdiction to scrutinize his action. It did not matter that the client would have had a remedy in damages for breach of contract. Courts of Equity had jurisdiction to direct accounts to be taken, and in proper cases to order the solicitor to replace property improperly acquired from the client, or to make compensation if he had lost it by acting in breach of a duty which arose out of his confidential relationship to the man who had trusted him.

This does not mean that a fiduciary duty has not been breached when, as in the present case, the solicitor fails to inform a client of a fact of which he should have informed him, or that he should seek independent advice. It is clear from earlier cases he discussed (*Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927) and *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462) that he considered that other situations might call for the superintending jurisdiction of equity. As well, it should be observed that Lord Dunedin and Lord Shaw of Dunfermline do not appear to rely on this factor. Indeed, the latter does not in his statement of the facts even mention the possible advantage enuring to the solicitor; he speaks more broadly of misrepresentations and misstatements made by a person entrusted with a duty and of the failure to comply with that duty (at p. 968), or again the liability of an adviser in respect of statements upon which the other is guided or upon which

est vrai que le vicomte Haldane, en concluant au manquement à une obligation fiduciaire, évoque explicitement l'avantage tiré par l'avocat. Il écrit, aux pp. 956 et 957:

[TRADUCTION] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un avocat a participé à des opérations financières avec son client et qu'il a géré les fonds de ce dernier en ce sens qu'il s'en est servi pour purger une hypothèque qui lui avait été consentie, ou en ce sens qu'il a amené son client à accorder la mainlevée d'hypothèque à l'égard d'une propriété qui, par suite de la mainlevée, est devenue une garantie supplémentaire d'une hypothèque consentie à l'avocat lui-même, les tribunaux *d'equity* se sont toujours attribués compétence pour examiner minutieusement les actes de l'avocat. Il leur importait peu que le client eût pu exercer un recours en dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Les tribunaux *d'equity* avaient compétence pour ordonner la reddition de compte et, le cas échéant, d'ordonner à l'avocat de restituer les biens qu'il avait irrégulièrement acquis de son client, ou de le dédommager s'il les avait perdus par suite d'un manquement à une obligation née de son rapport de confiance avec la personne qui s'était fiée à lui.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun manquement à une obligation fiduciaire dans un cas comme celui qui nous occupe, où l'avocat omet d'informer son client d'un fait dont il aurait dû le mettre au courant, ou de lui conseiller de demander un avis indépendant. Il se dégage nettement de la vieille jurisprudence qu'il a examinée (*Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927, et *Slim v. Croucher* (1860). 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462) que le vicomte Haldane considérait que d'autres situations pourraient donner lieu à l'exercice de la compétence de surveillance de l'*equity*. Il est à noter, en outre, que ni lord Dunedin ni lord Shaw of Dunfermline ne semblent retenir ce facteur. En fait, ce dernier ne mentionne même pas, dans son exposé des faits, l'avantage que pouvait tirer l'avocat; il parle plutôt, en termes plus généraux, de fausses déclarations et de déclarations inexactes faites par une personne à qui incombait une obligation et de l'omission de s'acquitter de cette obligation (à la p. 968), ou, encore, de la responsabilité d'un conseiller à l'égard de déclarations qui viennent guider l'autre personne ou auxquelles elle se fie à juste titre, et ce, peu importe que la déclaration en question soit volontairement fausse

he justly relies, and this whether the statement is fraudulent or innocent (at pp. 969-71).

What has just been said is consistent with the subsequent case of *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, *supra*, involving a similar fact situation. It is apparent from the language of Lord Thankerton, giving the judgment of the Privy Council, that a solicitor may be liable for a fiduciary duty for non-disclosure even when his or her personal interest is not at stake though that is a factor of some importance. Lord Thankerton had this to say, at pp. 468-69:

Their Lordships are clearly of opinion that the appellant's non-disclosure of these two mortgages was a breach of his duty as solicitor to the Loan Company, particularly in view of his personal interest in them, and that it would equally have been a breach of duty if, contrary to their Lordships' opinion, the appellant had only been employed for the certificate of title. It follows that the Loan Company were entitled at least to nominal damages against the appellant.

Some academic writings, it is true, argue for limiting fiduciary obligations to situations where the solicitor may benefit from a misstatement; see Gummow, "Compensation for Breach of Fiduciary Duty", in Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989). However, the Canadian cases on the subject make it clear that the law is not so limited; see *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456 (B.C.S.C.); *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (Ont. C.A.); *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212 (B.C.C.A.); *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.); *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1 (C.A.). The attempt to narrow the application of fiduciary relations may to some extent rest on, in my view, a misguided sense of orderliness. As in the present case, there are often other remedies in contract or in tort available for the person suffering loss from a breach of duty. The argument, I think, fails to appreciate how equity operates. There have always been considerable areas of overlap, as *Nocton v. Lord Ashburton* exemplifies. As Lord Dunedin there tells us, at p. 964, there are of course classes of cases

ou bien inconsciemment inexacte (aux pp. 969 et 971).

Les observations ci-dessus concordent avec l'arrêt subséquent *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, précité, qui comportait une situation de fait analogue. Il ressort des propos de lord Thankerton, qui a rédigé les motifs du Conseil privé, que la responsabilité d'un avocat peut être engagée par suite du manquement à une obligation fiduciaire de divulgation, même si son intérêt personnel n'est pas en jeu, bien que ce dernier facteur revête une certaine importance. Lord Thankerton dit, aux pp. 468 et 469:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment évidemment que la non-divulgation de ces deux hypothèques par l'appelant constituait un manquement à son obligation en tant qu'avocat de la société de crédit, compte tenu particulièrement de son intérêt personnel dans ces hypothèques, et qu'il y aurait eu au même titre manquement à l'obligation si, contrairement à ce que croient leurs Seigneuries, les services de l'appelant n'avaient été retenus que pour le certificat de titre. Il s'ensuit que la société de crédit avait droit, à tout le moins, à ce que l'appelant soit condamné à des dommages-intérêts symboliques.

Certains auteurs de doctrine, il est vrai, préconisent la restriction des obligations fiduciaires aux situations où l'avocat peut bénéficier d'une déclaration inexacte; voir Gummow, «Compensation for Breach of Fiduciary Duty», dans Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, (1989). Toutefois, la jurisprudence canadienne dans ce domaine établit clairement que le droit ne connaît pas de telle restriction; voir *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456 (C.S.C.-B.); *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (C.A. Ont.); *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212 (C.A.C.-B.); *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.); *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1 (C.A.). À mon avis, la tentative de limiter l'application des rapports fiduciaires peut reposer jusqu'à un certain point sur un sens déplacé de l'ordre. Comme c'est le cas en l'espèce, il existe souvent d'autres redressements, en matière contractuelle ou délictuelle, qui s'offrent à la personne qui a subi une perte par suite du manquement à une obligation. J'estime que l'argument avancé ne tient pas compte de la façon dont fonctionne l'*equity*. Il y a toujours eu une



where "equity has been peculiarly dominant, not, I take it, from any scientific distinction between the classes of duty existing and the breaches thereof, but simply because in certain cases where common justice demanded a remedy, the common law had none forthcoming, and the common law (though there is no harder lesson for the stranger jurist to learn) began with the remedy and ended with the right". The reticence to give full sway to equity may also be owing to the fact that equitable remedies may, in certain cases, not appear appropriate to the task. This seems to fly in the face of Viscount Haldane's description of their "clastic" features, and I shall have more to say about this later.

This does not mean, however, that the question whether a fiduciary benefits from a breach of his duties is not important. This may, in an appropriate case, give rise to a constructive trust or other equitable remedy as Viscount Haldane observes in the passage, at pp. 956-57, above cited. The present case would clearly not call for restitution in that sense. What we are left with is a claim for compensation for simple failure to perform a fiduciary duty as occurred in *Nocton v. Lord Ashburton*.

The nature of the remedy of compensation for breach of an equitable obligation, except as it applies to property held in a fiduciary capacity, is rather obscure; for an excellent discussion, see Davidson, in "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.I. Rev.* 349. There are not many cases on the issue. Nonetheless, the inherent jurisdiction of equity to compensate for a breach of a fiduciary duty cannot be denied. It is at times used where the exercise of another equitable jurisdiction, for example rescission of contract, has become impossible; see *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134. But, as already mentioned, it has also been used indepen-

grande mesure de chevauchement, comme en témoigne l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*. Comme nous le dit lord Dunedin, à la p. 964 de cette affaire, il existe bien entendu des catégories de cas où [TRANSLATION] «l'*equity* a dominé particulièrement, non pas, je suppose, en raison d'une distinction scientifique quelconque entre les catégories d'obligations existantes et les manquements à celles-ci, mais simplement parce que, dans certains cas où la simple justice commandait un redressement, la common law n'en offrait pas et la common law (c'est d'ailleurs ce qu'il y a de plus difficile à saisir pour le juriste étranger) portait du redressement pour aboutir à l'existence d'un droit». Si l'on hésite à appliquer pleinement l'*equity*, cela tient peut-être aussi au fait que les redressements d'*equity* peuvent, dans certains cas, paraître ne pas suffire à la tâche. Voilà qui semble contredire la description, par le vicomte Haldane, de leur caractère «souple», que je commenterai davantage plus loin.

