

**Fotios Korkontzilas, Panagiota Korkontzilas
and Olympia Town Real Estate
Limited** Appellants

v.

Nick Soulos Respondent

INDEXED AS: SOULOS v. KORKONTZILAS

File No.: 24949.

1997: February 18; 1997: May 22.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Trusts and trustees — Constructive trust — Agency — Fiduciary duties — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

Real property — Remedies — Constructive trust — Agency — Real estate agent making offer to purchase property on behalf of client — Vendor rejecting offer but advising agent of amount it would accept — Agent buying property for himself instead of conveying information to client — Market value of property decreasing from time of agent's purchase — Whether constructive trust over property may be imposed and agent required to transfer property to client even though client can show no loss.

K, a real estate broker, entered into negotiations to purchase a commercial building on behalf of S, his client. The vendor rejected the offer made and tendered a counteroffer. K rejected the counteroffer but "signed it back". The vendor advised K of the amount it would accept, but instead of conveying this information to S, K arranged for his wife to purchase the property, which was then transferred to K and his wife as joint tenants.

**Fotios Korkontzilas, Panagiota Korkontzilas
et Olympia Town Real Estate
Limited** Appelants

c.

Nick Soulos Intimé

RÉPERTORIÉ: SOULOS c. KORKONTZILAS

Nº du greffe: 24949.

1997: 18 février; 1997: 22 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation — Mandat — Obligations fiduciaires — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

Immeuble — Réparation — Fiducie par interprétation — Mandat — Un agent immobilier a présenté une offre d'achat concernant un immeuble au nom de son client — Le vendeur a rejeté l'offre, mais il a informé l'agent du montant qu'il accepterait — L'agent a acheté l'immeuble pour lui-même au lieu de transmettre l'information à son client — La valeur marchande de l'immeuble a diminué depuis que l'agent l'a acheté — Est-il possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble et d'ordonner à l'agent de le transférer à son client, même si ce dernier ne peut établir qu'il a subi une perte?

K, un courtier en immeubles, a entamé des négociations au nom de S, son client, en vue d'acheter un immeuble commercial. Le vendeur a rejeté l'offre et présenté une contre-offre. K a rejeté la contre-offre, mais il est revenu à la charge. Le vendeur a informé K du montant qu'il accepterait, mais au lieu de transmettre cette information à S, K a pris des dispositions pour que son épouse achète l'immeuble. L'immeuble a ensuite été

S brought an action against K to have the property conveyed to him, alleging breach of fiduciary duty giving rise to a constructive trust. He asserted that the property held special value to him because its tenant was his banker, and being one's banker's landlord was a source of prestige in his community. He abandoned his claim for damages because the market value of the property had decreased from the time of the purchase by K. The trial judge found that K had breached a duty of loyalty to S, but held that a constructive trust was not an appropriate remedy because K had not been "enriched". The Court of Appeal, in a majority decision, reversed the judgment and ordered that the property be conveyed to S subject to appropriate adjustments.

Held (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: The constructive trust is an ancient and eclectic institution imposed by law not only to remedy unjust enrichment, but to hold persons in different situations to high standards of trust and probity and prevent them from retaining property which in "good conscience" they should not be permitted to retain. While Canadian courts in recent decades have developed the constructive trust as a remedy for unjust enrichment, this should not be taken as expunging from Canadian law the constructive trust in other circumstances where its availability has long been recognized. Under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, and to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground.

The following conditions should generally be satisfied before a constructive trust based on wrongful conduct will be imposed: (1) the defendant must have been under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his hands; (2) the assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant

transféré à K et à son épouse, à titre de copropriétaires. Alléguant un manquement à une obligation fiduciaire donnant lieu à une fiducie par interprétation, S a intenté une action contre K afin d'obtenir que l'immeuble lui soit transféré. Il a soutenu que l'immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que son banquier en était le locataire et que le fait d'être le bailleur de son propre banquier était une source de prestige dans sa communauté. Il a renoncé à revendiquer des dommages-intérêts parce que la valeur marchande de l'immeuble avait diminué depuis que K l'avait acheté. Le juge du procès a conclu que K avait manqué à un devoir de loyauté envers S, mais il a statué que la fiducie par interprétation n'était pas la réparation appropriée parce que K ne s'était pas «enrichi». Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné le transfert de l'immeuble à S sous réserve des ajustements nécessaires.

Arrêt (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: La fiducie par interprétation est une institution ancienne et éclectique imposée par le droit non pas seulement pour remédier à l'enrichissement sans cause, mais aussi pour obliger des personnes se trouvant dans diverses situations à se conformer à des normes élevées en matière de confiance et de probité et les empêcher de conserver des biens qu'en toute «conscience» elles ne devraient pas être autorisées à garder. Bien qu'au cours des dernières décennies les tribunaux canadiens aient utilisé la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause, cet emploi ne devrait pas être interprété comme ayant fait disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation dans les autres cas où l'on reconnaît depuis longtemps la possibilité d'y avoir recours. Au nom de la conscience, l'application de la fiducie par interprétation est reconnue tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l'enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. Bien qu'elle soit souvent imposée parce qu'il y a à la fois conduite fautive et enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation peut aussi être accordée pour l'un ou l'autre motif.

Les conditions suivantes doivent généralement être réunies avant qu'une fiducie par interprétation fondée sur un comportement fautif puisse être imposée: 1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity* relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; 2) il faut démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des actes qu'il a ou est

in breach of his equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties; and (4) there must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case.

Here K's breach of his duty of loyalty sufficed to engage the conscience of the court and support a finding of constructive trust. First, K was under an equitable obligation in relation to the property at issue. His failure to pass on to his client the information he obtained on his client's behalf as to the price the vendor would accept on the property and his use of that information to purchase the property instead for himself constituted a breach of his equitable duty of loyalty. Second, the assets in K's hands resulted from his agency activities in breach of his equitable obligation to S. Third, a constructive trust is required to remedy the deprivation S suffered because of his continuing desire to own the particular property in question. A constructive trust is also required in cases such as this to ensure that agents and others in positions of trust remain faithful to their duty of loyalty. Finally, there are no factors which would make imposition of a constructive trust unjust in this case.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): The ordering of a constructive trust is a discretionary matter and, as such, is entitled to appellate deference. The trial judge's decision not to order such a remedy should be overturned on appeal only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle. The trial judge committed no such error here. He considered the moral quality of K's actions and there is thus no room for appellate intervention on this ground. He was of the opinion that where there is otherwise no justification for ordering a constructive trust or any other remedy, the morality of the act will not alone justify such an order, which is a correct statement of the law. The trial judge has a discretion to order a constructive trust, or not to order one, and this discretion should not be affected by the number of available remedies. In this case, S withdrew his claim for damages. While compensatory damages were unavailable since no pecuniary

réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'*equity* lui imposait à l'égard du demandeur; 3) le demandeur doit établir qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel, soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; et 4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire.

