

**John Culina, as Trustee (Plaintiff) Appellant;**

and

**Erzi Giuliani (Defendant) Respondent;**

and

**George John Majic (Defendant).**

1971: May 12, 13; 1971: October 5.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall and Spence JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Trusts and trustees—Agreement for purchase of shares by trustee—Contract frustrated by failure to operate company honestly—Purchaser involved vicariously and through own actions in fraud upon company—Whether plaintiff suing in capacity as trustee entitled to recover on that basis despite fact that there may be claim by defendant against him personally.*

The defendant M, a solicitor, and the respondent G became the owners of certain lands and subsequently caused a company to be incorporated (NH Ltd.) to which they conveyed the lands in return for 1,000 common shares. M and G desired to obtain the sum of \$40,000 for the purpose of developing the lands. The appellant's father (A) and another person (B) provided this sum and

**John Culina, comme fiduciaire (Demandeur)  
Appelant;**

et

**Erzi Giuliani (Défendeur) Intimé;**

et

**George John Majic (Défendeur).**

1971: les 12 et 13 mai; 1971: le 5 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall et Spence.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Fiducie et fiduciaire—Convention pour l'achat d'actions par fiduciaire—Impossibilité d'exécuter le contrat par suite du défaut d'exploiter la compagnie honnêtement—Acheteur impliqué indirectement et par ses propres actes dans la fraude commise à l'égard de la compagnie—Le demandeur a-t-il droit d'obtenir réparation à titre de fiduciaire même s'il se peut que le défendeur ait une réclamation contre lui à titre personnel.*

Le défendeur M, avocat, et l'intimé G ont acquis certains terrains et ont subséquemment constitué une compagnie (NH Ltd.) à laquelle ils ont transféré les biens-fonds en échange de 1,000 actions ordinaires. M et G ont voulu obtenir la somme de \$40,000 pour mettre en valeur les biens-fonds. Le père de l'appelant (A) et une autre personne (B) ont fourni cette somme et l'ont remise à l'appelant.

gave it to the appellant. The appellant, who was a student-at-law articled to M, thereupon entered into an agreement dated March 13, 1958, with G and M for the purchase of 200 shares in NH Ltd., and in this agreement G and M made several covenants. On the same day and by a document which was drafted by M, the appellant declared that he held the 200 common shares, which he had purchased under the agreement, in trust for the beneficiaries A and B.

The documents were executed contemporaneously; the \$40,000 was duly paid by the appellant and was shared by M and G. Thereafter, M and G operated the company dishonestly and as a result of their machinations the shares in NH Ltd. became worthless.

The appellant, who had continued as an articled student and later became a law partner of M and had also continued to take an active part in the operation of NH Ltd., brought an action in his capacity as trustee against G and M. The trial judge held that the defendants had breached the agreement of March 13, 1958, and awarded the appellant \$40,000. On an appeal by G, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the action as against G. The judgment at trial as against M was a default judgment and M did not appeal to the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed and judgment given in favour of the appellant for the sum of \$40,000, subject to the direction that the judgment should be specifically limited to a judgment in favour of the appellant as trustee.

As found by the Court below, the law practice in which the appellant and M were partners was so interwoven with the affairs of the particular company that the fraud of M with respect to that company was the fraud vicariously of the appellant. The case had to be decided on the basis that the appellant, in his personal capacity, both vicariously as a partner in the law firm and through his own actions, was involved in the fraud upon the company.

The Court, adopting the result arrived at in *Wetmore v. Porter* (1883), 92 N.Y.R. 76, was of the opinion that a plaintiff suing in a capacity as a trustee is entitled to recover on that basis despite the fact that there may be a claim by the defendant against him on a personal basis. In the present case, the appellant acted in the purchase of the shares and entering into the agreement of March 13, 1958, as a trustee and did so to the knowledge of M and

Ce dernier, alors étudiant en droit faisant un stage chez M, a conclu, le 13 mars 1958, une entente avec G et M pour l'achat de 200 actions de NH Ltd. Dans cette entente, G et M ont fait plusieurs conventions. Le même jour, dans un document rédigé par M, l'appelant a déclaré qu'il détenait en fiducie pour les bénéficiaires A et B les 200 actions ordinaires qu'il avait achetées en vertu de la convention.

Les documents ont été signés en même temps; l'appelant a dûment payé la somme de \$40,000, que M a partagée avec G. M et G ont exploité la compagnie déshonnêtement, et les actions de NH Ltd. ne valent rien par suite de leurs machinations.

L'appelant, qui a continué son stage d'étudiant en droit et plus tard est devenu associé de M comme avocat et qui a continué de prendre activement part à l'exploitation de NH Ltd., a pris une action en qualité de fiduciaire contre G et M. Le juge de première instance a statué que les défendeurs ont violé le contrat du 13 mars 1958, et a adjugé à l'appelant \$40,000. Sur appel interjeté par G, la Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté l'action contre G. Le jugement de première instance contre M était un jugement par défaut et M n'a pas interjeté appel à la Cour d'appel.

*Arrêt:* L'appel doit être accueilli et le montant de \$40,000 doit être adjugé à l'appelant, le jugement se limitant spécifiquement à un jugement en faveur de l'appelant en qualité de fiduciaire.

Comme l'a décidé la Cour d'appel, l'étude dans laquelle l'appelant et M étaient associés était tellement liée aux affaires de la compagnie en question que la fraude commise par M à l'égard de cette compagnie est indirectement celle de l'appelant. Cette affaire doit être décidée en tenant compte du fait que l'appelant, indirectement en qualité d'associé de l'étude et par ses propres actes, était personnellement impliqué dans la fraude commise à l'égard de la compagnie.

Adoptant la conclusion à laquelle on a abouti dans *Wetmore v. Porter* (1883), 92 N.Y.R. 76, le demandeur qui poursuit en qualité de fiduciaire a le droit d'obtenir réparation à ce titre, même s'il se peut que le défendeur ait une réclamation contre lui à titre personnel. En l'espèce, l'appelant a agi en qualité de fiduciaire lorsqu'il a acheté les actions et conclu l'entente du 13 mars 1958, et ce à la connaissance de M et de G. Par conséquent, même s'il est associé

G. Therefore, despite the appellant's character as a partner of M and so vicariously liable for M's actions, and despite his various actions in reference to the affairs of the company, it was held that he should be entitled to assert his rights as trustee.

The conduct of M and G made impossible the carrying out of the contract between the appellant and them and therefore the appellant, only as trustee, was entitled to damages.

*Gibson v. Winter* (1883), 5 B. & Ad. 96; *Hinchcliffe v. Baird and Botterell*, [1920] 3 W.W.R. 159, distinguished; *De Pothonier v. De Mattos* (1858), 120 E.R. 581, referred to; *Southern Foundries (1926), Ltd. v. Shirlaw*, [1940] A.C. 701, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, allowing an appeal from a judgment of Donohue J. Appeal allowed.

*H. M. Lang, Q.C.*, and *B. A. Crane*, for the plaintiff, appellant.

*J. Sopinka* and *S. N. Lederman*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on November 3, 1969, by which judgment it allowed an appeal from the judgment of Donohue J. at trial. In the latter, Donohue J. had awarded the appellant \$40,000 and costs.

It is necessary to state the facts with some particularity.

George John Majic, hereinafter called Majic, was a solicitor practising in the City of Sault Ste. Marie, in the Province of Ontario. Reference will be made hereafter to his various associates in such practice. Erzi Giuliani was active in a number of businesses including the development of residential building lots. Majic and Giuliani became the owners of an acreage near the City of Sault Ste. Marie. The respective investments of the two are not relevant. They caused to be incorporated a company known as Northern Heights (Sault) Limited and conveyed the lands to the company in return for 1,000 common shares, causing 499 shares to be issued to each of them and one share to be issued to each of their wives.