Cela ne signifie pas toutefois qu'est sans importance la question de savoir si une personne soumise à une obligation fiduciaire bénéficie d'un manquement à cette obligation. Cela peut, le cas échéant, donner lieu à une fiducie par interprétation ou à un autre redressement d'*equity*, comme le souligne le vicomte Haldane dans l'extrait précité des pp. 956 et 957. De toute évidence, il n'y aurait pas lieu à restitution dans ce sens-là en l'espèce. Nous nous trouvons donc en présence d'une demande d'indemnisation pour simple omission de s'acquitter d'une obligation fiduciaire, comme c'était le cas dans l'affaire *Nocton v. Lord Ashburton*.

La nature du redressement sous forme d'indemnisation pour manquement à une obligation d'*equity*, sauf dans la mesure où il s'applique aux biens détenus par une personne soumise à une obligation fiduciaire, s'avère plutôt obscure; pour une excellente analyse de cette question, voir Davidson, «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.I. Rev.* 349. La jurisprudence est peu abondante sur ce point. La compétence inhérente que comporte l'*equity* pour accorder un dédommagement par suite du manquement à une obligation fiduciaire est néanmoins incontestable. On y a recours parfois lorsque l'exercice d'une autre compétence en *equity* comme,

dently of other remedies where there was a misstatement by a fiduciary or other persons in special circumstances. Certain developments before the **Supreme Court of Judicature Act, 1873 (Eng.), 36 & 37 Vict., c. 66**, held the promise of providing a means of dealing with situations now dealt with at common law as negligent misstatement under the principles expounded in **Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.**, [1964] A.C. 465 (H.L.). For an account of this development, see Davidson, *supra*, esp. at pp. 357 et seq. The cases of **Burrowes v. Lock**, *supra*, and **Slim v. Croucher**, *supra*, discussed in **Norton v. Lord Ashburton** are instructive on this point. However, **Derry v. Peek** (1889), 14 A.C. 337 (H.L.), where it was held that actual fraud was necessary to ground an action for deceit, was for a time thought to have more extensively limited remedies for loss for misrepresentation both at common law and in equity. In that climate, **Burrowes v. Lock** was explained on the basis of estoppel and **Slim v. Croucher** was held to be wrongly decided; see **Low v. Bouverie**, [1891] 3 Ch. 82. Nonetheless, the judges in **Norton v. Lord Ashburton** subsequently appear to have at least approved of the principle underlying both these cases; see also Davidson, *supra*, who (at p. 368) cites a comment of Lord McNaghten in argument in **Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson (1893). 42 W.R. 204** (H.L.), at p. 205, (a comment not found in the "official" report, [1893] A.C. 396), which would suggest that he thought **Slim v. Croucher** was good law.

However that may be, the remedy of compensation in cases like the present is not likely to be resorted to frequently. The tort of deceit has long provided a convenient common law remedy that makes resort to the equitable remedy infrequent in cases of fraud, and with the development of the principle in **Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.**, *supra*, it is

par exemple, celle pour résilier un contrat, est devenu impossible; voir **McKenzie v. McDonald**, [1927] V.L.R. 134. Mais, comme je l'ai déjà mentionné, elle a aussi été exercée indépendamment d'autres redressements dans des cas où une déclaration inexacte avait été faite par une personne soumise à une obligation fiduciaire ou par d'autres personnes dans des circonstances particulières. Certains développements antérieurs à la **Supreme Court of Judicature Act, 1873** (Angl.), 36 & 37 Vict., ch. 66, promettaient de fournir un moyen de régler des cas que la common law traite maintenant comme des déclarations inexactes faites par négligence, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt **Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.**, [1964] A.C. 465 (H.L.). Pour un exposé de ces développements, voir Davidson, *loc. cit.*, surtout aux pp. 357 et suiv. Les affaires **Burrowes v. Lock** et **Slim v. Croucher**, précitées, dont il est question dans l'arrêt **Norton v. Lord Ashburton**, sont intéressantes sur ce point. Il fut toutefois un temps où l'arrêt **Derry v. Peek** (1889). 14 A.C. 337 (H.L.), dans lequel il a été statué que l'action pour dol devait être fondée sur une fraude réelle, était considéré comme ayant limité davantage les redressements, tant de common law que d'*equity*, pour les pertes résultant de déclarations inexactes. Dans ce contexte, on expliquait l'arrêt **Burrowes v. Lock** en fonction du concept de fin de non-recevoir [estoppel] et l'arrêt **Slim v. Croucher** a été jugé erroné; voir l'affaire **Low v. Bouverie**, [1891] 3 Ch. 82. Néanmoins, les juges, dans l'affaire **Norton v. Lord Ashburton**, semblent avoir, par la suite, tout au moins approuvé le principe sous-tendant ces deux décisions; voir aussi Davidson, *loc. cit.*, qui (à la p. 368) cite une observation qu'a faite lord McNaghten au cours des débats dans l'affaire **Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson (1893). 42 W.R. 204** (H.L.), à la p. 205, (observation non reproduite dans le recueil «officiel». [1893] A.C. 396), laquelle laisserait entendre qu'à son avis la décision **Slim v. Croucher** était juste.

Quoi qu'il en soit, il est peu probable qu'on ait souvent recours au redressement de l'indemnisation dans des affaires comme la présente. Voilà longtemps en effet que le délit civil de dol donne lieu à un redressement pratique de common law qui fait en sorte qu'on recourt rarement, dans des cas de fraude, au redressement offert par l'*equity* et, par suite du

unlikely to be used often in cases of negligent misstatement. Nonetheless, it may at times be of utility; for an example, see *McKenzie v. McDonald*, *supra*, where on the facts a remedy in negligence was held to be unavailable. There may, as well, be other situations where equity may make use of the remedy in its traditional role of filling gaps in the law or improving the remedies available for a breach of duty; see Davidson, *supra*.

The simple fact is, however, that there is a paucity of cases where compensation has been awarded for breach of fiduciary duty in a context such as the present. More particularly, apart from the present case and *Jacks v. Davis*, *supra*, upon which it is based, only a few cases have anything to say regarding the effect of the intervening fault of a third party on compensation and not much more about the related issue of mitigation. The most elaborate judicial discussion appears in the New Zealand case of *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443 (C.A.), where the court addressed the issue of contributory negligence in connection with a solicitor's breach of duty. I shall return to *Day v. Mead* later.

I shall begin by attempting to describe the nature of compensation and, more particularly, what it means in the present context. The appellants strongly emphasized that the courts of equity had, before the *Judicature Act*, no power to award damages, this being the exclusive domain of the common law, and the only statutory change to this regime was made by *Lord Cairn's Act* and its successors. Equity, they assert, was concerned with restoring a plaintiff to the position he or she was in before the breach of duty calling upon equity's intervention. The situation, they argued, was not changed by the *Judicature Act*, which was aimed largely at providing for the enforcement of law and equity in the same courts, not

principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, il est peu probable qu'on y ait souvent recours dans le cas de déclarations inexactes faites par négligence. Néanmoins, ce redressement peut parfois s'avérer utile; voir, par exemple, la décision *McKenzie v. McDonald*, précité, où, compte tenu des faits en présence, on a jugé qu'il n'y avait pas lieu à redressement fondé sur la négligence. Il existe peut-être aussi d'autres situations où l'*equity* peut se servir de ce redressement en jouant son rôle traditionnel qui consiste à combler les lacunes de la common law ou à améliorer les redressements disponibles dans le cas d'un manquement à une obligation; voir Davidson, *loc. cit.*

Il reste toutefois qu'il existe très peu de cas où une indemnité a été accordée pour le manquement à une obligation fiduciaire dans un contexte comme celui dont il est question en l'espèce. Plus particulièrement, outre la présente instance et l'arrêt *Jacks v. Davis*, précité, sur lequel elle repose, seul un petit nombre de décisions traitent de l'incidence de la faute intermédiaire d'un tiers sur l'indemnisation et la jurisprudence ne traite guère davantage de la question connexe de la limitation du dommage. C'est dans l'arrêt néo-zélandais *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443 (C.A.), où la cour s'est penchée sur la question de la négligence contributive dans le contexte du manquement par un avocat à ses obligations, qu'on trouve l'analyse jurisprudentielle la plus poussée. Je reviendrai plus loin à l'arrêt *Day v. Mead*.

Je commence par tenter de décrire la nature de l'indemnisation et, plus particulièrement, ce que signifie ce terme dans le présent contexte. Les appelantes ont souligné énergiquement qu'avant la *Judicature Act*, les tribunaux *d'equity* n'étaient investis d'aucun pouvoir d'accorder des dommages-intérêts, car cela était du ressort exclusif de la common law, et l'unique changement apporté à ce régime l'a été par la loi de lord Cairn et les lois qui lui ont succédé. L'*equity*, affirment les appelantes, se préoccupait de remettre le demandeur dans la situation où il se trouvait avant que ne soit commis le manquement à une obligation donnant lieu à l'intervention de l'*equity*. Selon elles, cette situation est demeurée inchangée à la suite de la *Judicature Act*, qui visait surtout à assurer l'application de la common law et de l'*equity* par les mêmes

in altering the jurisdiction exercisable under each system.