En l'espèce, le manquement par K à son devoir de loyauté a suffi pour engager la conscience du tribunal et lui permettre de conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation. Premièrement, K était assujéti à une obligation en *equity* relativement à l'immeuble en cause. Son omission de faire part à son client de l'information qu'il avait obtenue au nom de ce dernier quant au prix que le vendeur accepterait pour l'immeuble et l'utilisation de cette information pour acheter lui-même l'immeuble constituaient un manquement au devoir de loyauté imposé par l'*equity*. Deuxièmement, K a obtenu la possession de cet immeuble par suite des actes accomplis à titre de mandataire et du manquement à l'obligation que lui imposait l'*equity* envers S. Troisièmement, une fiducie par interprétation est nécessaire pour remédier à l'appauvrissement que S a subi en raison de son désir persistant de devenir propriétaire de l'immeuble en question. Une fiducie par interprétation est également requise dans des cas comme celui-ci pour assurer le respect du devoir de loyauté auquel sont tenus les mandataires et autres personnes occupant des postes de confiance. Enfin, il n'y a pas en l'espèce de facteurs qui rendraient inéquitable l'imposition d'une fiducie par interprétation.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents): La décision d'imposer une fiducie par interprétation est discrétionnaire, et à ce titre, elle doit être abordée avec retenue par les tribunaux d'appel. La décision du juge de première instance de ne pas imposer une telle réparation ne peut être annulée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été fondé sur un principe erroné. Il n'a pas commis une telle erreur dans la présente cause. Le juge du procès a tenu compte de la valeur morale du comportement de K et, par conséquent, un tribunal d'appel ne peut intervenir en se fondant sur ce motif. Il était d'avis que lorsque rien ne justifie que le tribunal accorde une fiducie par interprétation ou une autre réparation, la seule valeur morale de l'acte ne suffira pas à fonder une telle décision; cet énoncé du droit est juste. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'imposer ou non la fiducie par interprétation et l'exercice de ce pouvoir ne devrait pas dépendre du nombre des répara-

loss was suffered, S could have sought exemplary damages. His decision not to do so should not bind the trial judge's discretion with respect to the order of a constructive trust. The trial judge also considered deterrence, but held that it alone could not justify a remedy in this case.

Even if appellate review were appropriate, the remedy of a constructive trust was not available on the facts of this case. Recent case law in this Court is very clear that a constructive trust may only be ordered where there has been an unjust enrichment, and there was no enrichment, and therefore no unjust enrichment, here. The unavailability of a constructive trust in the absence of unjust enrichment is consistent with the constructive trust's remedial role and supported by specific consideration of the principles set out in *Lac Minerals*. Deterrence does not suggest that a constructive trust should be available even where there is no unjust enrichment. Despite considerations of deterrence, it is true throughout the private law that remedies are typically unavailable in the absence of a loss. Courts have not held it to be necessary where a tort duty or a contractual duty has been breached to order remedies even where no loss resulted. There is nothing which would justify treating breaches of fiduciary duties any differently in this regard. In any event, the unavailability of a constructive trust in cases where there is no unjust enrichment does not have any significant effect on deterrence. Exemplary damages are available if deterrence is deemed to be particularly important, and an unscrupulous fiduciary has to reckon with the possibility that if there were gains in value to the property, he or she would be compelled to pay damages or possibly give up the property.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *White v. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78; *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276; *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919); *Neale v. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions v. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey v.*

tions possibles. En l'espèce, S a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Même s'il ne pouvait réclamer de dommages-intérêts compensatoires puisqu'il n'a subi aucune perte pécuniaire, S aurait pu réclamer des dommages-intérêts punitifs. Sa décision de ne pas le faire ne devrait pas jouer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la fiducie par interprétation. Le juge du procès a également tenu compte de l'élément de dissuasion, mais il a conclu que celui-ci ne pouvait en soi justifier l'octroi d'une réparation en l'espèce.

Même si l'examen en appel était justifié, la fiducie par interprétation ne s'offrait pas aux parties, vu les faits de l'espèce. Il ressort très clairement de la jurisprudence récente de la Cour qu'une fiducie par interprétation ne peut être imposée que lorsqu'il y a un enrichissement sans cause. En l'espèce, il n'y a eu aucun enrichissement et, par conséquent, aucun enrichissement sans cause. L'impossibilité d'imposer une fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause est compatible avec le rôle réparateur de cette fiducie, et l'analyse des principes exposés dans l'arrêt *Lac Minerals* appuie également cette règle. La dissuasion n'exige pas que l'on puisse recourir à la fiducie par interprétation même en l'absence d'un enrichissement sans cause. Malgré des considérations de dissuasion, il est vrai que le droit privé ne prévoit habituellement pas de recours en cas d'absence de perte. Les tribunaux n'ont pas jugé qu'il était nécessaire d'accorder, même en l'absence de perte, une réparation à la suite d'un manquement à une obligation en matière délictuelle ou contractuelle. Rien ne justifie que les manquements aux obligations fiduciaires reçoivent un traitement particulier à cet égard. De toute façon, l'impossibilité d'invoquer la fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause n'a aucune incidence importante quant à l'élément de dissuasion. Des dommages-intérêts punitifs pourraient être imposés si l'élément de dissuasion était jugé particulièrement important, et un fiduciaire sans scrupules devra avoir à l'esprit la possibilité que, si le bien prenait de la valeur, il devrait alors payer des dommages-intérêts ou peut-être même céder le bien.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *White c. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78; *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276; *Beatty c. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919); *Neale c. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions c. Evans*, [1972] Ch. 359;

Palmer, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Neste Oy v. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658; *Elders Pastoral Ltd. v. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180; *Mogal Corp. v. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928); *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269.

By Sopinka J. (dissenting)

Donkin v. Bugoy, [1985] 2 S.C.R. 85; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Brisette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269; *Reading v. The King*, [1948] 2 All E.R. 27, aff'd [1949] 2 All E.R. 68, aff'd [1951] 1 All E.R. 617; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Phipps v. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849, aff'd [1966] 3 All E.R. 721; *Lee v. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217.

Authors Cited

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

Dewar, John L. "The Development of the Remedial Constructive Trust" (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312.

Dixon, John. "The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment" (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147.

Goff of Chieveley, Robert Goff, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Goode, Roy. "Property and Unjust Enrichment". In Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Litman, M. M. "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407.

McClean, A. J. "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155.

Hussey c. Palmer, [1972] 1 W.L.R. 1286; *Neste Oy c. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658; *Elders Pastoral Ltd. c. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180; *Mogal Corp. c. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Meinhard c. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928); *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Donkin c. Bugoy, [1985] 2 R.C.S. 85; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Brisette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269; *Reading c. The King*, [1948] 2 All E.R. 27, conf. par [1949] 2 All E.R. 68, conf. par [1951] 1 All E.R. 617; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Phipps c. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849, conf. par [1966] 3 All E.R. 721; *Lee c. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217.

Doctrine citée

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

Dewar, John L. «The Development of the Remedial Constructive Trust» (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312.

Dixon, John. «The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment» (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147.

Goff of Chieveley, Robert Goff, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Goode, Roy. «Property and Unjust Enrichment». In Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Litman, M. M. «The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407.

McClean, A. J. «Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker* (1982)», 16 *U.B.C. L. Rev.* 155.

Paciocco, David M. "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. V, 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1967.

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

Waters, D. W. M. *The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law*. London: University of London, Athlone Press, 1964.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221, reversing a decision of the Ontario Court (General Division) (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205, dismissing the respondent's action against the appellants for conveyance of a property. Appeal dismissed, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and Darryl A. Cruz, for the appellants.