à M et donc indirectement responsable des actes de ce dernier, et malgré les diverses mesures qu'il a prises en ce qui concerne les affaires de la compagnie, l'appelant devrait pouvoir faire valoir ses droits en qualité de fiduciaire.

Le comportement de M et G a rendu impossible l'exécution du contrat qu'ils avaient conclu avec l'appelant; par conséquent, l'appelant a droit à des dommages-intérêts uniquement en qualité de fiduciaire.

Distinction avec les arrêts: *Gibson v. Winter* (1883), 5 B. & Ad. 96; *Hinchcliffe v. Baird and Botterell*, [1920] 3 W.W.R. 159. Arrêt cité: *De Pothonier v. De Mattos* (1858), 120 E.R. 581. Arrêt suivi: *Southern Foundries (1926), Ltd. v. Shirlaw*, [1940] A.C. 701.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, accueillant un appel d'un jugement du Juge Donohue. Appel accueilli.

*H. M. Lang, c.r.*, et *B. A. Crane*, pour le demandeur, appellant.

*J. Sopinka et S. N. Lederman*, pour le défendeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 3 novembre 1969 et accueillant un appel de la décision du juge de première instance Donohue qui a adjugé à l'appelant \$40,000 et les dépens.

Il est nécessaire d'exposer les faits quelque peu en détail.

George John Majic, ci-après appelé Majic, avocat, pratiquait à Sault-Sainte-Marie, en Ontario. Nous parlerons plus loin de ses divers associés dans cette pratique. Erzi Giuliani s'occupait activement d'un certain nombre d'entreprises, y compris la mise en valeur de lots à bâtir à des fins résidentielles. Majic et Giuliani ont acquis une propriété près de Sault-Sainte-Marie. Leurs investissements respectifs ne sont pas importants en l'espèce. Ils ont constitué une compagnie appelée Northern Heights (Sault) Limited à laquelle ils ont transféré les biens-fonds en échange de 1,000 actions ordinaires, faisant émettre 499 actions à chacun d'eux et une action à leur épouse.

In the year 1958, the appellant was a student-at-law articled to the defendant Majic. When he was such student, Majic and the respondent Giuliani desired to obtain the sum of \$40,000 for the purpose of developing the lands owned by Northern Heights (Sault) Limited, to which I shall refer hereafter as "the company". The appellant's father, Joseph Culina, and one Mike Maich provided the sum of \$40,000 and gave it to the appellant and then the appellant entered into an agreement dated March 13, 1958, with the respondent Giuliani and the defendant Majic. In this agreement Giuliani and Majic are described as vendors and the appellant is described as purchaser. The agreement is quite brief and I shall quote it in full:

WHEREAS the vendors are the owners of approximately sixty-six (66) acres of property in the Township of Tarentorus, bordering Wilson Street, between Northern Avenue and St. George's Avenue which said property has been subdivided into 248 lots and said property is now known as the Giuliani Subdivision.

WHEREAS the vendors have transferred the said property to a company incorporated under the Corporation Act of the Province of Ontario, and known as Northern Heights (Sault) Limited which said company has an authorized capitalization of \$500,000.00 having issued to them 1000 common shares as follows:

499 common shares, par value \$1.00 to Erzi Giuliani

1 common share, par value \$1.00 to Ines Giuliani

499 common shares, par value \$1.00 to George John Majic

1 common share, par value \$1.00 to Rolleen Majic

WITNESSETH that in consideration of the mutual agreements hereinafter contained, it is agreed by and between the parties hereto as follows:

(1) The vendors agree to sell and the purchaser agrees to purchase 20% of the issued 1000 common shares from the vendors for the sum of \$40,000.00.

(2) The vendors agree that the sale price of the property from themselves to the Limited Company shall be paid from their portion of interest in the said Company and that any mortgages outstanding against the property shall not be assumed

En 1958, l'appellant, alors étudiant en droit, faisait un stage chez le défendeur Majic. A cette époque-là, Majic et l'intimé Giuliani ont voulu obtenir la somme de \$40,000 pour mettre en valeur les biens-fonds appartenant à Northern Heights (Sault) Limited, ci-après appelée «la compagnie». Le père de l'appellant, Joseph Culina, et un dénommé Mike Maich ont fourni la somme de \$40,000 et l'ont remise à l'appellant qui, le 13 mars 1958, a conclu une entente avec l'intimé Giuliani et le défendeur Majic. Dans cette entente, Giuliani et Majic sont désignés comme vendeurs et l'appellant comme acquéreur. Le contrat est passablement court et je le cite au complet:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT que les vendeurs sont propriétaires d'un terrain de soixante-six (66) acres environ dans le canton de Tarentorus, en bordure de la rue Wilson, entre l'avenue Northern et l'avenue St-Georges, lequel terrain est subdivisé en 248 lots et maintenant connu sous le nom de lotissement Giuliani;

CONSIDÉRANT que les vendeurs ont transféré ledit terrain à une compagnie constituée en vertu du *Corporation Act* d'Ontario et appelée Northern Heights (Sault) Limited, ladite compagnie ayant un capital autorisé de \$500,000.00 et leur ayant émis 1,000 actions ordinaires réparties comme suit:

499 actions ordinaires, valeur au pair: \$1.00, à Erzi Giuliani

1 action ordinaire, valeur au pair: \$1.00, à Ines Giuliani

499 actions ordinaires, valeur au pair: \$1.00, à George John Majic

1 action ordinaire, valeur au pair: \$1.00, à Rolleen Majic

EN FOI DE QUOI, en contrepartie des conventions mutuelles ci-après énoncées, les parties aux présentes conviennent de ce qui suit:

(1) Les vendeurs conviennent de vendre et l'acheteur convient d'acheter aux vendeurs 20 pour cent des 1,000 actions ordinaires émises, pour la somme de \$40,000.00.

(2) Les vendeurs conviennent que le prix auquel la compagnie à responsabilité limitée leur a acheté le terrain sera payé sur leur part d'intérêts dans ladite compagnie et que la compagnie n'assumera aucune hypothèque grevant le terrain, de sorte

by the Company so that the interest of the purchaser in the Company shall not be affected in any way whatsoever.

(3) Any lots sold to date shall be deemed to be sold subsequent to the purchaser having purchased an interest in the said Company.

(4) All development expenses such as roads, sewers, etc., shall be paid by the said Company.

(5) It is agreed between the parties hereto that the number of directors shall be reduced to three; that the respective wives of the vendors shall resign as directors, and that the purchaser shall be appointed a director.

(6) It is further agreed between the parties here-to that no act by the Company shall be valid unless all three directors unanimously agree.

(7) The vendors further agree that if on March 15, 1961, the purchaser has not received \$80,000.00 in dividends or if the said 20% interest is not valued at \$80,000.00 then the vendors shall transfer to the purchaser sufficient common shares in the said company from themselves to bring the value of the purchaser up to \$80,000.00.

On the same day and by a document which was drafted by the defendant Majic, Culina declared that he held the 200 common shares, which he had purchased under the agreement I have recited in full, in trust for the beneficiaries Joseph Culina and Mike Maich.

The documents were executed contemporaneously; the \$40,000 was duly paid by the appellant and was shared by the defendant Majic and the respondent. Thereafter, the defendant Majic and the respondent operated the company, as the learned trial judge found, "without even an attempt to do so honestly". Certainly the defendant Majic diverted a great deal of the company's money to his own use and a conservative estimate made by the learned trial judge from examination of the rather sketchy evidence given at the trial would show that this misappropriation amounted to at least \$291,000.

It would appear that the company was not the only victim of Majic's misconduct. He was subsequently charged with fraud, convicted and sentenced to imprisonment and was disbarred by the Law Society of Upper Canada.

que les intérêts de l'acheteur dans la compagnie ne seront touchés en aucune façon.

(3) Tout lot vendu à ce jour sera censé avoir été vendu après l'acquisition d'intérêts dans ladite compagnie par l'acheteur.

(4) Tous les frais de mise en valeur, tels que les routes, égouts, etc., seront payés par ladite compagnie.