There can be little doubt that damages come within the province of the common law (see, for example, *Todd v. Gee* (1810). 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106), although some early transgressions appear to have taken place where equity awarded damages (see Meagher, Gummow and Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984) § 2304). Damages are a monetary payment awarded for the invasion of a right at common law. Equity aimed at restoring a person to whom a duty was owed to the position in which he or she would have been had the duty not been breached. This it did through a variety of remedies, including compensation.

The difference between damages and restitution was abundantly clear in cases of breaches of trust, and in that context the following statement of James and Baggallay L.J. in *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, at p. 819, appears unexceptionable:

The Court of Chancery never entertained a suit for damages occasioned by fraudulent conduct or for breach of trust. The suit was always for an equitable debt or liability in the nature of debt. It was a suit for the restitution of the actual money or thing, or value of the thing, of which the cheated party had been cheated.

**But** while the same approach of restitution or restoration applied in the case of simple compensation not involving the restoration of property, the difference in practical result between compensation and damages is by no means as clear. All that Viscount Haldane tells us about this (at p. 958) is that "[t]he measure of damages [he was there speaking in a generic and not in a technical sense] may not always be the same as in an action of deceit or for negligence", and in the case before him he was content to say that it was a mere matter of form. On this matter, I fully agree with Cooke P. in *Day v. Mead, supra*, at p. 451, that in many cases it is "a difference without a

tribunaux, et non pas à modifier la compétence pouvant être exercée sous chaque régime.

Il n'est guère à douter que les dommages-intérêts relèvent de la common law (voir, par exemple, la décision *Todd v. Gee* (1810). 17 Ves. Jun. 273. 34 E.R. 106), quoique certaines exceptions semblent avoir été faites autrefois dans des cas où l'*equity* a accordé des dommages-intérêts (voir Meagher, Gummow et Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies* (2<sup>e</sup> éd. 1984) § 2304). Les dommages-intérêts sont un paiement en argent accordé pour l'atteinte à un droit reconnu par la common law. L'*equity* visait à remettre le créancier d'une obligation dans la situation où il se serait trouvé n'eût été le manquement à cette obligation. Pour y arriver, l'*equity* recourait à divers redressements, dont l'indemnisation.

La différence entre les dommages-intérêts et la restitution ressortait très nettement dans les cas de manquement aux obligations du fiduciaire et, dans ce contexte, l'affirmation suivante des lords juges James et Baggallay, dans *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, à la p. 819, paraît inattaquable:

[TRADUCTION] La Cour de la chancellerie ne connaissait jamais d'une action en dommages-intérêts fondée sur une conduite dolosive ou sur le manquement aux obligations du fiduciaire. Il s'agissait toujours d'une action en recouvrement d'une dette en *equity* ou en exécution d'une obligation de la nature d'une dette. L'action tendait à la restitution de l'argent ou de l'article escroqué à la partie lésée ou au recouvrement de la valeur de cet article.

Toutefois, bien que la même approche de restitution ou de remise dans la situation antérieure ait été suivie dans le cas de la simple indemnisation ne mettant pas en cause la restitution de biens, la différence existant dans la pratique entre l'indemnisation et les dommages-intérêts est loin d'être aussi nette. Tout ce que nous apprend le vicomte Haldane à ce sujet (à la p. 958) c'est que [TRADUCTION] «[i]l se peut que les dommages-intérêts [il veut dire par là les dommages-intérêts au sens générique plutôt qu'au sens technique] ne se calculent pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence» et, dans le cas qui l'occupait, il s'est contenté d'affirmer qu'il s'agissait d'une simple question de forme. Sur ce point, je souscris entièrement à l'avis du président

distinction". The question is whether, like the case before him, this is one of them.

The appellants urged us to accept the manner of calculating compensation adopted by the courts in trust cases or situations akin to a trust, and they relied in particular on the *Guerin* case, *supra*. I think the courts below were perfectly right to reject that proposition. There is a sharp divide between a situation where a person has control of property which in the view of the court belongs to another, and one where a person is under a fiduciary duty to perform an obligation where equity's concern is simply that the duty be performed honestly and in accordance with the undertaking the fiduciary has taken on; see Scaly, "Some Principles of Fiduciary Obligation", [1963] *Cambridge L.J.* 119; Sealy, "Fiduciary Relationships", [1962] *Cambridge L.J.* 69. In the case of a trust relationship, the trustee's obligation is to hold the *res* or object of the trust for his *cestui que trust*, and on breach the concern of equity is that it be restored to the *cestui que trust* or if that cannot be done to afford compensation for what the object would be worth. In the case of a mere breach of duty, the concern of equity is to ascertain the loss resulting from the breach of the particular duty. Where the wrongdoer has received some benefit, that benefit can be disgorged, but the measure of compensation where no such benefit has been obtained by the wrongdoer raises different issues. I turn then specifically to that situation.

*McKenzie v. McDonald*, *supra*, usefully sets the stage for discussion. There the plaintiff, a widow, had approached the defendant real estate agent advising him she wished to sell her farm for £4 10s. per acre. The defendant inspected the property and was advised by an experienced land valuer that it was worth the price asked. He, however, persuaded the

Cooke qui, dans l'arrêt *Day v. Mead*, précité, à la p. 451, affirme que, dans bien des cas, c'est [TRADUCTION] «une différence qui ne comporte aucune distinction». La question est de savoir si la présente instance, comme l'affaire dont il était saisi, est un de ces cas.

S'appuyant particulièrement sur l'arrêt *Guerin*, précité, les appelantes nous ont incités à accepter le mode de calcul de l'indemnité adopté par les tribunaux dans les affaires de fiducie ou dans des situations analogues. Je crois que les tribunaux d'instance inférieure ont eu parfaitement raison de rejeter cet argument. Il existe une ligne de démarcation très nette entre la situation où une personne a sous son contrôle un bien qui, de l'avis de la cour, appartient à quelqu'un d'autre, et celle où une personne est soumise à une obligation fiduciaire de s'acquitter d'une tâche, le souci de l'*equity* étant, dans ce dernier cas, de veiller simplement à ce qu'on s'acquitte de cette tâche honnêtement et en conformité avec l'engagement pris par la personne soumise à l'obligation fiduciaire; voir Scaly, «Some Principles of Fiduciary Obligation», [1963] *Cambridge L.J.* 119; Sealy, «Fiduciary Relationships», [1962] *Cambridge L.J.* 69. Dans le cas d'une fiducie, le fiduciaire est tenu de détenir pour le bénéficiaire de la fiducie la chose ou l'article en fiducie, et, s'il y a manquement à l'obligation fiduciaire, l'*equity* veille à ce que la chose ou l'article soient rendus au bénéficiaire ou, si cela est impossible, à lui accorder une indemnité correspondant à sa valeur. Dans le cas du simple manquement à une obligation, l'*equity* se préoccupe de déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation en question. Si l'auteur du dommage a tiré un avantage quelconque, cet avantage peut lui être enlevé, mais le calcul de l'indemnité, lorsque l'auteur du dommage n'a pas tiré pareil avantage, soulève des questions différentes. C'est cette dernière situation que je vais maintenant aborder.

L'affaire *McKenzie v. McDonald*, précitée, constitue un point de départ utile aux fins de notre analyse. Dans cette affaire, la demanderesse, une veuve, avait informé l'agent immobilier défendeur de son désir de vendre sa ferme au prix de 4,10 £ l'acre. Le défendeur a visité la propriété et s'est fait dire par un estimateur immobilier expérimenté qu'elle valait le prix

plaintiff that it was not worth that price and later proposed an arrangement, which she accepted, whereby she would convey it to him in exchange for property he owned plus an amount to make up the difference between the value of her land and his. He, however, undervalued her farm (at £4 per acre) and overvalued his land. The court found the defendant liable for breach of a fiduciary duty. Since third parties had acquired the farm, the court could not order rescission, so it ordered the defendant to pay the plaintiff compensation for the undervaluation of the farm and the overvaluation of his land. It is important to observe that, although the defendant had subsequently sold the farm for £4 10s. an acre on extended terms, the court assessed the value of the farm in terms of the initial sale price, £4 5s., not its value at the time of judgment. That was the loss the defendant suffered because she would have sold the land for the initial sale price.

The case thus demonstrates that, while compensation is designed to put the plaintiff "in as good a position pecuniarily as . . . before the injury", as Viscount Haldane put it in *Norton v. Lord Ashburton*, *supra*, at p. 952, "it is imperative" as Davidson, *supra*, at p. 354 reminds us, "to ascertain the loss resulting from breach of the relevant equitable duty". The case also illustrates that compensation is not the same for every equitable remedy. Had (his been an action for an account, the value would have been determined at the time of judgment.