David T. Stockwood, Q.C., and Susan E. Caskey, for the respondent.

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

McLACHLIN J. —

I

¹

This appeal requires this Court to determine whether a real estate agent who buys for himself property for which he has been negotiating on behalf of a client may be required to return the property to his client despite the fact that the client can show no loss. This raises the legal issue of whether a constructive trust over property may be imposed in the absence of enrichment of the defendant and corresponding deprivation of the plaintiff. In my view, this question should be answered in the affirmative.

Paciocco, David M. «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315.

Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. V, 3rd ed. Boston: Little, Brown, 1967.

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

Waters, D. W. M. *The Constructive Trust: The Case for a New Approach in English Law*. London: University of London, Athlone Press, 1964.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205, rejetant l'action intentée par l'intimé contre les appelants en vue d'obtenir le transfert d'un immeuble. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

Thomas G. Heintzman, c.r., et Darryl A. Cruz, pour les appelants.

David T. Stockwood, c.r., et Susan E. Caskey, pour l'intimé.

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

LE JUGE McLACHLIN —

I

Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si l'on peut exiger de l'agent immobilier qui a acheté pour lui-même un immeuble au sujet duquel il a entamé des pourparlers au nom d'un client, qu'il remette l'immeuble à son client même si ce dernier ne peut pas prouver qu'il a subi une perte. La question juridique à trancher est celle de savoir s'il est possible d'imposer une fiducie par interprétation à l'égard d'un immeuble en l'absence d'un enrichissement du défendeur et d'un appauvrissement correspondant du demandeur. À mon avis, cette question doit recevoir une réponse affirmative.

II

The appellant Mr. Korkontzilas is a real estate broker. The respondent, Mr. Soulos, was his client. In 1984, Mr. Korkontzilas found a commercial building which he thought might interest Mr. Soulos. Mr. Soulos was interested in purchasing the building. Mr. Korkontzilas entered into negotiations on behalf of Mr. Soulos. He offered \$250,000. The vendor, Dominion Life, rejected the offer and tendered a counter-offer of \$275,000. Mr. Soulos rejected the counter-offer but “signed it back” at \$260,000 or \$265,000. Dominion Life advised Mr. Korkontzilas that it would accept \$265,000. Instead of conveying this information to Mr. Soulos as he should have, Mr. Korkontzilas arranged for his wife, Panagiota Goutsoulas, to purchase the property using the name Panagiot Goutsoulas. Panagiot Goutsoulas then transferred the property to Panagiota and Fotios Korkontzilas as joint tenants. Mr. Soulos asked what had happened to the property. Mr. Korkontzilas told him to “forget about it”; the vendor no longer wanted to sell it and he would find him a better property. Mr. Soulos asked Mr. Korkontzilas whether he had had anything to do with the vendor’s change of heart. Mr. Korkontzilas said he had not.

In 1987 Mr. Soulos learned that Mr. Korkontzilas had purchased the property for himself. He brought an action against Mr. Korkontzilas to have the property conveyed to him, alleging breach of fiduciary duty giving rise to a constructive trust. He asserted that the property held special value to him because its tenant was his banker, and being one’s banker’s landlord was a source of prestige in the Greek community of which he was a member. However, Mr. Soulos abandoned his claim for damages because the market value of the property had, in fact, decreased from the time of the Korkontzilas purchase.

II

L’appellant, M. Korkontzilas, est un courtier en immeubles. L’intimé, M. Soulos, était son client. En 1984, M. Korkontzilas a repéré un immeuble commercial susceptible, selon lui, d’intéresser M. Soulos. En effet, M. Soulos était intéressé à acheter l’immeuble. Monsieur Korkontzilas a entamé des négociations au nom de M. Soulos. Il a offert une somme de 250 000 \$ pour l’immeuble. Le vendeur, la Dominion Life, a rejeté l’offre et a présenté une contre-offre dans laquelle il exigeait une somme de 275 000 \$. Monsieur Soulos a rejeté la contre-offre, mais il est revenu à la charge en offrant 260 000 \$ ou 265 000 \$. La Dominion Life a informé M. Korkontzilas qu’elle accepterait de vendre l’immeuble pour 265 000 \$. Au lieu de transmettre cette information à M. Soulos comme il aurait dû le faire, M. Korkontzilas a pris des dispositions pour que son épouse, Panagiota Goutsoulas, achète l’immeuble sous le nom de Panagiot Goutsoulas. Panagiot Goutsoulas a ensuite transféré l’immeuble à Panagiota et Fotios Korkontzilas à titre de copropriétaires. Monsieur Soulos a demandé ce qu’il était advenu de l’immeuble. Monsieur Korkontzilas lui a dit de [TRADUCTION] «l’oublier», que le vendeur ne voulait plus le vendre, mais qu’il lui trouverait quelque chose de mieux. Monsieur Soulos a demandé à M. Korkontzilas s’il avait quelque chose à voir avec le changement d’idée du vendeur. La réponse de M. Korkontzilas a été négative.

En 1987, M. Soulos a appris que M. Korkontzilas avait acheté l’immeuble pour lui-même. Alléguant un manquement à une obligation fiduciaire donnant lieu à une fiducie par interprétation, il a intenté une action contre M. Korkontzilas afin d’obtenir que l’immeuble lui soit transféré. Il a soutenu que l’immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que son banquier en était locataire et que le fait d’être le bailleur de son propre banquier était une source de prestige dans la communauté grecque à laquelle il appartenait. Toutefois, M. Soulos a renoncé à revendiquer des dommages-intérêts parce que la valeur marchande de l’immeuble avait, en réalité, diminué depuis que M. Korkontzilas l’avait acheté.

2

3

4 The trial judge found that Mr. Korkontzilas had breached a duty of loyalty to Mr. Soulos, but held that a constructive trust was not an appropriate remedy because Mr. Korkontzilas had purchased the property at market value and hence had not been “enriched”: (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205 (hereinafter cited to O.R.). The decision was reversed on appeal, Labrosse J.A. dissenting: (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221 (hereinafter cited to O.R.).

5 For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. In my view, the doctrine of constructive trust applies and requires that Mr. Korkontzilas convey the property he wrongly acquired to Mr. Soulos.

III

6 The first question is what duties Mr. Korkontzilas owed to Mr. Soulos in relation to the property. This question returns us to the findings of the trial judge. The trial judge rejected the submission of Mr. Soulos that an agreement existed requiring Mr. Korkontzilas to present all properties in the Danforth area to him exclusively before other purchasers. He found, however, that Mr. Korkontzilas became the agent for Mr. Soulos when he prepared the offer which Mr. Soulos signed with respect to the property at issue. He further found that this agency relationship extended to reporting the vendor’s response to Mr. Soulos. This relationship of agency was not terminated when the vendor made its counter-offer. The trial judge therefore concluded that Mr. Korkontzilas was acting as Mr. Soulos’ agent at all material times.

7 The trial judge went on to state that the relationship of agent and principal is fiduciary in nature. He concluded that as agent to Mr. Soulos, Mr. Korkontzilas owed Mr. Soulos a “duty of loyalty”. He found that Mr. Korkontzilas breached this duty of loyalty when he failed to refer the vendor’s counter-offer to Mr. Soulos.