(5) Les parties aux présentes conviennent que le nombre des administrateurs sera réduit à trois; que l'épouse de chaque vendeur démissionnera de son poste d'administrateur et que l'acheteur sera nommé administrateur.

(6) Les parties aux présentes conviennent en outre qu'aucun acte de la compagnie ne sera valide sans l'approbation de chacun des trois administrateurs.

(7) Les vendeurs conviennent de plus que si le 15 mars 1961, l'acheteur n'a pas reçu \$80,000.00 en dividendes ou si lesdits intérêts de 20 pour cent ne valent pas \$80,000.00, ils transféreront à l'acheteur suffisamment d'actions ordinaires dans ladite compagnie pour porter la valeur de ses intérêts à \$80,000.00.

Le même jour, dans un document rédigé par le défendeur Majic, Culina a déclaré qu'il détenait en fiducie pour les bénéficiaires Joseph Culina et Mike Maich les 200 actions ordinaires qu'il avait achetées en vertu de la convention ci-dessus reproduite au complet.

Les documents ont été signés en même temps; l'appelant a dûment payé la somme de \$40,000, que le défendeur Majic a partagée avec l'intimé. Le défendeur Majic et l'intimé ont par la suite exploité la compagnie, «sans même tenter de le faire honnêtement», comme l'a conclu le savant juge de première instance. Le défendeur Majic a certainement détourné une grande partie des fonds de la compagnie à son propre usage; d'après une estimation prudente que le savant juge de première instance a faite en se fondant sur la preuve plutôt sommaire présentée au procès, ce détournement s'élève à \$291,000 au moins.

Il semble que la compagnie n'ait pas été la seule victime de la mauvaise conduite de Majic. Par la suite, ce dernier a été accusé de fraude, déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement; il a en outre été radié de la Law Society of Upper Canada.

The learned trial judge also found that the respondent Giuliani was himself a party to various transactions whereby the funds of the company were depleted.

The appellant continued as an articled law student for some time and then, upon becoming a solicitor, was employed by Majic and paid a salary. In June 1960, to use the appellant's words as taken from his examination for discovery, he "became associated with the firm of Majic, Pilo, Harry and Culina". The appellant did not give evidence at the trial but portions of his examination for discovery were read in by counsel for the respondent. Counsel for the appellant also read in at trial considerable portions of the examination for discovery of the defendant Majic and later called the defendant Majic as a witness.

The defendant Majic, in his evidence at trial, further explained the basis on which this firm operated. I quote:

A. Well, as far as our relationship was concerned, when I was with Mr. Murphy we were on a 50-50 basis, then when Mr. Pilo came into the firm then we worked out another arrangement whereby we would determine the expenses each month, then we would determine the amount of fees brought in by each during the month and then we would pay the expenses on a proportionate basis and the difference would belong to each member of that firm.

The appellant, in his examination for discovery, admitted that it was announced that he had become "a member of the association of Majic, Pilo & Harry" and identified an item marked as an exhibit which came from the Sault Daily Star dated June 6, 1960, which read: Majic, Pilo & Harry, Barristers and Solicitors, Wish to announce that John Joseph Culina has been admitted to partnership and that the firm will henceforth be known as Majic, Pilo, Harry & Culina, 112 March St., Sault Ste. Marie, Ontario."

It was the contention of counsel for the appellant in this regard that in such a situation the appellant Culina could not, in so far as the respondent Giuliani is concerned, be found to be a partner of the defendant Majic and that they were merely solicitors sharing office space and expenses. Certainly, as counsel for the appellant

Le savant juge de première instance a également conclu que l'intimé Giuliani avait lui-même pris part à diverses opérations qui avaient épuisé les fonds de la compagnie.

L'appelant a continué son stage d'étudiant en droit durant quelque temps; lorsqu'il est devenu avocat, Majic l'a engagé et lui a payé un salaire. En juin 1960, l'appelant «s'est associé à l'étude Majic, Pilo, Harry et Culina», comme il l'a déclaré à l'interrogatoire préalable. Il n'a pas témoigné en première instance mais l'avocat de l'intimé a produit certaines parties de son interrogatoire préalable. L'avocat de l'appelant a également produit au procès, une grande partie de l'interrogatoire préalable du défendeur Majic qu'il a plus tard cité comme témoin.

Lorsqu'il a témoigné en première instance, le défendeur Majic a fourni des explications supplémentaires sur la façon dont cette étude fonctionnait. Je les cite:

[TRADUCTION] R. En ce qui concerne nos relations, lorsque j'étais avec M. Murphy, c'était à parts égales; puis, lorsque M. Pilo est arrivé, nous avons convenu d'un autre arrangement, selon lequel nous devions déterminer mensuellement, les dépenses, puis la somme des honoraires touchés par chacun de nous au cours du mois; nous devions alors payer les dépenses au pro rata, la différence revenant à chaque membre de l'étude.

Dans son interrogatoire préalable, l'appelant a admis qu'il avait été annoncé qu'il était devenu «membre de l'association Majic, Pilo et Harry»; il a identifié un article marqué comme pièce, provenant du Sault Daily Star et daté du 6 juin 1960, qui se lit ainsi: [TRADUCTION] Majic, Pilo et Harry, avocats, annoncent que John Joseph Culina s'est associé à eux et que l'étude sera dorénavant connue sous le nom de Majic, Pilo, Harry et Culina, 112 rue March, Sault-Sainte-Marie, Ontario.»

A cet égard, l'avocat de l'appelant a soutenu que dans pareilles circonstances, on ne pouvait dire, en ce qui concerne l'intimé Giuliani, que l'appelant Culina était associé du défendeur Majic, et qu'il s'agissait simplement d'avocats partageant leurs locaux et leurs frais. Il est vrai, comme en a convenu l'avocat de l'appelant, que pour

admitted, so far as anyone else was concerned, there was an ostensible partnership sufficient to bind any one of the partners as against third parties without knowledge but as between themselves there was not, he submitted, in legal result, a partnership. Counsel for the appellant further submitted that the respondent Giuliani knew the whole situation. The defendant Majic had testified to this fact and the learned trial judge specifically accepts the evidence of the defendant Majic as against the respondent Giuliani and specifically found against the credibility of the respondent Giuliani. Both Donohue J. and the Court of Appeal for Ontario have found as a fact that the appellant was a partner of the defendant Majic and I am of the opinion that the appellant cannot succeed in persuading this Court to reverse such concurrent findings.

In addition to the circumstances described above, there are other very telling pieces of evidence. The so-called firm kept only one trust account and money was paid into the trust account by the various associates and paid out by the various associates all of whom seem to have had check signing authority. Secondly, one Wilmott instituted an action against the defendant Majic and the respondent Giuliani and the latter took third party proceedings against the partnership of Majic, Pilo, Harry and Culina. The said partnership defended the third party proceedings and was successful at trial. In the Court of Appeal, the third party proceedings were successful and judgment went in favour of the respondent Giuliani against the partnership so named, so that as against the defendant Majic's evidence the respondent Giuliani knew the arrangement and thought that it did not constitute a partnership there is the fact that he claimed against that partnership as such, that it defended as a partnership and that judgment went against it as a partnership. Again, one Longarini issued a writ against the firm of Majic, Pilo, Harry and Culina. In the statement of claim in that action, it was alleged:

The defendants all reside in the City of Sault Ste. Marie and at various material times were carrying on the practice of law in partnership in the said city under the firm name of Majic, Pilo & Harry,

toute autre personne, ils étaient associés de façon suffisamment ostensible pour que chacun d'eux soit obligé envers des tiers non informés, mais en ce qui concerne les associés eux-mêmes, a-t-il soutenu, il n'y avait aucune société légale. L'avocat de l'appelant a de plus soutenu que l'intimé Giuliani était parfaitement au courant de la situation. Le défendeur Majic avait affirmé qu'il en était ainsi et le savant juge de première instance a accepté expressément le témoignage du défendeur Majic plutôt que celui de l'intimé Giuliani et expressément conclu à l'encontre de la crédibilité de l'intimé Giuliani. Le Juge Donohue et la Cour d'Appel de l'Ontario ont tous deux conclu que l'appelant était effectivement associé au défendeur Majic; je crois que l'appelant ne peut réussir à persuader cette Cour d'infirmer de telles conclusions concordantes.