An award of compensation is no less that because the amount recovered in a particular case is the same as would have been awarded in an action at common law. It was not necessary in *McKenzie v. McDonald* to bring in common law concepts to arrive at the same result as would have been obtained in a common law action. There were no issues of remoteness, or intervening cause, as arose here, however, and the appellants, we saw, strongly maintained that doc-

demandé. Le défendeur a toutefois convaincu la demanderesse que sa propriété ne valait pas autant et lui a subséquemment fait une offre, qu'elle a acceptée, selon laquelle elle lui céderait sa propriété en échange d'une propriété appartenant au défendeur et d'une soulte. Il a toutefois sous-évalué la propriété de la demanderesse (à 4 £ l'acre) et surévalué la sienne. La cour a jugé le défendeur responsable pour manquement à une obligation fiduciaire. Comme des tiers s'étaient portés acquéreurs de la ferme, la cour ne pouvait ordonner la résiliation, de sorte qu'elle a ordonné au défendeur d'indemniser la demanderesse en raison de la sous-évaluation de la ferme et de la surévaluation de son propre bien-fonds. Il importe de faire remarquer que, bien que le défendeur ait par la suite vendu la ferme au prix de 4, 10 £ l'acre avec prorogation d'échéance, la cour a évalué la ferme en fonction du prix de vente initial de 4,5 £ plutôt que de déterminer sa valeur au moment du jugement. C'était là la perte subie par la défenderesse, car elle aurait vendu sa terre au prix initialement fixé.

Il se dégage donc de cette affaire que, si l'indemnisation est destinée à mettre le demandeur [TRADUCTION] «dans une situation financière aussi avantageuse que [ . . . ] avant le préjudice», comme le dit le vicomte Haldane, dans l'arrêt *Norton v. Lord Ashburton*, précité, [TRADUCTION] «il faut absolument», comme nous le rappelle Davidson, *loc. cit.*, à la p. 354, «déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity*». La décision *McKenzie* montre en outre que tous les redressements découlant de l'*equity* ne donnent pas lieu à la même indemnité. S'il s'était agi en effet d'une action en reddition de compte, on aurait déterminé la valeur au moment du jugement.

Une indemnité n'est pas moins une indemnité parce que la somme accordée dans un cas donné est identique à celle qui l'aurait été dans une action en common law. On n'a pas jugé nécessaire, dans l'affaire *McKenzie v. McDonald*, de recourir à des concepts de common law pour arriver au même résultat que celui qu'on aurait obtenu dans une action fondée sur la common law. À la différence de la présente affaire, toutefois, les questions de l'éloignement du dommage ou de la cause intermédiaire ne se sont pas posées, et, comme nous l'avons vu, les appelantes

trines like remoteness and mitigation have no place in equity.

I should first of all say that the fact that such limitations may not have been developed before the *Judicature Act* is no ground for saying there is no room for further development of equitable principles to deal with the situation. We have it on high authority that equitable principles were not frozen in time; see *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904. As Lord Diplock put it, at p. 926:

Nor did the coming into force of that Act bring to a sudden halt the whole process of development of the substantive law of England that had been so notable an achievement of the preceding decades.

We have been given no case where the principles applicable to trusts have been applied to a breach of a fiduciary duty of the type in question here, and for reasons already given, I see no reason why they should be transposed here. The harshness of the result is reason alone, but apart from this, I do not think that the claim for the harm resulting from the actions of third parties can fairly be looked upon as falling within what is encompassed in restoration for the harm suffered from the breach. That is the view taken by all the Canadian courts that have dealt with the issue. In addition to *Jacks v. Davis* and the present case, reference may also be made to *Laskin v. Bache and Co.*, *supra*, and *Burke v. Cory*, *supra*, both in the Ontario Court of Appeal.

I have no doubt that policies underlying concepts like remoteness and mitigation might have developed from an equitable perspective. However, given the paucity of authority in the field, it is scarcely surprising that courts will deal with a case falling properly within the ambit of equity as if it were a common law matter or as justifying the use of its mode of analysis. This can be seen from *Burke v. Cory*, and *Laskin v. Bache and Co.* In *Cory*, a broker induced a client to purchase certain stocks after gaining his confidence by emphasizing the broker's qualifications and his possession of private information regarding the

soutiennent énergiquement que des principes comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage n'ont pas leur place en *equity*.

Je dois dire au départ que ce n'est pas parce qu'il se peut que de telles restrictions n'aient pas été apportées antérieurement à la *Judicature Act* qu'on est fondé à affirmer que les principes *d'equity* ne peuvent pas continuer à évoluer de manière à faire face à la situation. Nous tenons de source éminemment sûre que les principes *d'equity* n'ont pas été figés; voir l'arrêt *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904. Comme l'affirme lord Diplock, à la p. 926:

[TRADUCTION] De plus, l'entrée en vigueur de cette loi n'a pas subitement arrêté tout le processus de conception du droit positif anglais qui avait été une réalisation si remarquable des décennies précédentes.

On ne nous a présenté aucune affaire dans laquelle les principes applicables aux fiducies ont été appliqués à un manquement à une obligation fiduciaire du genre dont il est question en l'espèce et, pour les motifs déjà exposés, je ne vois aucune raison de les transposer ici. La seule sévérité du résultat justifie cette conclusion mais, indépendamment de cela, je ne crois pas que la demande relative au préjudice découlant des actes de tierces personnes puisse en toute justice être considérée comme étant comprise dans le champ de la réparation du préjudice causé par le manquement. Ce point de vue a été adopté par tous les tribunaux canadiens qui se sont penchés sur la question. Outre l'affaire *Jacks v. Davis* et la présente instance, on peut aussi mentionner les arrêts *Laskin v. Bache and Co.* et *Burke v. Cory*, précités, tous les deux de la Cour d'appel de l'Ontario.

Je ne doute pas que les politiques sous-tendant des concepts comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage auraient pu être conçues sous l'angle de *l'equity*. Toutefois, compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, il n'est guère surprenant que les tribunaux examinent une affaire relevant à bon droit de *l'equity* comme s'il s'agissait d'une question de common law ou comme justifiant le recours à une méthode analytique propre à la common law. C'est ce qui se dégage des arrêts *Burke v. Cory* et *Laskin v. Bache and Co.* Dans l'affaire *Cory*, un courtier a incité un client à acheter certaines

stocks and then making false representations about the company. The court held that apart from the action of deceit, which requires an allegation of fraud, liability for (he misrepresentation could be rested on the existence of a fiduciary relationship. <sup>a</sup> The amount of compensation (which the court there referred to as the measure of damages) was calculated in terms of the loss at the time of the allotment.

In *Cory*, and for that matter in *Laskin*, the court was also willing to apply the concept of mitigation of damages. Mitigation in equity was also found to be appropriate in *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), and it seems to be implicit in this Court's decision in *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil A General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at pp. 667-68. This is consistent with the fact that equity acted on the basis of fairness and justice. The truth is that barring different policy considerations underlying one action or the other, I see no reason why the same basic claim, whether framed in terms of a common law action or an equitable remedy, should give rise to different levels of redress. <sup>e</sup>

*United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, *supra*, gives strong support to this manner of approaching the issue. That case concerned the different routes taken by common law and equity in determining whether time was of the essence in a lease. As in the present case, there was some tendency for these different routes to converge even before the *Judicature Act*, for it must not be forgotten that well before that Act "the evolution of the one system was influenced by the other" (*per* Lord Simon, at p. 944). In *United Scientific*, s. 25 of the Act seems to me to have given appropriate guidance as to how modern courts should approach the situation and I need not closely examine the holding of that case except to bring attention to what the House of Lords thought the interplay of law and equity should be. In a passage with which all the other Law

actions après avoir gagné sa confiance en insistant sur sa propre compétence et sur le fait qu'il possédait des renseignements privés concernant ces actions, et après avoir fait ensuite de fausses déclarations au sujet de la société émettrice. La cour a conclu que, mise à part l'action pour dol, qui nécessite une allégation de fraude, la responsabilité résultant des fausses déclarations pouvait se fonder sur l'existence d'un rapport fiduciaire. Le montant de l'indemnité (que la cour a appelé, dans cette affaire, le montant des dommages-intérêts) a été calculé en fonction de la valeur de la perte au moment de l'attribution des actions. <sup>b</sup>

Dans l'affaire *Cory*, ainsi que dans l'affaire *Laskin*, la cour était en outre disposée à appliquer le concept de la limitation du dommage. La limitation du dommage en *equity* a également été jugée applicable dans l'affaire *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), et c'est ce qui semble ressortir implicitement de notre arrêt *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, aux pp. 667 et 668. Voilà qui est compatible avec le fait que l'*equity* repose sur l'équité et la justice. À vrai dire, en l'absence de considérations de principe différentes qui sous-tendent l'une ou l'autre action, je ne vois aucune raison pour laquelle essentiellement la même demande, qu'il s'agisse d'une action en common law ou en *equity*, devrait donner lieu à différents niveaux de redressement. <sup>f</sup>