Le juge du procès a conclu que M. Korkontzilas avait manqué à un devoir de loyauté envers M. Soulos, mais il a statué que la fiducie par interprétation n’était pas la réparation appropriée parce que M. Korkontzilas avait acquis l’immeuble à sa valeur marchande et ne s’était donc pas «enrichi»: (1991), 4 O.R. (3d) 51, 19 R.P.R. (2d) 205 (ci-après cité au O.R.). La décision a été infirmée en appel, le juge Labrosse étant dissident: (1995), 25 O.R. (3d) 257, 126 D.L.R. (4th) 637, 84 O.A.C. 390, 47 R.P.R. (2d) 221 (ci-après cité au O.R.).

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Selon moi, la doctrine de la fiducie par interprétation s’applique et exige que M. Korkontzilas transfère à M. Soulos l’immeuble acquis de manière irrégulière.

III

La première question à trancher est celle de savoir quelles étaient les obligations de M. Korkontzilas à l’égard de M. Soulos en ce qui a trait à l’immeuble. Cette question nous ramène aux conclusions du juge du procès. Celui-ci a rejeté l’argument de M. Soulos selon lequel il existait une entente obligeant M. Korkontzilas à lui proposer en exclusivité tous les immeubles dans la région de Danforth avant de les offrir à d’autres acheteurs. Il a toutefois conclu que M. Korkontzilas était devenu le mandataire de M. Soulos lorsqu’il a préparé l’offre que M. Soulos a signée relativement à l’immeuble en cause. Il a en outre considéré que ce mandat comportait l’obligation de faire part à M. Soulos de la réponse du vendeur. Le mandat n’avait pas pris fin lorsque le vendeur a présenté sa contre-offre. Le juge du procès a donc conclu que M. Korkontzilas était, pendant toute la période pertinente, le mandataire de M. Soulos.

Le juge du procès a ajouté que les rapports entre le mandant et le mandataire étaient de nature fiduciaire. Il a conclu qu’en qualité de mandataire de M. Soulos, M. Korkontzilas avait un «devoir de loyauté» envers celui-ci. Il a estimé que M. Korkontzilas avait manqué à ce devoir de loyauté en n’informant pas M. Soulos de la contre-offre du vendeur.

The Court of Appeal did not take issue with these conclusions. The majority did, however, differ from the trial judge on what consequences flowed from Mr. Korkontzilas' breach of the duty of loyalty.

IV

This brings us to the main issue on this appeal: what remedy, if any, does the law afford Mr. Soulos for Mr. Korkontzilas' breach of the duty of loyalty in acquiring the property in question for himself rather than passing the vendor's statement of the price it would accept on to his principal, Mr. Soulos?

At trial Mr. Soulos' only claim was that the property be transferred to him for the price paid by Mr. Korkontzilas, subject to adjustments for changes in value and losses incurred on the property since purchase. He abandoned his claim for damages at an early stage of the proceedings. This is not surprising, since Mr. Korkontzilas had paid market value for the property and had, in fact, lost money on it during the period he had held it. Still, Mr. Soulos maintained his desire to own the property.

Mr. Soulos argued that the property should be returned to him under the equitable doctrine of constructive trust. The trial judge rejected this claim, on the ground that constructive trust arises only where the defendant has been unjustly enriched by his wrongful act. The fact that damages offered Mr. Soulos no compensation was of no moment: "It would be anomalous to declare a constructive trust, in effect, because a remedy in damages is unsatisfactory, the plaintiff having suffered none" (p. 69). Furthermore, "it seems simply disproportionate and inappropriate to utilize the drastic remedy of a constructive trust where the plaintiff has suffered no damage" (p. 69). The trial judge added that nominal damages were inappropriate, damages having been waived, and that

La Cour d'appel n'a pas remis en question ces conclusions. Les juges majoritaires n'étaient toutefois pas du même avis que le juge du procès quant aux conséquences du manquement par M. Korkontzilas à son devoir de loyauté.

IV

Cela nous amène à la principale question en litige dans le présent pourvoi: quelle réparation, s'il en est, le droit offre-t-il à M. Soulos par suite du manquement au devoir de loyauté commis par M. Korkontzilas lorsqu'il a acquis l'immeuble en question au lieu de faire part à son mandant, M. Soulos, du prix que le vendeur accepterait?

Au procès, M. Soulos a seulement demandé le transfert de l'immeuble sur paiement de la somme versée par M. Korkontzilas, sous réserve des ajustements nécessaires par suite des changements de valeur intervenus et des pertes subies depuis l'achat de l'immeuble. Il s'est désisté de sa demande de dommages-intérêts au début de la poursuite, ce qui n'est pas étonnant vu que M. Korkontzilas avait acquis l'immeuble pour sa valeur marchande et qu'il avait en fait perdu de l'argent au cours de la période pendant laquelle il en avait été propriétaire. Quoiqu'il en soit, M. Soulos voulait toujours devenir propriétaire de l'immeuble.

Monsieur Soulos a soutenu que l'immeuble devait lui être remis en vertu de la doctrine de la fiducie par interprétation reconnue en *equity*. Le juge du procès a rejeté cette prétention pour le motif qu'il ne pouvait y avoir fiducie par interprétation que si le défendeur s'était enrichi sans cause par suite de sa conduite fautive. L'impossibilité d'indemniser M. Soulos au moyen de dommages-intérêts n'avait aucune importance: [TRADUCTION] «Il serait anormal de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation parce que le recours aux dommages-intérêts n'est pas satisfaisant, le demandeur n'ayant subi aucun préjudice» (à la p. 69). De plus, [TRADUCTION] «il semble tout simplement exagéré et inapproprié d'accorder la réparation draconienne que constitue la fiducie par interprétation lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice» (à la p. 69). Le juge du procès a ajouté qu'il

8

9

10

11

Mr. Soulos had mitigated his loss by buying other properties.

n'y avait pas lieu d'accorder des dommages-intérêts symboliques étant donné qu'il y avait eu renonciation aux dommages-intérêts et que M. Soulos avait atténué sa perte en achetant d'autres immeubles.