En plus des circonstances ci-dessus décrites, d'autres éléments de preuve en disent long. La soi-disant étude n'avait qu'un compte en fiducie; les divers associés déposaient de l'argent dans ce compte en fiducie et en retiraient, chacun d'eux semblant avoir été autorisé à tirer des chèques. En deuxième lieu, un dénommé Wilmott a intenté une action contre le défendeur Majic et l'intimé Giuliani; ce dernier a engagé des procédures de mise en cause contre la société Majic, Pilo, Harry et Culina. Ladite société a contesté avec succès les procédures de mise en cause en première instance. En Cour d'appel, les procédures de mise en cause ont été accueillies et le jugement a été rendu en faveur de l'intimé Giuliani et contre la société ainsi appelée, de sorte que même si, d'après le témoignage du défendeur Majic, l'intimé Giuliani était au courant de cet arrangement et croyait que cela ne constituait pas une société, il demeure que ce dernier a fait une réclamation contre la société en tant que telle, que celle-ci a contesté en qualité de société et que le jugement a été rendu contre la société comme telle. Une dénommée Longarini a également lancé un bref contre l'étude Majic, Pilo, Harry et Culina. Dans la déclaration relative à cette action, il est allégué ce qui suit:

[TRADUCTION] Les défendeurs résident tous à Sault-Sainte-Marie; aux diverses époques qui nous intéressent, ils pratiquaient le droit en société dans ladite ville sous les raisons sociales Majic, Pilo et

Majic, Pilo, Harry & Culina, Majic, Pilo & Culina and Majic & Pilo. After Culina resigned, Pilo continued on.

The appellant John Culina admitted in his defence that paragraph in the statement of claim and further alleged in his statement of defence:

The defendant John Culina asserts he was a member of the firm of Majic, Pilo, Harry & Culina and the firm of Majic, Pilo & Culina from the 1st of June, 1960 until the 16th day of September, 1961 and further asserts that any moneys which have been received by either of the said firms from Giovanni Lucente and Marie Lucente during said period was paid by the said firm to the plaintiff herein, namely Beatrice Longarini.

Again a definite admission of a full partnership between the various so-called associates.

I have come to the conclusion, therefore, that the appellant Culina fails in his submission to this Court that in so far as the respondent Giuliani was concerned Culina was not a partner of the defendant Majic and that, on the other hand, his claim against the respondent Giuliani must be considered in the light of his position as such partner.

It would seem that the appellant not only acted as a solicitor in the partnership but that he took an active part in the operation of the company Northern Heights (Sault) Limited and that that course commenced even before he became "associated" in June of 1960. Majic in his evidence at trial recounted that the company had what he described as "an income tax problem" and that he had agreed with the income tax authorities to pledge with the department two agreements for purchase which purchasers had made with the company and that the respondent Giuliani refused to execute such assignments. The respondent Giuliani suggested that Majic should have the appellant execute the assignments and upon Majic pointing out that the appellant was only a director, the respondent replied "well, make him President", and that as a result a special meeting of shareholders was called on March 18, 1960, the resignation of the respondent as a director was accepted and Mrs. Claribel Biggins was elected a director in his place instead, one share being transferred to her by Majic.

Harry, Majic, Pilo, Harry et Culina, Majic, Pilo et Culina et Majic et Pilo. Après la démission de Culina, Pilo est resté.

Dans sa défense, l'appelant John Culina a admis ce paragraphe de la déclaration; il a en outre allégué ce qui suit:

[TRADUCTION] Le défendeur John Culina affirme qu'il a été membre de l'étude Majic, Pilo, Harry et Culina et de l'étude Majic, Pilo et Culina du 1<sup>er</sup> juin 1960 au 16 septembre 1961; il affirme de plus que toute somme reçue de Giovanni Lucente et de Marie Lucente par l'une ou l'autre desdites études au cours de ladite période a été payée par ladite étude à la demanderesse, soit Béatrice Longarini.

Ici encore, on admet clairement que les divers soi-disant associés formaient une société.

Par conséquent, je conclus que l'appelant Culina n'a pas réussi à établir devant cette Cour qu'en ce qui concerne l'intimé Giuliani, Culina n'était pas associé au défendeur Majic et que, d'autre part, sa réclamation contre l'intimé Giuliani doit être considérée eu égard à sa situation d'associé.

Il semble que l'appelant ait non seulement agi en qualité d'avocat au sein de la société, mais qu'il ait pris activement part à l'exploitation de la compagnie Northern Heights (Sault) Limited et ce, même avant de devenir «associé» en juin 1960. En témoignant au procès, Majic a dit que la compagnie avait ce qu'il a appelé «un problème d'impôt sur le revenu», qu'il avait convenu avec les fonctionnaires du Ministère intéressé de donner en garantie deux conventions en vue d'acheter que des acheteurs avaient conclues avec la compagnie, mais que l'intimé Giuliani avait refusé de signer les actes de cession. L'intimé Giuliani a proposé à Majic de faire signer les actes de cession par l'appelant. Lorsque Majic a signalé que l'appelant n'était qu'un administrateur, l'intimé a répondu: «Eh bien, nommez-le président». Une assemblée spéciale des actionnaires a donc été convoquée le 18 mars 1960, la démission de l'intimé de son poste d'administrateur a été acceptée et M<sup>me</sup> Claribel Biggins a été élue administrateur à sa place, Majic lui ayant transféré une action.

The appellant Culina acted as chairman of that meeting and it would appear that he was considered the president of the company although no minutes of shareholders or directors evidencing the appellant's election to such office appear in the material.

Exhibit 6 is a list of conveyances and mortgages made by the company between June 8, 1958, and June 19, 1962. It shows that from June 8, 1958, to February 4, 1960, a very large number of such conveyances and mortgages were executed by the respondent Giuliani and the defendant Majic but that commencing on April 25, 1960, and running through to May 23, 1961, another very large number of conveyances or mortgages were executed by the appellant and by the defendant Majic although five of them seem to have been executed by the defendant Majic alone, and after May 23, 1961, a comparatively small number of documents were executed by the defendant Majic alone.

In his evidence, Majic testified:

Q. What connection did Mr. Culina have while he was president, what was the relationship between you and him in the execution of the company's business?

A. Well, as far as Culina is concerned I was the one that was looking after the affairs of the company and Mr. Giuliani and myself continually together doing it, you see. Mr. Culina was aware of the fact that we were working and after he became a signing officer I would either say, "Well, John, sign", or I'd have one of the girls ask John to sign.

The appellant, in his examination for discovery, testified that with regard to the sales which took place the defendant Majic acted as solicitor for the vendor and that he, Culina, did not know where the proceeds went. He testified that most of the time the defendant Majic came to his office and just said "sign this document" and then attended on the closing of the transaction. There was, however, produced at trial, as an exhibit, a conveyance dated May 19, 1961, from the company to Margaret E. Reid and the appellant executed the affidavit of land transfer tax attached to that document.

L'appelant Culina présidait cette assemblée et il semble qu'il ait été tenu pour président de la compagnie, bien qu'aucun procès-verbal des actionnaires ou des administrateurs témoignant de son élection à ce poste n'apparaisse au dossier.

La pièce 6 est une liste des transports et hypothèques effectués par la compagnie entre le 8 juin 1958 et le 19 juin 1962. Cette pièce montre que du 8 juin 1958 au 4 février 1960 un très grand nombre d'actes de transports et d'hypothèques ont été signés par l'intimé Giuliani et par le défendeur Majic mais qu'à compter du 25 avril 1960 et jusqu'au 23 mai 1961, un très grand nombre ont été signés par l'appelant et par le défendeur Majic, bien que cinq d'entre eux semblent avoir été signés uniquement par le défendeur Majic; après le 23 mai 1961, un nombre comparativement peu important de documents ont été signés uniquement par le défendeur Majic.