L'arrêt *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, précité, appuie fortement cette façon d'aborder la question. Cette affaire concernait les voies différentes empruntées par la common law et l'*equity* pour déterminer si le délai est de rigueur dans un bail. Comme nous l'avons constaté en l'espèce, ces voies différentes tendaient à converger jusqu'à un certain point même avant la *Judicature Act*, car il ne faut pas oublier que, bien avant l'adoption de cette loi, [TRADUCTION] «l'évolution d'un système était influencée par l'autre» (lord Simon, à la p. 944). Dans l'affaire *United Scientific*, me semble-t-il, l'art. 25 de la Loi donnait des indications utiles quant à la façon dont les tribunaux modernes devraient aborder cette situation et il n'est pas nécessaire d'entreprendre un examen minutieux de cet arrêt, si ce n'est pour attirer l'attention sur ce que devrait être, de



Lords agreed, Lord Diplock had this to say, at pp. 924-25:

My Lords, if by "rules of equity" is meant that body of substantive and adjectival law that, prior to 1875, was administered by the Court of Chancery but not by courts of common law, to speak of the rules of equity as being part of the law of England in 1977 is about as meaningful as to speak similarly of the Statutes of Uses or of Quia Emptores. Historically all three have in their time played an important part in the development of the corpus juris into what it is today; but to perpetuate a dichotomy between rules of equity and rules of common law which it was a major purpose of the Supreme Court of Judicature Act 1873 to do away with, is, in my view, conducive to erroneous conclusions as to the ways in which the law of England has developed in the last hundred years.

Your Lordships have been referred to the vivid phrase traceable to the first edition of *Ashburner, Principles of Equity* where, in speaking in 1902 of the effect of the Supreme Court of Judicature Act he says (p. 23) "the two streams of jurisdiction" (sc. law and equity) — "though they run in the same channel, run side by side and do not mingle their waters." My Lords, by 1977 this metaphor has in my view become both mischievous and deceptive. The innate conservatism of English lawyers may have made them slow to recognise that by the Supreme Court of Judicature Act 1873 the two systems of substantive and adjectival law formerly administered by courts of law and Courts of Chancery (as well as those administered by courts of admiralty, probate and matrimonial causes), were fused. As at the confluence of the Rhône and Saône, it may be possible for a short distance to discern the source from which each part of the combined stream came, but there comes a point at which this ceases to be possible. If Professor Ashburner's fluvial metaphor is to be retained at all, the waters of the confluent streams of law and equity have surely mingled now.

This approach was followed in the Ontario Court of Appeal in *LeMesurier v. Andrus*, *supra*, where that court, in the face of its own recent contrary *dicta*, held that where specific performance with an abate-

l'avis de la Chambre des lords, l'interaction de la common law et de l'*equity*. Dans un passage auquel ont souscrit tous les autres lords juges, lord Diplock affirme, aux pp. 924 et 925:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, si par «règles d'*equity*» il faut entendre l'ensemble composé du droit positif et de la procédure qui, antérieurement à 1875, était administré par la Cour de la chancellerie et non par les tribunaux de common law, affirmer que les règles d'*equity* font partie du droit d'Angleterre en 1977 n'a pas plus de sens que d'en dire autant des Statutes of Uses ou des lois de Quia Emptores. Historiquement, elles ont toutes les trois, chacune à son époque, joué un rôle important dans la conception du corpus juris que nous connaissons aujourd'hui. Toutefois, la perpétuation d'une dichotomie entre les règles d'*equity* et celles de common law, dichotomie dont la suppression constituait un objectif majeur de la Supreme Court of Judicature Act 1873, prête, selon moi, à des conclusions erronées quant aux façons dont le droit d'Angleterre a évolué au cours des cent dernières années.

On a renvoyé vos Seigneuries à l'expression pittoresque employée dans la première édition d'*Ashburner, Principles of Equity* où, parlant, en 1902, de l'effet de la Supreme Court of Judicature Act, l'auteur dit (p. 23): «les deux courants juridictionnels» (savoir la common law et l'*equity*), «quoiqu'ils partagent le même lit, coulent l'un à côté de l'autre, sans que leurs eaux ne se confondent.» Vos Seigneuries, je crois qu'en 1977 cette métaphore est devenue à la fois pernicieuse et trompeuse. Il se peut que le conservatisme inné des avocats anglais ait fait qu'ils tardent à reconnaître que la Supreme Court of Judicature Act 1873 a eu pour effet de fusionner les deux systèmes de droit positif et de procédure auparavant administrés par les tribunaux de common law et les cours de la chancellerie (de même que ceux administrés par les tribunaux ayant compétence en matières maritime, successorale et matrimoniale). De même qu'il peut être possible au confluent du Rhône et de la Saône de discerner à une faible distance la provenance de chaque partie des eaux réunies, passé un certain point cela devient impossible. Or, pour autant qu'il faille retenir la métaphore fluviale du professeur Ashburner, les eaux des courants confluent de la common law et de l'*equity* sont sûrement confondues maintenant.

Cette approche a été suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *LeMesurier v. Andrus*, précitée, où, malgré les opinions incidentes qu'elle avait récemment exprimées dans le sens contraire, ladite

ment is available to a vendor, he must equally be entitled, where he has sold to another to mitigate his damages, to the common law remedy of damages with an "abatement" or reduction in those damages for the deficiency of title. What made this possible, the court reasoned (at p. 9), was that "(whatever the original intention of the Legislature, the fusion of law and equity is now real and total", citing Lord Diplock's statement. Lambert J.A., in the present case, adopted a similar approach.

The most dramatic example of this approach is the New Zealand case of *Day v. Mead* to which I have previously referred. Mead, Day's solicitor, acted for him for many years in connection with land subdivision projects and other ventures. None of the investments could fairly be described as speculative until those that gave rise to the litigation. These concerned a newly formed company, Pacific Mills Ltd., of which Mead was a director and shareholder. The investment and the decision of the trial judge are conveniently set forth in the headnote to the case, at p. 443, as follows:

In July 1977, acting on Mead's advice, Day purchased 20,000 shares, at \$1 per share, in Pacific Mills, knowing that Mead was a shareholder and that his firm's nominee company had lent money to Pacific Mills. After this initial investment of \$20,000, Day took an interest in the company's business, regularly visiting its paper-mill factory and attending a couple of directors' meetings as an onlooker. Then, in December 1977, once again acting on Mead's advice, Day subscribed for a further 80,000 shares in the company at a cost of \$80,000. In March 1978 the company went into receivership, and Day lost both investments. He sued Mead for his loss plus interest, claiming breach of fiduciary duty. The High Court Judge held that Mead was in breach of his fiduciary duty to Day in failing to refer Day to an independent solicitor and in failing to inform him of the management and financial difficulties facing the company. The Judge further held that Day was entitled to full compensation for his first investment, but, as Day was equally to blame for the loss of his second investment due to his business experience and his involvement with the company between July and December

cour a statué que, dans un cas où un vendeur a droit à l'exécution intégrale avec réduction, il doit avoir droit également, lorsqu'il a vendu à un tiers pour limiter ses dommages, au redressement, offert par la common law, de dommages-intérêts avec «réduction» du montant en raison de l'absence de droit de propriété. Cela était possible, suivant le raisonnement de la cour (à la p. 9), parce que [TRADUCTION] «[q]uelle qu'ait pu être l'intention initiale du législateur, la fusion de la common law et de l'*equity* est maintenant réelle et totale», pour reprendre l'affirmation de lord Diplock. En l'espèce, le juge Lambert de la Cour d'appel a adopté un point de vue analogue.

L'exemple le plus frappant de ce point de vue se trouve dans l'affaire néo-zélandaise *Day v. Mead*, que j'ai déjà mentionnée. Mead, l'avocat de Day, représentait ce dernier depuis bien des années relativement à des projets de lotissement immobilier et à d'autres entreprises. Aucun des placements ne pouvait vraiment être qualifié de spéculatif avant que n'interviennent ceux à l'origine du litige. Ces derniers concernaient une société nouvellement constituée, la Pacific Mills Ltd., dont Mead était administrateur et actionnaire. Le sommaire de l'affaire contient un exposé pratique de la nature du placement et de la décision du juge de première instance, à la p. 443:

[TRADUCTION] En juillet 1977, suivant les conseils de Mead, Day s'est porté acquéreur de 20 000 actions de Pacific Mills au prix unitaire d'un dollar, tout en sachant que Mead était actionnaire et que la société désignée de son cabinet avait prêté des fonds à Pacific Mills. À la suite de ce placement initial de 20 000\$, Day s'est intéressé aux affaires de la société, visitant régulièrement son usine de papier et assistant à titre d'observateur à une ou deux réunions du conseil d'administration. Puis, en décembre 1977, suivant de nouveau les conseils de Mead, Day a acquis 80 000 autres actions de la société au prix de 80 000\$. En mars 1978, la société a été mise sous séquestre et Day a perdu ses deux placements. Alléguant le manquement à une obligation fiduciaire, il a poursuivi Mead en recouvrement de sa perte plus les intérêts. Le juge de la Haute Cour a décidé que Mead avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'il avait envers Day, en ne le renvoyant pas à un avocat indépendant et en ne l'informant des difficultés qu'éprouvait la société sur le double plan de la gestion et des finances. Le juge a statué en outre que Day avait droit au recouvrement intégral de son placement initial mais que, comme Day

1977, he was entitled to compensation for only half that investment. The Judge awarded Day damages of \$60,000, but refused interest on the grounds of Day's delay in bringing the case to trial.