¹² The majority of the Court of Appeal took a different view. Carthy J.A. held that the award of an equitable remedy is discretionary and dependent on all the facts before the court. In his view, however, the trial judge had exercised his discretion on a wrong principle. Carthy J.A. asserted that the moral quality of the defendant's act may dictate the court's intervention. Most real estate transactions involve one person acting gratuitously for the purchaser, while seeking commission from the vendor. The fiduciary duties of the agent would be meaningless if the agent could simply acquire the property at market value, and then deny that he or she is a constructive trustee because no damages are suffered. In such circumstances, equity will "intervene with a proprietary remedy to sustain the integrity of the laws which it supervises" (p. 261). Carthy J.A. conceded that Mr. Soulos' reason for desiring the property may seem "whimsical". But viewed against the broad context of real estate transactions, he found that the remedy of constructive trust in these circumstances serves a "salutary purpose". It enables the court to ensure that immoral conduct is not repeated, undermining the bond of trust that enables the industry to function. The majority accordingly ordered conveyance of the property subject to appropriate adjustments.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'un avis différent. Le juge Carthy a statué que la décision d'accorder une réparation en *equity* était discrétionnaire et dépendait de l'ensemble des faits invoqués devant le tribunal. Selon lui, le juge du procès avait toutefois exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné. Le juge Carthy a affirmé que la valeur morale de la conduite du défendeur pouvait dicter l'intervention du tribunal. Dans la plupart des opérations immobilières, une personne agit gracieusement pour l'acheteur tout en demandant une commission au vendeur. Les obligations fiduciaires de l'agent seraient dénuées de sens si celui-ci pouvait tout simplement acquérir l'immeuble à sa valeur marchande et nier ensuite qu'il est fiduciaire par interprétation parce qu'aucun préjudice n'a été subi. Dans de telles circonstances, les tribunaux d'*equity* [TRADUCTION] «accordent une réparation fondée sur la propriété pour préserver l'intégrité des règles de droit dont ils surveillent l'application» (à la p. 261). Le juge Carthy a admis que le motif pour lequel M. Soulos désirait l'immeuble pouvait sembler [TRADUCTION] «fantaisiste». Il a toutefois conclu que, si on l'examine dans le contexte général des opérations immobilières, le recours à la fiducie par interprétation dans ces circonstances vise un [TRADUCTION] «objectif salubre». Elle permet au tribunal de veiller à ce que ne se reproduise pas un comportement immoral qui risque d'ébranler la relation de confiance sur laquelle repose la profession. Les juges majoritaires ont donc ordonné le transfert de la propriété de l'immeuble sous réserve des ajustements nécessaires.

¹³ The difference between the trial judge and the majority in the Court of Appeal may be summarized as follows. The trial judge took the view that in the absence of established loss, Mr. Soulos had no action. To grant the remedy of constructive trust in the absence of loss would be "simply disproportionate and inappropriate", in his view. The major-

La divergence entre le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel peut se résumer de la manière suivante. Le juge du procès était d'avis qu'en l'absence d'une perte établie, M. Soulos n'avait aucun droit d'action. Selon lui, il serait «tout simplement exagéré et inapproprié» d'accorder, en l'absence d'une perte, la fiducie par

ity in the Court of Appeal, by contrast, took a broader view of when a constructive trust could apply. It held that a constructive trust requiring reconveyance of the property could arise in the absence of an established loss in order to condemn the agent's improper act and maintain the bond of trust underlying the real estate industry and hence the "integrity of the laws" which a court of equity supervises.

The appeal thus presents two different views of the function and ambit of the constructive trust. One view sees the constructive trust exclusively as a remedy for clearly established loss. On this view, a constructive trust can arise only where there has been "enrichment" of the defendant and corresponding "deprivation" of the plaintiff. The other view, while not denying that the constructive trust may appropriately apply to prevent unjust enrichment, does not confine it to that role. On this view, the constructive trust may apply absent an established loss to condemn a wrongful act and maintain the integrity of the relationships of trust which underlie many of our industries and institutions.

It is my view that the second, broader approach to constructive trust should prevail. This approach best accords with the history of the doctrine of constructive trust, the theory underlying the constructive trust, and the purposes which the constructive trust serves in our legal system.

V

The appellants argue that this Court has adopted a view of constructive trust based exclusively on unjust enrichment in cases such as *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. Therefore, they argue, a constructive trust cannot be imposed in cases like this where the plaintiff can demonstrate

interprétation. Par contre, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont adopté une conception plus large du champ d'application de la fiducie par interprétation. Ils ont statué qu'il pouvait y avoir une fiducie par interprétation exigeant la rétrocession du bien en l'absence d'une perte établie afin de sanctionner l'acte répréhensible de l'agent et de préserver le lien de confiance sur lequel repose la profession du courtage immobilier et, par conséquent, «l'intégrité des règles de droit» dont les tribunaux d'*equity* sont chargés de surveiller l'application.

Le pourvoi expose donc deux conceptions différentes du rôle et de la portée de la fiducie par interprétation. Les partisans de la première conception considèrent que la fiducie par interprétation ne peut être accordée que dans le cas d'une perte clairement établie. Selon eux, il ne peut y avoir de fiducie par interprétation que s'il y a «enrichissement» du défendeur et «appauvrissement» correspondant du demandeur. Même s'ils ne nient pas que la fiducie par interprétation peut s'appliquer pour empêcher l'enrichissement sans cause, les partisans de la seconde conception ne la confinent pas dans ce rôle. Selon eux, la fiducie par interprétation peut s'appliquer en l'absence d'une perte établie pour condamner une conduite fautive et préserver l'intégrité du lien de confiance qui est à la base même d'un bon nombre de nos professions et institutions.

Je suis d'avis que cette seconde conception plus large de la fiducie par interprétation devrait l'emporter. Elle concorde davantage avec l'évolution de la doctrine de la fiducie par interprétation, la théorie sur laquelle repose la fiducie par interprétation, et les objectifs que cette fiducie vise dans notre système juridique.

V

Les appelants soutiennent que le point de vue adopté par notre Cour relativement à la fiducie par interprétation dans des arrêts tels *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, repose exclusivement sur l'enrichissement sans cause. Par conséquent, ils font valoir qu'une fiducie par interprétation ne

14

15

16

no deprivation and corresponding enrichment of the defendant.

peut pas être imposée dans les cas où, comme en l'espèce, le demandeur ne peut pas établir un appauvrissement ainsi qu'un enrichissement correspondant du défendeur.

¹⁷ The history of the law of constructive trust does not support this view. Rather, it suggests that the constructive trust is an ancient and eclectic institution imposed by law not only to remedy unjust enrichment, but to hold persons in different situations to high standards of trust and probity and prevent them from retaining property which in "good conscience" they should not be permitted to retain. This served the end, not only of doing justice in the case before the court, but of protecting relationships of trust and the institutions that depend on these relationships. These goals were accomplished by treating the person holding the property as a trustee of it for the wronged person's benefit, even though there was no true trust created by intention. In England, the trust thus created was thought of as a real or "institutional" trust. In the United States and recently in Canada, jurisprudence speaks of the availability of the constructive trust as a remedy; hence the remedial constructive trust.

L'évolution des règles de droit relatives à la fiducie par interprétation n'étaye pas un tel point de vue. Elle semble plutôt indiquer que la fiducie par interprétation est une institution ancienne et éclectique imposée par le droit non pas seulement pour remédier à l'enrichissement sans cause, mais aussi pour obliger des personnes se trouvant dans diverses situations à se conformer à des normes élevées en matière de confiance et de probité et les empêcher de conserver des biens qu'en toute «conscience» elles ne devraient pas être autorisées à garder. Cette doctrine avait pour but non seulement d'assurer que justice soit rendue dans l'affaire dont le tribunal était saisi, mais aussi de protéger les liens de confiance ainsi que les institutions qui en dépendent. Il a été possible d'atteindre ces objectifs en considérant que la personne détenait le bien à titre de fiduciaire pour le bénéfice de la personne lésée, même en l'absence d'une fiducie au sens strict créée par la volonté des parties. En Angleterre, la fiducie ainsi créée était appelée fiducie réelle ou «institutionnelle». Aux États-Unis, et récemment au Canada, il est question dans la jurisprudence de la possibilité de demander la fiducie par interprétation à titre de réparation.