Dans son témoignage, Majic a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Q. Quels rapports M. Culina avait-il lorsqu'il était président, quelles relations avait-il avec vous dans l'expédition des affaires de la compagnie?

R. En ce qui concerne Culina, j'étais responsable des affaires de la compagnie, et toujours de concert avec M. Giuliani. M. Culina savait que nous travaillions; lorsqu'il a été autorisé à signer, je lui disais: «Signe, John», ou encore je chargeais l'une des employées de lui demander sa signature.

Lors de son interrogatoire préalable, l'appelant a témoigné qu'en ce qui concerne les ventes qui ont eu lieu, le défendeur Majic représentait le vendeur en qualité d'avocat et que lui, Culina, ignorait où allaient les produits des ventes. Il a témoigné que la plupart du temps le défendeur Majic se rendait à son bureau, disait simplement: «Signez ce document» et se chargeait de la conclusion du marché. Toutefois, un acte daté du 19 mai 1961, dans lequel la compagnie effectuait un transfert en faveur de Margaret E. Reid, a été produit comme pièce au procès; c'est l'appelant qui a signé l'affidavit relatif à la taxe de transport du bien-fonds annexé à ce document.

I, therefore, am of the opinion, with respect, that when Aylesworth J.A. said, in his reasons in the Court of Appeal:

The law practice in which the plaintiff and Majic were partners was so interwoven with the affairs of the particular company (and it is the company's affairs that are really the subject-matter of this action) that the fraud of Majic with respect to that company (a client of the law firm) was the fraud vicariously of the plaintiff Culina.  
he was justified in so finding.

I am further of the opinion that this case must be decided on the basis that the appellant, in his personal capacity, both vicariously as a partner in the firm of Majic, Pilo, Harry and Culina and through his own actions, was involved in the fraud upon the company. It was upon this basis that the Court of Appeal for Ontario, relying on *Gibson v. Winter*<sup>1</sup>, refused the plaintiff (here appellant) relief. There Denman C.J. said:

The plaintiff, though he sues as a trustee of another, must, in a Court of Law, be treated in all respects as the party in the cause: if there is a defence against him, there is a defence against the *cestui que trust* who uses his name; and the plaintiff cannot be permitted to say for the benefit of another that his own act is void, which he cannot say for the benefit of himself.

It is true that authority was cited in *Evans v. Edmonds*<sup>2</sup>, but I have only found it adopted in one case thereafter, that being *Hinchcliffe v. Baird and Botterell*<sup>3</sup>, a decision of the Court of Appeal for Manitoba. There, reasons for judgment were given by Perdue C.J.M. and Fullerton J.A., Cameron and Dennistoun JJ.A. merely concurring in dismissing the appeal. At pp. 169-170, Fullerton J.A. said:

As against the plaintiff personally, as has already been pointed out, the findings of the trial Judge that he had ratified the transfers from his cash grain

Par conséquent, je dois dire respectueusement que je suis d'avis que le Juge d'appel Aylesworth était fondé à tirer la conclusion suivante, dans les motifs qu'il a rendus en Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'étude dans laquelle le demandeur et Majic étaient associés était tellement liée aux affaires de la compagnie en question (et ce sont les affaires de la compagnie qui font en réalité l'objet de la présente action) que la fraude commise par Majic à l'égard de cette compagnie (cliente de l'étude) est indirectement celle du demandeur Culina.

De plus, je suis d'avis que cette affaire doit être décidée en tenant compte du fait que l'appelant, indirectement en qualité d'associé de l'étude Majic, Pilo, Harry et Culina et par ses propres actes, était personnellement impliqué dans la fraude commise à l'égard de la compagnie. C'est pour cette raison que la Cour d'appel de l'Ontario, s'appuyant sur *Gibson v. Winter*<sup>1</sup>, a refusé d'accorder un redressement au demandeur (appellant en cette Cour). Dans cette cause, le Juge en chef Denman a dit:

[TRADUCTION] Même s'il poursuit en qualité de fiduciaire, dans une cour de justice, le demandeur doit être à tous les égards considéré comme la partie en cause: s'il existe une défense contre lui, il en existe une contre le *cestui que trust* qui utilise son nom; on ne peut pas permettre au demandeur de dire pour le compte d'autrui que son propre acte est nul, s'il ne peut pas le dire pour son compte à lui.

Il est vrai que cet arrêt a été cité dans *Evans v. Edmonds*<sup>2</sup>, mais je ne l'ai trouvé adopté que dans une autre cause par la suite, soit *Hinchcliffe v. Baird and Botterell*<sup>3</sup>, une décision de la Cour d'appel du Manitoba. Dans cette cause-là, les motifs de jugement ont été rendus par le Juge en chef Perdue et par le Juge d'appel Fullerton, les Juges d'appel Cameron et Dennistoun souscrivant simplement au rejet de l'appel. Aux pp. 169-170, le Juge d'appel Fullerton a dit:

[TRADUCTION] Comme il a déjà été signalé, en ce qui concerne le demandeur lui-même, la conclusion du juge de première instance qu'il avait ratifié les

<sup>1</sup> (1833), 5 B. & Ad. 96, 110 E.R. 728.

<sup>2</sup> (1853), 13 C.B. 777, 138 E.R. 1407.

<sup>3</sup> [1920] 3 W.W.R. 159.

<sup>1</sup> (1833), 5 B. & Ad. 96, 110 E.R. 728.

<sup>2</sup> (1853), 13 C.B. 777, 138 E.R. 1407.

<sup>3</sup> [1920] 3 W.W.R. 159.

account to his "futures" account is conclusive. Can he then maintain this action as a trustee?

*Gibson v. Winter*, 5 B. & Ad. 96, 2 N. & M. 737, appears to be directly in point. The headnote to that case reads as follows:

A trustee suing as a plaintiff in a Court of Law, must be treated in all respects as a party to the cause, and any defence against him is a defence in that action against the *cestui que trust*, who uses his name; and therefore, where a broker, in whose name a policy of insurance under seal was effected, brought covenant, and the defendants pleaded payment to the plaintiff according to the tenor and effect of the policy, and the proof was, that after the loss happened, the assurers paid the amount to the broker by allowing him credit for premiums due from him to them, it was held, that although that was no payment as between the assured and assurers, it was a good payment as between the plaintiff on the record and the defendants; and therefore an answer to the action.

Contrary to the view expressed by counsel for the appellant in this case, I am of the opinion that Fullerton J.A.'s adoption of the principle in *Gibson v. Winter* was part of his *ratio decidendi* but I cannot say that it was the judgment of the Court. It was the view of Fullerton J.A. that the principles of equity work no different result but I find that opinion not shared by others. In *De Pothonier v. De Mattos*<sup>4</sup>, Lord Campbell C.J. said at p. 583:

*Gibson v. Winter* was no doubt a correct decision as the law then stood; we could then look only at the parties on the record, though we had, even then, an equitable jurisdiction, in the exercise of which we could set aside a plea upon grounds which would induce a Court of equity to do so. Here the replications are clearly within the statute: they deny that the nominal plaintiff had any right to release, inasmuch as, at that time, he had no interest, and is, in consequence, not the real plaintiff when the action was brought.

Coleridge and Erle JJ. concurred.

transferts de son compte de grains au comptant à son compte des contrats de grain «à terme» est concluante. Peut-il, dans ce cas, soutenir cette action en qualité de fiduciaire?