The Court of Appeal affirmed the decision of the trial judge except as to the matter of interest, an issue I need not discuss here. It agreed that Mead, though he acted quite innocently, was, having regard to the circumstances, in breach of fiduciary duties. In the absence of complete disclosure of the various conflicts of interest, he should have referred Day to an independent adviser and should have informed him of the problems faced by the company.

What is important for our purposes is the manner in which the Court of Appeal dealt with compensation, and in particular the question whether the compensation could be reduced in respect of the second investment in 1977 because of Day's contributory negligence. Like the trial judge, it concluded that it was proper to apportion the loss. In its view, not only was this justifiable on the basis of equitable principles, but law and equity had become so merged in this area that the principles of contribution should apply. As well, judge-made law was quite properly affected by legislative action, there the *Contributory Negligence Act*, and by other current trends. Having reviewed a number of cases where there was an intermingling of common law and equitable principles, Cooke P. continued, at p. 451:

These developments accord with what is probably the most authoritative modern exposition of the effect that should be accorded to the Judicature Acts in England, namely the speech of Lord Diplock in *United Scientific Holdings Ltd v Burnley Borough Council* [1978] AC 904, 924-927. As Lord Diplock put it, law and equity have mingled now; the Acts did not bring to a sudden halt the whole process of development of the common law of England that had been so notable a feature of the preceding decades; the legislation placed no ban upon further development of substantive rules by judicial decision. I respectfully subscribe to such views, as will

était tout aussi responsable de la perte de son second placement en raison de son expérience des affaires et de sa participation aux activités de la société entre juillet et décembre 1977. il n'avait droit au recouvrement que de la moitié de ce dernier placement. Le juge a accordé à Day 60 000 \$ de dommages-intérêts, mais a refusé de lui adjuger des intérêts parce qu'il avait tardé à faire instruire l'action.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, sauf en ce qui concerne la question des intérêts qu'il ne m'est pas nécessaire de traiter ici. Elle a convenu que Mead, bien qu'il ait agi tout h fait innocemment, a, eu égard aux circonstances, manqué à des obligations fiduciaires. En l'absence d'une divulgation complète des différents conflits d'intérêts, il aurait dû renvoyer Day à un conseiller indépendant et aurait dû le mettre au courant des problèmes auxquels la société faisait face.

Ce qui importe à nos fins, c'est la manière dont la Cour d'appel a tranché la question de l'indemnisation et, en particulier, celle de savoir si l'indemnité relative au second placement de 1977 pouvait être réduite en raison de la négligence contributive de Day. À l'instar du juge de première instance, elle a conclu qu'il convenait de répartir la perte. D'après la cour, cela était non seulement justifié par les principes d'*equity*, mais encore la common law et l'*equity* étaient à ce point confondues dans ce domaine qu'il y avait lieu d'appliquer les principes de la faute partagée. De plus, le droit prétorien était à très juste titre influencé par des mesures législatives, en l'occurrence la *Contributory Negligence Act*, et par d'autres tendances du jour. Ayant passé en revue un certain nombre de précédents où les principes de common law venaient se confondre avec ceux de l'*equity*, le président Cooke ajoute, à la p. 451:

[TRADUCTION] Ces innovations concordent avec ce qui est probablement l'exposé moderne qui fait le plus autorité quant à l'effet que devraient avoir les Judicature Acts en Angleterre, savoir les propos de lord Diplock dans l'affaire *United Scientific Holdings Ltd v Burnley Borough Council* [1978] AC 904, aux pp. 924 à 927. Pour reprendre les termes de lord Diplock, la common law et l'*equity* sont maintenant confondues; ces lois n'ont pas subitement arrêté tout le processus de conception de la common law d'Angleterre, qui avait été une caractéristique si remarquable des décennies précédentes. Ces lois n'interdisaient aucunement la continua-

be apparent from *Hayward v Giordani* [1983] NZLR 140, 148.

Compensation or damages in equity were traditionally said to aim at restoration or restitution, whereas common law tort damages are intended to compensate for harm done; but in many cases, the present being one, that is a difference without a distinction. There is, however, the more significant historical difference that Courts of equity were regarded as having wider discretions than common law Courts. Equitable relief was said to be always discretionary. Its grant or refusal was influenced by ideas expressed in sundry maxims. He who seeks equity must do equity. He who seeks equity must come with clean hands. Delay defeats equity. These are merely examples. Further, relief could be granted on terms or conditions.

Whether or not there are reported cases in which compensation for breach of a fiduciary obligation has been assessed on the footing that the plaintiff should accept some share of the responsibility, there appears to be no solid reason for denying jurisdiction to follow that obviously just course, especially now that law and equity have mingled or are interacting. It is an opportunity for equity to show that it has not petrified and to live up to the spirit of its maxims. Moreover, assuming that the Contributory Negligence Act does not itself apply, it is nevertheless helpful as an analogy, on the principle to which we in New Zealand are increasingly giving weight that the evolution of Judge-made law may be influenced by the ideas of the legislature as reflected in contemporary statutes and by other current trends: compare *Dominion Rent A Car Ltd v Budget Rent a Car Systems (1970) Ltd* [1978] 2 NZLR 395, citing *Erven Warnink v J Townend A Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, 743 per Lord Diplock.

I agree with this approach. As I have attempted to demonstrate, it would be possible to reach this result following a purely equitable path. I agree with Cooke P. that the maxims of equity can be flexibly adapted to serve the ends of justice as perceived in our days.

lion de la conception des règles de fond par les tribunaux. Comme le révèle la décision *Hayward v Giordani* [1983] NZLR 140, à la p. 148, je souscris, en toute déférence, à ces points de vue.

<sup>a</sup> L'indemnisation ou les dommages-intérêts en *equity* étaient traditionnellement considérés comme visant à rétablir la situation antérieure ou à effectuer la restitution, tandis que les dommages-intérêts accordés en common law par suite d'un délit civil sont destinés à dédommager du préjudice subi; mais dans bien des cas, comme <sup>b</sup> en l'espèce, c'est là une différence qui ne comporte aucune distinction. Il y a toutefois cette différence historique, plus importante d'ailleurs, qu'on reconnaissait aux tribunaux d'*equity* des pouvoirs discrétionnaires <sup>c</sup> plus larges que ceux des tribunaux de common law. Les redressements d'*equity* étaient, disait-on, toujours discrétionnaires. La décision de les accorder ou de les refuser était influencée par les idées qu'exprimaient diverses maximes. Quiconque veut l'équité doit agir équitablement. Quiconque veut l'équité doit avoir les mains propres. Le manque de diligence fait échec à l'équité. Ce ne sont là que quelques exemples. Il était possible, en outre, d'accorder un redressement sous réserve de certaines modalités ou conditions.

<sup>e</sup> Qu'il existe ou non des décisions publiées dans lesquelles l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire a été fixée à partir de l'idée que le demandeur devrait assumer une partie de la responsabilité, il ne semble y avoir aucun motif sérieux de refuser d'admettre la compétence pour agir de cette façon manifestement juste, compte tenu surtout de la fusion ou de l'interaction actuelles de la common law et de l'*equity*. C'est une occasion pour l'*equity* de prouver qu'elle n'est pas sclérosée et de respecter l'esprit de ses maximes. De plus, à supposer que la *Contributory Negligence Act* soit elle-même inapplicable, elle est néanmoins utile à titre analogique, suivant le principe, auquel nous donnons de plus en plus de poids en Nouvelle-Zélande, voulant que l'évolution du droit prétorien puisse être influencée par les idées du législateur reflétées dans les lois contemporaines et par d'autres tendances actuelles: cf. *Dominion Rent A Car Ltd v Budget Rent a Car Systems (1970) Ltd* [1978] 2 NZLR 395, citant *Erven Warnink v J Townend A Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, à la p. 743, lord <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> Diplock.

