

**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**

a c.

**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.

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?*

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 engagement 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.

Le 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 devrait 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 & Co. v. Heller & 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'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. 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 & 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 maximes 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

tives 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 atrophié. 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, aff'd [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, aff'd [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]

démunition 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: Butterworths, 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; *Guerin 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; *Lac 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.

### Doctrine citée

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.

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.

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

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

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

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

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

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

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 plaintiff's 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.

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 demandereses. Plus particulièrement, le présent pourvoi soulève la question de savoir si les demandereses 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.

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

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 <sup>b</sup> 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 <sup>c</sup> 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 <sup>d</sup> 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>e</sup>

<sup>f</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 <sup>g</sup>

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 Ashburton*, [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.

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 juge Wilson.

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 Ashburton*, [1914] 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.»

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

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.

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

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.

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 dol, 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 cette analogie ne peut pas s'appliquer à la première catégorie (voir le juge *La Forest*, à la p. 578). À 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 *Nocton 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 liabil-

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 *Nocton 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-