*Gibson v. Winter*, 5 B. & Ad. 96, 2 N. & M. 737, paraît porter directement sur cette question. Le résumé de cette cause se lit ainsi:

Le fiduciaire qui poursuit en qualité de demandeur dans une cour de justice doit à tous les égards être considéré comme une partie en cause; toute défense à son encontre est recevable, dans cette action, à l'encontre du *cestui que trust* qui utilise son nom; par conséquent, lorsqu'un courtier au nom duquel une police d'assurance scellée est souscrite, intente une action, que les défendeurs plaident que le demandeur a été payé en conformité de la teneur et de l'effet de la police et qu'il est prouvé qu'une fois la perte survenue, les assureurs ont payé le courtier en lui accordant un crédit pour les primes qu'il leur devait, il est décidé que bien que cela ne constitue pas un paiement en ce qui concerne l'assuré et les assureurs, il s'agit d'un paiement valable en ce qui concerne le demandeur au dossier et les défendeurs; par conséquent, c'est un moyen valable à l'encontre de l'action.

Contrairement à l'opinion exprimée par l'avocat de l'appelant en l'espèce, je suis d'avis que le Juge d'appel Fullerton a adopté le principe énoncé dans *Gibson v. Winter* à titre de *ratio decidendi*, mais il m'est impossible de dire que c'est là le jugement de la cour. Le Juge d'appel Fullerton était d'avis que les principes d'*equity* aboutissent au même résultat, mais je note que d'autres ne partagent pas cette opinion. Dans *De Pothonier v. De Mattos*<sup>4</sup>, le Juge en chef, Lord Campbell, dit, p. 583:

[TRADUCTION] L'arrêt *Gibson v. Winter* est sans aucun doute bien fondé, compte tenu du droit en vigueur à ce moment-là; nous ne pouvions alors considérer que les parties au dossier, bien que, même à ce moment-là, nous ayons eu compétence en *equity*, ce qui nous permettait de rejeter un moyen pour des motifs qui auraient porté une cour d'*equity* à le faire. Dans ce cas-ci, les répliques sont clairement dans les limites de la loi: on nie au demandeur en nom tout droit de donner quittance, car à ce moment-là il n'avait aucun droit et, par conséquent, n'était pas le demandeur réel lorsque l'action a été intentée. Les Juges Coleridge et Erle ont souscrit à cet avis.

<sup>4</sup> (1858), 120 E.R. 581.

In *Bowstead on Agency*, in the 13th ed., at p. 421, the learned author states:

As regards set-offs and defences available against the agent personally, these must obviously be available where the agent sues on his own collateral contract; but when he sues on the contract which he has negotiated for his principal, his right being subordinate to that of his principal and the action being brought for the benefit of his principal, such set-offs and defences should not in principle be available (unless the principal is undisclosed, in which case the contract is primarily that of the agent). There is, however, a general statement of Lord Denman C.J. in *Gibson v. Winter* to the contrary. But the case could be regarded as a case of undisclosed principal: and it relates to marine insurance, where a broker deals personally with the underwriter. This usage does not bind the principal unless he was aware of it, but it does bind the broker, and the principal apparently sued in the name of the broker.

It should be noted in the present case that the defendant Majic and the respondent Giuliani knew full well the source of the funds which the appellant was using to purchase the shares in the company and indeed the defendant Majic had drafted on the same day the agreement between him and the respondent Giuliani, on the one part, and the appellant, on the other, for the purchase of the shares, and also the document in which the appellant declares his trust.

There seems to be much more authority in the United States. *Scott on Trusts*, 3rd ed., vol. IV, at p. 2517, says:

Where the release is given by the trustee in breach of trust and the obligor is not in the position of a bona fide purchaser, either because he gives no value for the release or because he has notice that the trustee is committing a breach of trust in giving him the release, the release at common law was effective as a legal discharge of the obligation, but it would be set aside by a court of equity.

I find the most interesting case in the United States is *Wetmore v. Porter*<sup>5</sup>, a decision of the Court of Appeals of that State. There, Wetmore

Dans *Bowstead on Agency*, 13<sup>e</sup> éd., p. 421, le savant auteur dit:

[TRADUCTION] Les compensations et défenses qui peuvent être opposées à l'agent lui-même peuvent évidemment être présentées lorsque l'agent poursuit en vertu de son propre contrat accessoire; mais lorsqu'il poursuit en vertu du contrat qu'il a négocié pour le mandant, vu que son droit est subordonné à celui du mandant et que l'action est intentée pour le bénéfice de ce dernier, en principe, pareilles compensations et défenses ne devraient pas être possibles (à moins que le mandant ne soit pas connu, dans lequel cas le contrat est en premier lieu celui de l'agent). Toutefois, le Juge en chef, Lord Denman, a formulé une énonciation générale contraire, dans *Gibson v. Winter*, mais on peut considérer que dans cette cause-là le mandant n'était pas connu: c'est une cause d'assurance maritime, où le courtier a traité personnellement avec l'assureur maritime. Cette pratique ne lie pas le mandant, à moins qu'il n'ait été au courant, mais elle lie le courtier et le mandant à apparemment poursuivi au nom du courtier.

En l'espèce, il est à noter que le défendeur Majic et l'intimé Giuliani savaient très bien d'où provenaient les fonds utilisés par l'appelant pour acheter les actions de la compagnie; de fait, le même jour, le défendeur Majic a rédigé l'entente que lui-même et l'intimé Giuliani, d'une part, et l'appelant, d'autre part, ont conclue pour l'achat des actions, ainsi que le document où l'appelant déclare l'existence de la fiducie.

Les textes sur ce sujet semblent beaucoup plus nombreux aux États-Unis. *Scott on Trusts*, 3<sup>e</sup> éd., vol. IV, p. 2517, dit:

[TRADUCTION] Lorsque la quittance est donnée par le fiduciaire en violation de la fiducie et que le débiteur n'est pas dans la situation d'un acquéreur *bona fide*, soit parce qu'il ne donne aucune contrepartie valable pour la quittance, soit parce qu'il sait que le fiduciaire viole la fiducie en lui donnant la quittance, en *common law*, la quittance serait valide comme libération légale de l'obligation, mais elle serait rejetée par une cour d'*equity*.

La cause américaine la plus intéressante, à mon avis, est *Wetmore v. Porter*<sup>5</sup>, une décision de la Court of Appeals de cet État. Dans cette cause-

<sup>5</sup> (1883), 92 N.Y.R. 76.

<sup>5</sup> (1883), 92 N.Y.R. 76.

was appointed an executor of an estate and as such held possession of certain bonds. Wetmore and Porter were carrying on a general brokerage business and Wetmore delivered the bonds to Porter, who knew they were trust funds, so that they might be used as collateral security for a loan by a bank to the firm of Porter and Wetmore. Porter failed to redeliver the bonds when called upon by Wetmore and Wetmore sued. Ruger, Chief Judge, upon recital of these facts as having been set out in the complaint, said at p. 80:

... perhaps the only question in the case is, whether the pleader in relating many unnecessary facts has stated, not only a cause of action, but also a defense.

And at p. 82, said:

It is an alarming proposition to urge against the legal title which a trustee has to trust funds that his recovery of their possession may be defeated by a wrong-doer, upon the allegation that the lawful guardian of the funds colluded with him in obtaining their possession. This action is sought to be maintained by the plaintiff solely in his representative capacity as executor or trustee under the will of Alpheus Fobes.

The contracts and engagements entered into by him in his individual capacity are extraneous to the power conferred upon him by the will of Alpheus Fobes, and cannot be made the foundation of a defense to such an action. The dual character maintained by an individual who is also engaged in the administration of a trust involving the control and custody of another's property is not only recognized by numerous decisions in the courts, but has also been the subject of frequent statutory enactments.