Je souscris à ce point de vue. Comme j'ai tenté de le démontrer, il serait possible d'aboutir à ce résultat en ayant recours uniquement à l'*equity*. Je partage l'avis du président Cooke, selon lequel les maximes de l'*equity* possèdent une souplesse qui permet de les

They are not rules that must be rigorously applied but malleable principles intended to serve the ends of fairness and justice. Viscount Haldane reminded us in *Nocton v. Lord Ashburton* of the elasticity of equitable remedies. But in this area, it seems to me, even the path of equity leads to law. The maxim that "equity follows the law" (though I realize that it has traditionally been used only where the Courts of Chancery were called in the course of their work to apply common law concepts) is not out of place in this area where law and equity have long overlapped in pursuit of their common goal of affording adequate remedies against those placed in a position of trust or confidence when they breach a duty that reasonably flows from that position. And, as I have indicated, willy-nilly the courts have tended to merge the principles of law and equity to meet the ends of justice as it is perceived in our time. That, in effect, is what was done in *Jacks v. Davis*, *supra*, and by the courts below in the instant case. As I see it, this is both reasonable and proper. It is worth observing that while the breakthrough in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, took place in a common law context, it finds its roots in equitable principles; see Gummow in *Equity, Fiduciaries and Trusts*, *supra*, at pp. 60-61; Davidson, *supra*, at pp. 370-71.

Lord Diplock's remark to the effect that the two streams of common law and equity have now mingled and interact are abundantly evident in this area. That is as it should be because in this particular area law and equity have for long been on the same course and whether one follows the way of equity through a flexible use of the relatively undeveloped remedy of compensation, or the common law's more developed approach to damages is of no great moment. Where "the measure of duty is the same", the same rule should apply; see Somers J. in *Day v. Mead*, *supra*, at p. 457. Only when there are different policy objectives should equity engage in its well-known flexibil-

adapting to the realization of the objects of justice as perceived of our days. It is not a matter of applying rigidly, but of applying malleable principles intended to favor equity and justice. Lord Haldane reminds us, in the *Nocton v. Lord Ashburton* case, of the elasticity of equitable remedies. It seems to me, even in this area, the path of equity leads to law. The maxim that "equity follows the law" (though I realize that it has traditionally been used only where the Courts of Chancery were called in the course of their work to apply common law concepts) is not out of place in this area where law and equity have long overlapped in pursuit of their common goal of affording adequate remedies against those placed in a position of trust or confidence when they breach a duty that reasonably flows from that position. And, as I have indicated, willy-nilly the courts have tended to merge the principles of law and equity to meet the ends of justice as it is perceived in our time. That, in effect, is what was done in *Jacks v. Davis*, *supra*, and by the courts below in the instant case. As I see it, this is both reasonable and proper. It is worth observing that while the breakthrough in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, took place in a common law context, it finds its roots in equitable principles; see Gummow in *Equity, Fiduciaries and Trusts*, *supra*, at pp. 60-61; Davidson, *supra*, at pp. 370-71.

L'observation de lord Diplock, selon laquelle les deux courants de la common law et de l'*equity* sont maintenant confondus et en interaction, tient de la plus grande évidence dans ce domaine. Cela est comme il se doit puisqu'il s'agit d'un domaine où la common law et l'*equity* suivent depuis longtemps la même voie et il importe peu qu'on adopte la méthode de l'*equity* en se servant avec souplesse du redressement relativement peu développé de l'indemnisation ou qu'on ait recours au redressement de common law plus développé que représentent les dommages-intérêts. Lorsque [TRADUCTION] «la portée de l'obligation est identique», la même règle devrait s'appliquer;

ity to achieve a different and fairer result. The foundation of the obligation sought to be enforced, Somers J. notes at p. 458, is "the trust or confidence reposed by one and accepted by the other or the assumption to act for the one by that other". That being so, it would be odd if a different result followed depending solely on the manner in which one framed an identical claim. What is required is a measure of rationalization. I fully concur with the following statement of Somers J., at p. 458:

I am disposed to think that the equitable and common law obligations as to disclosure, use of confidential information, and want of care discernible in the cases are now but particular instances of duties imposed by reason of the circumstances in which each party stands to the other and that while the particular remedy for breach of duty may depend upon the way the case has developed, equity and the law arc set upon the same course.

I am aware that reservations have been expressed in some quarters about this fusion or, perhaps more accurately, mingling of law and equity; see Hanbury and Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1985), at pp. 22-26. But no case was brought to our attention where it has led to confusion, and there are many cases, some of which I have discussed, where it has made possible a just and reasonable result. It simply provides a general, but flexible, approach that allows for direct application of the experience and best features of both law and equity, whether the mode of redress (the cause of action or remedy) originates in one system or the other. There might be room for concern if one were indiscriminately attempting to meld the whole of the two systems. Equitable concepts like trusts, equitable estates and consequent equitable remedies must continue to exist apart, if not in isolation, from common law rules. But when one moves to fiduciary relationships and the law regarding misstatements, we have a situation where now the courts of common law, now the courts of equity

voir les motifs du juge Somers dans l'affaire *Day v. Mead*, précitée, à la p. 457. Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue de l'*equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable. L'obligation qu'on cherche à faire respecter repose, indique le juge Somers, à la p. 458, sur [TRADUCTION] «la confiance accordée par une personne et acceptée par l'autre ou le fait pour cette dernière de prendre la responsabilité d'agir pour l'autre». Cela étant, il serait étrange que le résultat varie uniquement en fonction de la manière dont on formule des demandes identiques. Une certaine mesure de rationalisation s'impose. À ce propos, je souscris entièrement à l'énoncé suivant du juge Somers, à la p. 458:

[TRADUCTION] Je suis porté à croire que les obligations, se dégageant de la jurisprudence, imposées par l'*equity* et la common law en ce qui concerne la divulgation, l'utilisation de renseignements confidentiels et le manque de diligence ne constituent maintenant que des exemples précis d'obligations résultant des circonstances dans lesquelles chaque partie se trouve par rapport à l'autre, et que, bien que le redressement particulier à accorder pour le manquement à une obligation puisse dépendre de la façon dont l'affaire a évolué, l'*equity* et la common law sont engagées dans la même voie.

Je suis conscient que d'aucuns ont exprimé des doutes quant à cette fusion ou, plus précisément peut-être, quant à ce mélange de la common law et de l'*equity*, voir Hanbury et Maudsley, *Modern Equity* (12<sup>e</sup> éd. 1985), aux pp. 22 à 26. Mais on ne nous a mentionné aucun cas où cela a engendré de la confusion. Par contre, il existe bien des cas où cette situation a permis d'aboutir à un résultat juste et raisonnable et j'en ai analysé un certain nombre. Cela fournit simplement une méthode générale, mais souple, qui permet d'appliquer directement l'expérience et les meilleures caractéristiques de la common law et de l'*equity*, peu importe que le redressement (la cause d'action ou le recours) émane d'un système ou de l'autre. Une certaine inquiétude se justifierait peut-être s'il s'agissait d'une tentative de mélanger aveuglément les deux systèmes au complet. Les concepts d'*equity*, tels que les fiducies, les droits de propriété en *equity* et les redressements d'*equity* qui s'ensuivent doivent continuer à exister, sinon isolément, du moins indépendamment des règles de common law.

moved forward to provide remedies where a person failed to meet the trust or confidence reposed in that person. There was throughout considerable overlap. In time the common law outstripped equity and the remedy of compensation became somewhat atrophied. Under these circumstances, why should it not borrow from the experience of the common law? Whether the courts refine the equitable tools such as the remedy of compensation, or follow the common law on its own terms, seems not particularly important where the same policy objective is sought.

Where a situation requires different policy objectives, then the remedy may be found in the system that appears more appropriate. This will often be equity. Its flexible remedies such as constructive trusts, account, tracing and compensation must continue to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. Nor should this process be confined to pre-existing situations. Lord Diplock has reminded us that the regime of conjoint application of law and equity introduced by the *Judicature Act* must not be seen as bringing to a halt the process of development of substantive law in both great systems of judicially created law. And this Court in cases such as *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley, supra*, and *Lac Minerals, supra*, to name but two, has not been slow to accept this counsel.

But, as these cases underline, equity cannot be rigidly applied. Its doctrines must be attuned to different circumstances. Quite obviously not all fiduciary obligations are the same. It would be wholly inappropriate to interpret equitable doctrines so technically as to displace common law rules that achieve substantial justice in areas of common concern, thereby leading to harsh and inequitable results. I wholeheartedly reject the notion advanced by the appellants that the Court of Appeal fell "into error because of a mis-

Dans le cas des rapports fiduciaires et du droit applicable aux déclarations inexactes, nous nous trouvons devant une situation où tantôt les tribunaux de common law, tantôt les tribunaux d'*equity*, ont entrepris d'accorder des redressements lorsqu'une personne abusait de la confiance que lui avait témoignée une autre personne. Il y a toujours eu une grande mesure de chevauchement. Avec le temps, la common law est venue à devancer l'*equity* et le redressement sous forme d'indemnisation s'est quelque peu atrophié. Dans ces circonstances, pourquoi l'*equity* ne devrait-elle pas emprunter à la common law? Que les tribunaux décident d'améliorer les outils, comme le redressement sous forme d'indemnisation, fournis par l'*equity*, ou de suivre exactement la common law, cela ne paraît pas particulièrement important lorsque c'est le même objectif de principe qui est poursuivi.