¹⁸ While specific situations attracting a constructive trust have been identified, the older English jurisprudence offers no satisfactory limiting or unifying conceptual theory for the constructive trust. As D. W. M. Waters, *The Constructive Trust* (1964), at p. 39, puts it, the constructive trust "was never any more than a convenient and available language medium through which . . . the obligations of parties might be expressed or determined". The constructive trust was used in English law "to link together a number of disparate situations . . . on the basis that the obligations imposed by law in these situations might in some way be likened to the obligations which were imposed upon an express trustee": J. L. Dewar, "The Development

Même si elle reconnaît des cas précis où s'applique la fiducie par interprétation, la théorie générale du droit anglais ancien n'offre aucun concept limitatif ou unificateur satisfaisant pour la fiducie par interprétation. Comme l'indique D. W. M. Waters dans son ouvrage intitulé *The Constructive Trust* (1964), à la p. 39, la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «n'a jamais été autre chose qu'une expression pratique et utile servant à décrire ou à exprimer les obligations des parties». La fiducie par interprétation était utilisée en droit anglais [TRADUCTION] «pour établir un lien entre des situations variées . . . du fait que les obligations imposées par le droit dans de tels cas pouvaient à certains égards être assimilées aux obliga-

of the Remedial Constructive Trust” (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312, at p. 317, citing Waters, *supra*.

The situations in which a constructive trust was recognized in England include constructive trusts arising on breach of a fiduciary relationship, as well as trusts imposed to prevent the absence of writing from depriving a person of proprietary rights, to prevent a purchaser with notice from fraudulently retaining trust properties, and to enforce secret trusts and mutual wills. See Dewar, *supra*, at p. 334. The fiduciary relationship underlies much of the English law of constructive trust. As Waters, *supra*, at p. 33, writes: “the fiduciary relationship is clearly wed to the constructive trust over the whole, or little short of the whole, of the trust’s operation”. At the same time, not all breaches of fiduciary relationships give rise to a constructive trust. As L. S. Sealy, “Fiduciary Relationships”, [1962] *Camb. L.J.* 69, at p. 73, states:

The word “fiduciary,” we find, is *not* definitive of a single class of relationships to which a fixed set of rules and principles apply. Each equitable remedy is available only in a limited number of fiduciary situations; and the mere statement that John is in a fiduciary relationship towards me means no more than that in some respects his position is trustee-like; it does not warrant the inference that any particular fiduciary principle or remedy can be applied. [Emphasis in original.]

Nor does the absence of a classic fiduciary relationship necessarily preclude a finding of a constructive trust; the wrongful nature of an act may be sufficient to constitute breach of a trust-like duty: see Dewar, *supra*, at pp. 322-23.

Canadian courts have never abandoned the principles of constructive trust developed in England.

tions qui étaient imposées à un fiduciaire exprès»: J. L. Dewar, «The Development of the Remedial Constructive Trust» (1982-84), 6 *Est. & Tr. Q.* 312, à la p. 317, citant Waters, précité.

Parmi les cas où la fiducie par interprétation a été reconnue en Angleterre, notons ceux où la fiducie découlait d’un manquement à une obligation fiduciaire ainsi que ceux où elle était imposée pour éviter que l’absence d’un écrit ne prive une personne de ses droits de propriété, pour empêcher un acheteur ayant une connaissance préalable de retenir frauduleusement des biens en fiducie ou pour assurer l’exécution des fiducies secrètes et des testaments mutuels. Voir Dewar, précité, à la p. 334. Les rapports fiduciaires sous-tendent une bonne partie des règles de droit anglais applicables à la fiducie par interprétation. Comme l’écrit Waters, précité, à la p. 33: [TRADUCTION] «les rapports fiduciaires sont manifestement inhérents à la fiducie par interprétation pour tout ce qui touche ou presque son application». Par ailleurs, ce ne sont pas tous les manquements à des obligations fiduciaires qui donnent naissance à une fiducie par interprétation. Comme le dit L. S. Sealy dans «Fiduciary Relationships», [1962] *Camb. L.J.* 69, à la p. 73:

[TRADUCTION] Selon nous, le terme «fiduciaire» ne définit *pas* une seule catégorie de rapports auxquels s’applique un ensemble de règles et de principes déterminés. Chacun des recours prévus par l’*equity* ne peut être exercé que dans un nombre limité de situations fiduciaires; le simple fait de déclarer que Jean a des rapports fiduciaires avec moi signifie simplement que sa situation est à certains égards assimilable à celle d’un fiduciaire; cela ne permet pas de conclure qu’il est possible d’appliquer un principe ou un recours fiduciaire donné. [En italique dans l’original.]

L’absence de rapports fiduciaires traditionnels n’empêche pas nécessairement non plus de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation; le caractère fautif de la conduite peut suffire pour constituer un manquement à une obligation assimilable à une obligation fiduciaire: voir Dewar, précité, aux pp. 322 et 323.

Les tribunaux canadiens n’ont jamais abandonné les principes de la fiducie par interprétation qui ont

They have, however, modified them. Most notably, Canadian courts in recent decades have developed the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. It is now established that a constructive trust may be imposed in the absence of wrongful conduct like breach of fiduciary duty, where three elements are present: (1) the enrichment of the defendant; (2) the corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) the absence of a juristic reason for the enrichment: *Pettkus v. Becker*, *supra*.

été élaborés en Angleterre. Ils les ont toutefois modifiés. Plus particulièrement, au cours des dernières décennies, les tribunaux canadiens ont utilisé la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause. Il est désormais établi qu'une fiducie par interprétation peut être imposée en l'absence d'un comportement fautif, tel le manquement à une obligation fiduciaire, lorsque trois éléments sont réunis: (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement: *Pettkus c. Becker*, précité.

²¹ This Court's assertion that a remedial constructive trust lies to prevent unjust enrichment in cases such as *Pettkus v. Becker* should not be taken as expunging from Canadian law the constructive trust in other circumstances where its availability has long been recognized. The language used makes no such claim. A. J. McClean, "Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155, at p. 170, describes the ratio of *Pettkus v. Becker* as "a modest enough proposition". He goes on: "It would be wrong . . . to read it as one would read the language of a statute and limit further development of the law".

L'affirmation par notre Cour, dans des arrêts comme *Pettkus c. Becker*, que la fiducie par interprétation peut être accordée pour prévenir l'enrichissement sans cause, ne devrait pas être interprétée comme ayant fait disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation dans les autres cas où l'on reconnaît depuis longtemps la possibilité d'y avoir recours. Les termes utilisés ne permettent pas de faire une telle affirmation. Pour A. J. McClean, «Constructive and Resulting Trusts — Unjust Enrichment in a Common Law Relationship — *Pettkus v. Becker*» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 155, le ratio de l'arrêt *Pettkus c. Becker* est [TRADUCTION] «un énoncé assez modéré» (à la p. 170). Il ajoute: [TRADUCTION] «Il serait erroné . . . de l'interpréter comme on interpréterait le texte d'une loi et de limiter l'évolution du droit».