Further, at p. 85, he said:

The twin maxims "*Ex dolo malo non oritur actio*" and "*Ex turpi contractu actio non oritur*" have no application to the cause of action set up in the complaint. It is not founded upon and does not grow out of the illegal or unauthorized dealings between the plaintiff and defendant, but such dealings are invoked by one of the wrong-doers to defeat a party who is asserting a legal right and who in this action appears in a representative character alone. We see no reason why a trustee who has been guilty even of an intentional fault is not entitled to his *locus*

là, Wetmore avait été nommé exécuteur testamentaire et détenait certaines obligations en cette qualité. Wetmore et Porter exploitaient une entreprise de courtage général et Wetmore délivra les obligations à Porter, qui savait qu'il s'agissait de fonds détenus en fiducie, la maison Porter et Wetmore voulant les utiliser comme garantie pour emprunter de l'argent à une banque. Porter n'a pas remis les obligations lorsque Wetmore les lui a demandées et Wetmore a intenté une poursuite. Le Juge en chef Ruger, dans l'exposé des faits, tels qu'ils étaient relatés dans la plainte, a dit, p. 80:

[TRADUCTION] ... dans cette cause-ci, la seule question est peut-être celle de savoir si, en rappelant de nombreux faits inutiles, l'avocat a exposé non seulement une cause d'action mais également une défense.

Il ajoute, p. 85:

[TRADUCTION] C'est un principe inquiétant que celui de soutenir à l'encontre du titre légal d'un fiduciaire à des fonds détenus en fiducie, que l'auteur d'une faute peut empêcher ce fiduciaire de rentrer en possession de ces fonds en alléguant que celui qui avait légalement la garde des fonds s'est entendu avec lui pour en obtenir la possession. Le demandeur cherche à soutenir cette action uniquement en sa qualité d'exécuteur ou de fiduciaire en vertu du testament d'Alpheus Fobes.

Les contrats et engagements qu'il a conclus en son propre nom sont étrangers aux pouvoirs qui lui sont conférés dans le testament d'Alpheus Fobes; ils ne peuvent donc servir de défense dans une telle action. Le double caractère d'un particulier qui administre également une fiducie en vertu de laquelle il a la direction et la garde de biens d'autrui a non seulement été reconnu par les tribunaux dans de nombreuses décisions, mais il a également fait l'objet à maintes reprises de dispositions législatives.

Il ajoute, p. 85:

[TRADUCTION] Les maximes jumelles «*Ex dolo malo non oritur actio*» et «*Ex turpi contractu actio non oritur*» ne s'appliquent pas à la cause d'action énoncée dans la plainte. Celle-ci n'est pas fondée sur les marchés illégaux et non autorisés que le demandeur a conclus avec le défendeur et n'en découle pas, mais c'est l'un des auteurs de la faute qui invoque ces marchés pour empêcher une partie de faire valoir son droit légal, cette dernière comparaissant dans la présente action uniquement en sa qualité de représentant. Nous ne voyons pas pourquoi le fiduciaire

*penitentiae* and an opportunity to repair the wrong which he may have committed.

I am of the opinion that the result arrived at in the Court of Appeal for the State of New York is one which should be adopted in this Court and that a plaintiff suing in a capacity as a trustee is entitled to recover on that basis despite the fact that there may be a claim by the defendant against him on a personal basis and therefore that *Gibson v. Winter*, representing as I believe it does common law without regard for equitable remedies, is not applicable.

In the present case, the appellant Culina acted in the purchase of the shares and entering into the agreement of March 13, 1958, as a trustee and did so to the knowledge of both the defendant Majic and the respondent Giuliani. Therefore, despite the appellant's character as a partner of the defendant Majic and so vicariously liable for the defendant Majic's actions, and despite his various actions in reference to the affairs of the company as to which he acted as president for a considerable time, albeit it would appear as the mere tool of the defendant Majic, he should be entitled to assert his rights as trustee.

The action is based upon the breaches of contract by the two defendants to the action, the present defendant Majic and the respondent Giuliani. It is submitted by counsel for the respondent Giuliani that these two were not partners but at the best had been co-adventurers who had turned their adventure into a limited corporation and they held shares in that limited company and that therefore the learned trial judge was incorrect when he said:

What then is the position of Giuliani who was associated with Majic in the deal with the plaintiff? I hold that Giuliani was a partner of Majic in the transaction with the plaintiff and that Majic, having misappropriated monies of the company, thereby injuring the plaintiff, he, Giuliani, is liable to the plaintiff.

Sections 2, 3, 12 and 13 of *The Partnership Act*, R.S.O. 1960, c. 288, are applicable here.

In my view, whether or not a partnership existed between the defendant Majic and the re-

qui a commis une faute même intentionnelle n'a pas droit à son *locus penitentiae* et pourquoi on ne devrait pas lui donner l'occasion de réparer le tort qu'il peut avoir commis.

Je suis d'avis que la conclusion à laquelle a abouti la Cour d'appel de l'État de New York devrait être adoptée en cette Cour et que le demandeur qui poursuit en qualité de fiduciaire a le droit d'obtenir réparation à ce titre, même s'il se peut que le défendeur ait une réclamation contre lui à titre personnel; par conséquent, l'arrêt *Gibson v. Winter*, représentant, comme je le crois, la *common law* indépendamment des recours en *equity*, ne s'applique pas.

En l'espèce, l'appelant Culina a agi en qualité de fiduciaire lorsqu'il a acheté les actions et conclu l'entente du 13 mars 1958, et ce à la connaissance à la fois du défendeur Majic et de l'intimé Giuliani. Par conséquent, même s'il est associé au défendeur Majic et donc indirectement responsable des actes de ce dernier, et malgré les diverses mesures qu'il a prises en ce qui concerne les affaires de la compagnie dont il a longtemps été le président, bien que, semble-t-il, simplement comme l'instrument du défendeur Majic, l'appelant devrait pouvoir faire valoir ses droits en qualité de fiduciaire.

L'action est fondée sur les violations de contrat des deux défendeurs à l'action, le présent défendeur Majic et l'intimé Giuliani. L'avocat de l'intimé Giuliani prétend que ces deux derniers n'étaient pas associés, mais avaient tout au plus une entreprise commune qu'ils avaient transformée en compagnie à responsabilité limitée dans laquelle ils détenaient des actions et que le savant juge de première instance a donc fait erreur lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Quelle est donc la situation de Giuliani, associé à Majic dans le marché conclu avec le demandeur? Je décide que Giuliani était associé à Majic dans l'affaire qu'ils ont conclue avec le demandeur et que puisque Majic a détourné les fonds de la compagnie, lésant ainsi le demandeur, lui, Giuliani, est responsable envers le demandeur.

Les articles 2, 3, 12 et 13 du *Partnership Act*, R.S.O. 1960, c. 288, s'appliquent à l'espèce.

A mon avis, la question de savoir si le défendeur Majic et l'intimé Giuliani formaient une

spondent Giuliani is irrelevant. The two were joint covenantors in the agreement between the appellant as purchaser and these two as vendors. In that agreement, which I have quoted, they made several covenants agreeing to sell 20 per cent of 1,000 shares to the purchaser and that the \$40,000 which the appellant paid to the vendors should be utilized to pay the sale price of the property and that any agreements outstanding against the property should not be assumed so that the interest of the purchaser in the company should not be affected in any way whatsoever. Particularly, the vendors agreed in para. 7:

The vendors further agree that if on March 15, 1961, the purchaser has not received \$80,000.00 in dividends or if the said 20 per cent interest is not valued at \$80,000.00 then the vendors shall transfer to the purchaser sufficient common shares in the said Company from themselves to bring the value of the purchaser up to \$80,000.00.

The learned trial judge, as I have said, found:

I find that the defendants did not even make an attempt to operate this company honestly. The plaintiff got no kind of a run for the \$40,000.00 put up by Joseph Culina and Mike Maich [the *cestui que trust*].