Si une situation nécessite la poursuite de différents objectifs de principe, on peut alors chercher le redressement dans le système qui paraît convenir le mieux. Souvent, ce sera l'*equity*. Ses redressements souples, tels que les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent donc continuer à être façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Ce processus ne devrait pas non plus se limiter aux situations déjà évaluées par les tribunaux. Lord Diplock nous rappelle en effet qu'il ne faut pas considérer le régime d'application conjointe de la common law et de l'*equity*, instauré par la *Judicature Act*, comme arrêtant le processus de conception du droit positif dans les deux grands systèmes de droit prétorien. Et c'est là un conseil que notre Cour n'a pas hésité à accepter dans des arrêts comme *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* et *Lac Minerals*, précités, pour ne nommer que ceux-là.

Mais, comme le souligne cette jurisprudence, l'*equity* ne saurait s'appliquer rigidement. Ses principes doivent être adaptés à différentes circonstances. Il est bien évident que toutes les obligations fiduciaires ne sont pas identiques. Il ne conviendrait pas du tout de donner aux principes d'*equity* une interprétation à ce point formaliste qu'elle écarterait des règles de common law qui assurent un degré considérable de justice dans des domaines qui relèvent des deux systèmes, laquelle interprétation entraînerait

placed concern with concepts of common sense and reasonableness". I would have thought these concerns were central to both common law and equity.

It was said, however, that the approach is necessary to sustain fiduciary relationships. I do not accept that there is need to strengthen the fiduciary position to the point of unnecessary harshness. Both the common law and equity sufficiently support the fiduciary position by compensating the victim of the breach of confidence. Damages equivalent to those for deceit would seem sufficient to meet both these ends. That was the level of compensation awarded by the courts below and neither party contested its appropriateness.

#### Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have read the draft judgment of my colleague, La Forest J. and agree with his conclusion and am in substantial agreement with his reasoning.

I part company with his reasoning on two points.

#### I. Compensation as a Remedy

Firstly, while I am in agreement that compensation here should not be determined in the same way as a court of equity would determine compensation in the case of a claim against a trustee, I would not define compensation in equity as merely putting the plaintiff in as good a position as the plaintiff was before the breach. In *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134, the Defendant actually took title to the principal's property and I would have been inclined to

ainsi des résultats à la fois durs et inéquitables. Je rejette catégoriquement la notion avancée par les appelantes, selon laquelle la Cour d'appel a commis [TRADUCTION] «une erreur en insistant à tort sur les concepts du bon sens et du caractère raisonnable». J'aurais cru en fait que ces préoccupations se trouvent au cœur même de la common law et de l'*equity*.

On a prétendu cependant qu'un tel point de vue s'impose pour soutenir les rapports fiduciaires. Quant à moi, je n'admets pas qu'il soit nécessaire de recourir à une rigueur démesurée pour renforcer les rapports fiduciaires. Aussi bien la common law que l'*equity* accordent un soutien suffisant aux rapports fiduciaires en indemnisant la victime de l'abus de confiance. Des dommages-intérêts égaux à ceux attribués dans le cas du dol sembleraient suffisants pour atteindre ces deux objectifs. C'est précisément ce niveau d'indemnisation qu'ont accordé les tribunaux d'instance inférieure et ni l'une ni l'autre partie n'a contesté son caractère approprié.

#### Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge La Forest. Je souscris à sa conclusion et j'approuve pour l'essentiel son raisonnement.

Mon opinion diverge cependant de la sienne sur deux points.

#### 1. L'indemnisation en tant que redressement

D'abord, tout en convenant que l'indemnité en l'espèce ne devrait pas être déterminée de la même façon que le ferait un tribunal d'*equity* dans le cas d'une action contre un fiduciaire, je ne définirais pas l'indemnisation en *equity* comme se bornant à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le manquement. Dans l'affaire *McKenzie v. McDonald*. [1927] V.L.R. 134, le défendeur a effectivement acquis la propriété du bien-fonds de sa mandante et, pour ma part, j'aurais été enclin à lui faire rendre le bénéfice réalisé. Or, il ne s'agit pas en l'espèce de la réalisation d'un béné-



make him disgorge the profit. This case is not one of profit making and restitutionary concepts do not fit.

On the other hand, I think Viscount Haldane was correct in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, at p. 958, when he says that the measure of damages in a compensation claim may not always be the same as in an action of deceit or negligence. The thrust of the article by Davidson, "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, is that compensation in equity differs from damages, particularly, of course, where equity is looking at restitution. The difference is also helpfully discussed by Gummow J., writing extra-judicially, in "Compensation for Breach of Fiduciary Duty", in Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989).

In my view a court of equity, applying principles of fairness, would and should draw the line at calling upon the fiduciary to compensate for losses arising as a result of the unanticipated neglect of the engineers and pile driving contractor. The fiduciary had nothing to do with their selection, their control, their contractual or bonding obligations. It follows that I agree with the trial judge and the British Columbia Court of Appeal that these losses are too remote, not in the sense of failing the "but for" test, but in being so unrelated and independent that they should not, in fairness, be attributed to the defendant's breach of duty.

## 2. The Fusion of Law and Equity

I do not think that the so-called fusion of law and equity has anything to do with deciding this case. If it did, the rules of equity would prevail. I greatly fear that talk of fusing law and equity only results in confusing and confounding the law. I do agree that equity is not frozen at the time of the *Judicature Acts*.

ficc et il ne convient pas d'appliquer les concepts de restitution.

Par contre, je crois que le vicomte Haldane a eu raison de dire, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, à la p. 958, qu'il se peut que la somme à accorder dans le cas d'une demande d'indemnisation ne se calcule pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence. L'article de Davidson, intitulé «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, porte essentiellement que l'indemnisation en *equity* diffère des dommages-intérêts, particulièrement, bien entendu, lorsque *l'equity* envisage la restitution. Le juge Gummow fait lui aussi une analyse utile de cette différence dans son article intitulé «Compensation for Breach of Fiduciary Duty», publié dans Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989).

Selon moi, un tribunal *d'equity*, qui applique les principes d'équité, n'irait pas, ni ne devrait aller, jusqu'à sommer la personne soumise à une obligation fiduciaire de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la négligence imprévue des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux. La personne soumise à une obligation fiduciaire n'avait nullement participé à leur sélection ou à leur surveillance et elle était en outre étrangère à leurs obligations en matière de contrat ou de cautionnement. Il s'ensuit que je suis d'accord avec le juge de première instance et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que ces pertes sont trop indirectes, non pas en ce sens qu'elles ne satisfont pas au critère du «n'eût été», mais du fait qu'elles sont si éloignées et indépendantes qu'elles ne devraient pas, en toute justice, être attribuées au manquement par le défendeur à son obligation.

## 2. La fusion de la common law et de *l'equity*

Je ne crois pas que la prétendue fusion de la common law et de *l'equity* soit le moins pertinentement en l'espèce. Dans l'hypothèse contraire, ce seraient toutefois les règles de *l'equity* qui l'emporteraient. Je crains beaucoup que parler de la fusion de la common law et de *l'equity* n'ait pour effet que d'apporter la confusion au droit et de faire échec à son application. J'accepte que *l'equity* n'a pas été figée au moment de

**But the *Judicature Acts* were not a new *Statute of Uses*.**

Nor do I agree that principles of contributory negligence were introduced by fusion. This subject is addressed in the article of Gummow J, to which I referred. Common law contributory negligence was a complete bar to the action which it would be if equity adopted the common law. Moreover, this Court has held that contributory negligence legislation does not apply in a claim for breach of trust: *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343, at p. 352 (cited by Gummow). The beneficiary is under no duty to the trustee any more than the plaintiffs here were under any duty to the defendant solicitor. I do not say that a court of equity might not find some losses to be caused by a plaintiff rather than a defendant, and to be too remote in that sense, but it would not do so because of the fusion of law and equity.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Campney & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Guild, Yule & Co., Vancouver.*

l'adoption des *Judicature Acts*. Celles-ci ne constitueraient cependant pas un nouveau *Statute of Uses*.

Je n'admets pas non plus que la fusion a eu pour effet d'introduire les principes de la négligence contributive. C'est là un sujet qui est abordé dans l'article du juge Gummow, dont j'ai déjà fait mention. En common law, la négligence contributive était un empêchement absolu à l'action, comme ce serait le cas si *l'equity* adoptait la common law. Notre Cour a d'ailleurs statué que la législation en matière de négligence contributive ne s'applique pas à une action pour manquement aux obligations du fiduciaire: *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343, à la p. 352 (arrêt cité par Gummow). Le bénéficiaire n'a pas d'obligation envers le fiduciaire, pas plus que les demanderesse en l'espèce n'en avaient envers l'avocat défendeur. Je ne dis pas qu'un tribunal *d'equity* ne pourrait pas juger certaines pertes attribuables au demandeur plutôt qu'au défendeur et, dans ce sens-là, trop indirectes, mais ce ne serait pas en raison de la fusion de la common law et de *l'equity* qu'il le ferait.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Campney A Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intimés: Guild, Yule & Co., Vancouver.*