²² Other scholars agree that the constructive trust as a remedy for unjust enrichment does not negate a finding of a constructive trust in other situations. D. M. Paciocco, "The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 315, at p. 318, states: "the constructive trust that is used to remedy unjust enrichment must be distinguished from the other types of constructive trusts known to Canadian law prior to 1980". Paciocco asserts that unjust enrichment is not a necessary condition of a constructive trust (at p. 320):

D'autres auteurs reconnaissent que l'imposition de la fiducie par interprétation pour remédier à l'enrichissement sans cause n'empêche pas de conclure à l'existence d'une telle fiducie dans d'autres situations. Dans son article intitulé «The Remedial Constructive Trust: A Principled Basis for Priorities over Creditors» (1989), 68 *R. du B. can.* 315, à la p. 318, D. M. Paciocco dit qu' [TRADUCTION] «il faut établir une distinction entre la fiducie par interprétation qui est utilisée pour remédier à l'enrichissement sans cause et les autres types de fiducies par interprétation qui existaient en droit canadien avant 1980». Paciocco affirme que l'enrichissement sans cause n'est pas une condition essentielle à l'existence d'une fiducie par interprétation (à la p. 320):

... in the largest traditional category, the fiduciary constructive trust, there need be no deprivation experienced by the particular plaintiff. The constructive trust is imposed to raise the morality of the marketplace generally, with the beneficiaries of some of these trusts receiving what can only be described as a windfall.

Dewar, *supra*, holds a similar view (at p. 332):

While it is unlikely that Canadian courts will abandon the learning and the classifications which have grown up in connection with the English constructive trust, it is submitted that the adoption of the American style constructive trust by the Supreme Court of Canada in *Pettkus v. Becker* will profoundly influence the future development of Canadian trust law.

Dewar, *supra*, at pp. 332-33, goes on to state: "In English and Canadian law there is no general agreement as to precisely which situations give rise to a constructive trust, though there are certain general categories of cases in which it is agreed that a constructive trust does arise". One of these is to correct fraudulent or disloyal conduct.

M. M. Litman, "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407, at p. 414, sees unjust enrichment as a useful tool in rationalizing the traditional categories of constructive trust. Nevertheless he opines that it would be a "significant error" to simply ignore the traditional principles of constructive trust. He cites a number of Canadian cases subsequent to *Pettkus v. Becker*, *supra*, which impose constructive trusts for wrongful acquisition of property, even in the absence of unjust enrichment and correlative deprivation, and concludes that the constructive trust "cannot always be explained by the unjust enrichment model of constructive trust" (p. 416). In sum, the old English law remains part of contemporary Canadian law and guides its development. As La Forest J.A. (as he then was) states in *White v. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78 (N.B.C.A.), at p. 90, cited by Litman, *supra*, the courts "will

[TRADUCTION] ... dans la catégorie traditionnelle la plus large, soit la fiducie par interprétation, il n'est pas nécessaire qu'il y ait appauvrissement du demandeur. La fiducie par interprétation est imposée pour relever le degré de moralité sur le marché en général, les bénéficiaires de certaines de ces fiducies recevant ce que l'on ne peut décrire que comme un profit fortuit.

Dewar, précité, a un point de vue analogue (à la p. 332):

[TRADUCTION] Même s'il est peu probable que les tribunaux canadiens abandonnent les notions et les classifications relatives à la fiducie par interprétation appliquée en Angleterre, nous croyons que l'adoption par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* d'une fiducie par interprétation de style américain influencera profondément l'évolution du droit des fiducies canadien.

Dewar, précité, ajoute aux pp. 332 et 333: [TRADUCTION] «En droit anglais et en droit canadien, il n'y a aucune unanimité sur les cas précis dans lesquels s'applique la fiducie par interprétation même s'il est admis qu'il existe certaines catégories générales de situations qui donnent lieu à une telle fiducie». L'une de ces situations est celle où l'on tente de remédier à un comportement frauduleux ou déloyal.

Dans «The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 407, à la p. 414, M. M. Litman considère que l'enrichissement sans cause constitue un outil utile pour rationaliser les catégories traditionnelles de fiducies par interprétation. Il est néanmoins d'avis qu'on commettrait une [TRADUCTION] «erreur importante» en écartant tout simplement les principes traditionnels de la fiducie par interprétation. Il cite diverses décisions canadiennes, postérieures à l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, qui imposent des fiducies par interprétation pour remédier à l'acquisition irrégulière de biens, même en l'absence d'un enrichissement sans cause et d'un appauvrissement correspondant, et il conclut que la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «ne peut pas toujours s'expliquer par le modèle de la fiducie par interprétation fondée sur l'enrichissement sans cause» (p. 416). En résumé, le droit anglais ancien fait encore partie du droit canadien contemporain et oriente son évolution. Comme le dit le juge La Forest (maintenant juge

23

24

not venture far onto an uncharted sea when they can administer justice from a safe berth”.

de notre Cour) dans l’arrêt *White c. Central Trust Co.* (1984), 17 E.T.R. 78 (C.A.N.-B.), à la p. 90, cité par Litman, précité, les tribunaux [TRADUCTION] «ne s’aventureront pas dans des domaines inconnus lorsqu’ils peuvent administrer la justice en s’en tenant à des principes sûrs».

25 I conclude that the law of constructive trust in the common law provinces of Canada embraces the situations in which English courts of equity traditionally found a constructive trust as well as the situations of unjust enrichment recognized in recent Canadian jurisprudence.

Je conclus que les règles de droit relatives à la fiducie par interprétation dans les provinces de common law du Canada visent les cas où les tribunaux d’*equity* anglais ont traditionnellement conclu à l’existence d’une fiducie par interprétation de même que les cas d’enrichissement sans cause reconnus dans la jurisprudence canadienne récente.

VI

VI

26 Various principles have been proposed to unify the situations in which the English law found constructive trust. R. Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at p. 61, suggest that unjust enrichment is such a theme. However, unless “enrichment” is interpreted very broadly to extend beyond pecuniary claims, it does not explain all situations in which the constructive trust has been applied. As McClean, *supra*, at p. 168, states: “however satisfactory [the unjust enrichment theory] may be for other aspects of the law of restitution, it may not be wide enough to cover all types of constructive trust”. McClean goes on to note the situation raised by this appeal: “In some cases, where such a trust is imposed the trustee may not have obtained any benefit at all; this could be the case, for example, when a person is held to be a trustee *de son tort*. A plaintiff may not always have suffered a loss.” McClean concludes (at pp. 168-69): “Unjust enrichment may not, therefore, satisfactorily explain all types of restitutionary claims”.

Divers principes ont été proposés pour donner cohésion aux cas où le droit anglais permettait de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation. Dans l’ouvrage intitulé *The Law of Restitution* (3^e éd. 1986), à la p. 61, R. Goff et G. Jones sont d’avis que l’enrichissement sans cause est l’un de ces principes. Toutefois, à moins que le terme «enrichissement» ne soit interprété de façon très large de manière à n’être pas limité aux réclamations pécuniaires, il n’explique pas tous les cas où la fiducie par interprétation a été appliquée. Comme le dit McClean, précité, à la p. 168: [TRADUCTION] «aussi satisfaisante que soit [la théorie de l’enrichissement sans cause] pour les autres aspects du droit applicable en matière de restitution, sa portée n’est peut-être pas assez large pour englober tous les types de fiducies par interprétation». McClean aborde ensuite la situation soulevée par le présent pourvoi: [TRADUCTION] «Dans certains cas, lorsqu’une telle fiducie est imposée, il se peut que le fiduciaire n’ait obtenu aucun avantage; ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque la personne est déclarée fiduciaire *de son tort*. Le demandeur n’a peut-être pas toujours subi une perte. McClean conclut (aux pp. 168 et 169): [TRADUCTION] «Par conséquent, l’enrichissement sans cause ne peut pas expliquer de façon satisfaisante toutes les catégories de demandes de restitution».