Counsel for the appellant submits that where there is a frustration of the whole contract by failure to operate the company honestly then action lies for a breach of the contract despite the lack of proof of the breach of any special clause. In *Southern Foundries (1926), Ltd. v. Shirlaw*<sup>6</sup>, Lord Atkin at p. 717 quoted Cockburn C.J. in *Stirling v. Maitland*<sup>7</sup>, at p. 852, and said: I look on the law to be that, if a party enters into an arrangement which can only take effect by the continuance of a certain existing state of circumstances, there is an implied engagement on his part that he shall do nothing of his own motion to put an end to that state of circumstances, under which alone the arrangement can be operative.

and continued:

That proposition in my opinion is well established law. Personally I should not so much base the law

société ou non n'est pas pertinente. Les deux se sont engagés conjointement dans l'entente qu'ils ont conclue en qualité de vendeurs avec l'appellant, l'acquéreur. Dans cette entente, que j'ai citée, ils ont fait plusieurs conventions; ils ont convenu de vendre 20 pour cent de 1,000 actions à l'acquéreur et que la somme de \$40,000 versée par l'appellant aux vendeurs servirait à payer la propriété achetée et qu'aucune obligation grevant la propriété ne serait assumée, de sorte que les intérêts de l'acquéreur dans la compagnie ne seraient modifiés en aucune façon. En particulier, les vendeurs ont convenu, à la clause 7:

[TRADUCTION] Les vendeurs conviennent de plus que si le 15 mars 1961, l'acheteur n'a pas reçu \$80,000.00 en dividendes ou si lesdits intérêts de 20 pour cent ne valent pas \$80,000.00, ils transféreront à l'acheteur suffisamment d'actions ordinaires dans ladite compagnie pour porter la valeur de ses intérêts à \$80,000.00.

Comme je l'ai dit, le savant juge de première instance a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Je conclus que les défendeurs n'ont même pas tenté d'exploiter cette compagnie honnêtement. Le demandeur est loin d'en avoir eu pour son argent, en l'occurrence, la somme de \$40,000 que Joseph Culina et Mike Maich (les *cestui que trust*) ont fournie.

L'avocat de l'appellant soutient que lorsqu'il y a impossibilité d'exécution à l'égard de l'ensemble du contrat par suite du défaut d'exploiter la compagnie honnêtement, il existe un droit d'action pour violation de contrat même si aucune preuve n'est faite de la violation d'une clause particulière. Dans *Southern Foundries (1926), Ltd. v. Shirlaw*<sup>6</sup>, Lord Atkin, à la p. 717, cite le Juge en chef Cockburn dans *Stirling v. Maitland*<sup>7</sup>, à la p. 852: [TRADUCTION] A mon avis, la règle est la suivante: si une partie conclut un arrangement ne pouvant prendre effet que si certaines circonstances continuent d'exister, il y a engagement tacite de sa part qu'elle ne fera rien de son propre chef pour mettre fin à cet état de choses, sans lequel l'arrangement ne pourrait être en vigueur.

il ajoute:

[TRADUCTION] A mon avis, ce principe est bien établi en droit. Personnellement, je ne fonderais pas ce

<sup>6</sup> [1940] A.C. 701.

<sup>7</sup> (1864), 5 B. & S. 840.

<sup>6</sup> [1940] A.C. 701.

<sup>7</sup> (1864), 5 B. & S. 840.

on an implied term, as on a positive rule of the law of contract that conduct of either promiser or promisee which can be said to amount to himself "of his own motion" bringing about the impossibility of performance is in itself a breach.

Applying that principle, and I agree that it is a well-established principle, to the present circumstances, the finding of fact made by the learned trial judge and which would seem to be borne out by the evidence, indicates that the conduct of the two defendants, *i.e.*, the defendant Majic and the present respondent Giuliani, made impossible the carrying out of the contract between the appellant and them and therefore the appellant, as I have said, only as trustee, is entitled to damages. Counsel at trial limited those damages to the amount advanced, *i.e.*, \$40,000, and the learned trial judge gave judgment for such amount. It is objected that there had to be proof that the shares in the company were, as a result of the machinations of the two vendors, the defendant Majic and the respondent Giuliani, worth nil. I would think that that proposition had been most adequately demonstrated by the evidence at trial.

The defendant Majic had stripped the company of something well over \$200,000 and the respondent Giuliani had distributed various assets of the company, particularly the lands, without obtaining consideration for the company and had, in addition, used the funds of the company to support another corporation in which he was interested. The Court may take judicial notice that even on March 16, 1971, the High Court of Justice in Ontario in *Belgrand Investments Ltd. v. Northern Heights (Sault) Ltd. et al.*<sup>8</sup>, was dealing with various aspects of the financing of the development of these lands and it appeared from the judgment in that action that Northern Heights (Sault) Limited had been foreclosed of all interest in the said lands. I am of the opinion that no further proof of damages to the extent of \$40,000 only is necessary.

I would, therefore, allow the appeal and give judgment in favour of the plaintiff for the sum of \$40,000 with costs throughout. The judgment

principe tant sur une condition implicite que sur une règle positive en matière de contrats, selon laquelle le comportement, soit du promettant, soit de celui à qui la promesse est faite, qui permet de dire qu'un de ces derniers a, «de son propre chef», provoqué l'impossibilité d'exécuter le contrat, est en soi une violation.

Si j'applique ce principe aux circonstances actuelles, et je conviens qu'il s'agit d'un principe bien établi, la conclusion de fait du savant juge de première instance, qui semble étayée par la preuve, indique que le comportement des deux défendeurs, c'est-à-dire le défendeur Majic et le présent intimé Giuliani, a rendu impossible l'exécution du contrat qu'ils avaient conclu avec l'appelant; par conséquent, comme je l'ai dit, l'appelant a droit à des dommages-intérêts uniquement en qualité de fiduciaire. En première instance, l'avocat a limité le montant de ces dommages-intérêts à la somme d'argent qui avait été avancée, soit \$40,000 et le savant juge de première instance a adjugé ce montant. Il est objecté qu'il devait être établi que les actions de la compagnie ne valaient rien par suite des machinations des deux vendeurs, le défendeur Majic et l'intimé Giuliani. Je crois que cela a été très bien démontré en première instance.

Le défendeur Majic a dépouillé la compagnie d'une somme bien supérieure à \$200,000; l'intimé Giuliani a distribué divers biens de la compagnie, en particulier les biens-fonds, sans obtenir de contrepartie pour la compagnie et a de plus utilisé les fonds de la compagnie pour donner son appui à une autre compagnie dans laquelle il détenait des intérêts. La Cour peut prendre connaissance d'office que même le 16 mars 1971, la Haute Cour de justice de l'Ontario, dans *Belgrand Investments Ltd. v. Northern Heights (Sault) Ltd. et al.*<sup>8</sup>, examinait divers aspects du financement de la mise en valeur de ces biens-fonds; il ressort du jugement rendu dans cette action que tous les droits de Northern Heights (Sault) Limited dans lesdits biens-fonds avaient été saisis. Je suis d'avis qu'aucune autre preuve de dommages s'élevant au montant de \$40,000 seulement n'est requise.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'adjuger au demandeur le montant de \$40,000 avec dépens en toutes les Cours. Le jugement de-

<sup>8</sup> [1971] 2 O.R. 535, 18 D.L.R. (3d) 399.

<sup>8</sup> [1971] 2 O.R. 535, 18 D.L.R. (3d) 399.

should be specifically limited to a judgment in favour of the plaintiff as trustee in accordance with the declaration of trust, between him as trustee and Joseph Culina and Mike Maich as beneficiaries, executed on March 13, 1958, and filed as an exhibit in this action.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the plaintiff, appellant: Henry M. Lang, Sault Ste. Marie.*

*Solicitors for the defendant, respondent: Fasken & Calvin, Toronto.*

---

vrait spécifiquement se limiter à un jugement en faveur du demandeur en qualité de fiduciaire conformément à la déclaration de fiducie, entre lui-même en qualité de fiduciaire, et Joseph Culina et Mike Maich, en qualité de bénéficiaires, signée le 13 mars 1958 et produite comme pièce en cette action.

*Appel accueilli avec dépens.*

*Procureur du demandeur, appelant: Henry M. Lang, Sault-Ste-Marie.*

*Procureurs du défendeur, intimé: Fasken & Calvin, Toronto.*

---