27 McClean, among others, regards the most satisfactory underpinning for unjust enrichment to be the concept of “good conscience” which lies at

McClean, comme d’autres, considère que le principe le plus satisfaisant pour fonder la théorie de l’enrichissement sans cause est le concept de la

“the very foundation of equitable jurisdiction” (p. 169):

“Safe conscience” and “natural justice and equity” were two of the criteria referred to by Lord Mansfield in *Moses v. MacFerlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (K.B.) in dealing with an action for money had and received, the prototype of a common law restitutionary claim. “Good conscience” has a sound basis in equity, some basis in common law, and is wide enough to encompass constructive trusts where the defendant has not obtained a benefit or where the plaintiff has not suffered a loss. It is, therefore, as good as, or perhaps a better, foundation for the law of restitution than is unjust enrichment.

Other scholars agree with McClean that good conscience may provide a useful way of unifying the different forms of constructive trust. Litman, *supra*, adverts to the “natural justice and equity” or “good conscience” trust “which operates as a remedy for wrongs which are broader in concept than unjust enrichment” and goes on to state that this may be viewed as the underpinning of the various institutional trusts as well as the unjust enrichment restitutionary constructive trust (at pp. 415-16).

Good conscience as the unifying concept underlying constructive trust has attracted the support of many jurists. Edmund Davies L.J. suggested that the concept of a “want of probity” in the person upon whom the constructive trust is imposed provides “a useful touchstone in considering circumstances said to give rise to constructive trusts”: *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276 (C.A.), at p. 301. Cardozo J. similarly endorsed the unifying theme of good conscience in *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919), at p. 380:

A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder

«conscience» qui est à la [TRADUCTION] «base même de la compétence en *equity*» (à la p. 169):

[TRADUCTION] La «conscience tranquille» ainsi que «la justice naturelle et l'*equity*» étaient deux des critères mentionnés par lord Mansfield dans l'arrêt *Moses c. MacFerlan* (1760), 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676 (K.B.), dans une action en recouvrement des sommes reçues, le prototype des demandes de restitution en common law. Le concept de la «conscience» a des assises solides en *equity* et un certain fondement en common law; il est suffisamment large pour s'appliquer aux fiducies par interprétation lorsque le défendeur n'a obtenu aucun avantage ou lorsque le demandeur n'a pas subi de perte. Par conséquent, on peut dire qu'il s'agit dans le cas du droit de la restitution d'un fondement aussi solide sinon meilleur que l'enrichissement sans cause.

D'autres experts reconnaissent comme McClean que le concept de la conscience peut s'avérer utile pour assurer la cohésion des différentes formes de fiducie par interprétation. Litman, précité, signale la fiducie fondée sur [TRADUCTION] «la justice naturelle et l'*equity*» ou la «conscience» [TRADUCTION] «qui constitue un recours pour les préjudices débordant le cadre de l'enrichissement sans cause», et il ajoute que l'on peut considérer qu'il s'agit du fondement des diverses fiducies institutionnelles ainsi que de la fiducie par interprétation en matière de restitution pour enrichissement sans cause (aux pp. 415 et 416).

De nombreux juristes sont d'accord pour considérer la conscience comme le concept unificateur à la base même de la fiducie par interprétation. Selon lord juge Edmund Davies, l'idée d'un «manque de probité» chez la personne à laquelle la fiducie par interprétation est imposée constitue [TRADUCTION] «une pierre de touche utile pour déterminer les circonstances dans lesquelles il y aurait fiducie par interprétation»: *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co. (No. 2)*, [1969] 2 Ch. 276 (C.A.), à la p. 301. Le juge Cardozo a approuvé en termes similaires le thème unificateur de la conscience dans la décision *Beatty c. Guggenheim Exploration Co.*, 122 N.E. 378 (1919), à la p. 380:

[TRADUCTION] La fiducie par interprétation est la formule utilisée pour exprimer la conscience de l'*equity*. Lorsque des biens ont été acquis dans des circonstances

28

29

of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee. [Emphasis added.]

telles que le titulaire du titre en common law ne peut pas, en toute conscience, en retenir l'intérêt bénéficiaire, l'*equity* fait de cette personne un fiduciaire. [Je souligne.]

³⁰ Lord Denning M.R. expressed similar views in a series of cases applying the constructive trust as a remedy for wrong-doing: see *Neale v. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions v. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286. In *Binions*, referring to the statement by Cardozo J., *supra*, Denning M.R. stated that the court would impose a constructive trust "for the simple reason that it would be utterly inequitable for the plaintiffs to turn the defendant out contrary to the stipulation subject to which they took the premises" (p. 368). In *Hussey*, he said the following of the constructive trust (at pp. 1289-90): "By whatever name it is described, it is a trust imposed by law whenever justice and good conscience require it".

Lord Denning, maître des rôles, a exprimé un point de vue analogue dans une série de décisions où la fiducie par interprétation a été imposée pour remédier à un acte fautif: voir *Neale c. Willis* (1968), 19 P. & C.R. 836; *Binions c. Evans*, [1972] Ch. 359; *Hussey c. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286. Dans *Binions*, faisant référence au juge Cardozo, précité, lord Denning a dit que le tribunal imposerait une fiducie par interprétation [TRADUCTION] «pour la simple raison qu'il serait tout à fait injuste que les demandeurs expulsent le défendeur en violation de la clause aux termes de laquelle ils ont occupé les locaux» (p. 368). Dans *Hussey*, il a dit ce qui suit au sujet de la fiducie par interprétation (aux pp. 1289 et 1290): [TRADUCTION] «Quel que soit le terme employé pour la décrire, il s'agit d'une fiducie imposée en vertu du droit lorsque la justice et la conscience l'exigent».

³¹ Many English scholars have questioned Lord Denning's expansive statements on constructive trust. Nevertheless, he is not alone: Bingham J. similarly referred to good conscience as the basis for equitable intervention in *Neste Oy v. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658.

De nombreux auteurs anglais ont remis en question les déclarations extensives de lord Denning au sujet de la fiducie par interprétation. Néanmoins, il n'est pas seul dans son camp: le juge Bingham a également indiqué dans la décision *Neste Oy c. Lloyd's Bank Plc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 658, que le concept de la conscience était le fondement d'une intervention en *equity*.

³² The New Zealand Court of Appeal also appears to have accepted good conscience as the basis for imposing a constructive trust in *Elders Pastoral Ltd. v. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180. Cooke P., at pp. 185-86, cited the following passage from Bingham J.'s reasons in *Neste Oy*, *supra*, at p. 666:

Dans l'arrêt *Elders Pastoral Ltd. c. Bank of New Zealand*, [1989] 2 N.Z.L.R. 180, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande semble aussi avoir accepté que la conscience pouvait justifier l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le président Cooke, aux pp. 185 et 186, a cité le passage suivant des motifs du juge Bingham dans le jugement *Neste Oy*, précité, à la p. 666:

Given the situation of [the defendants] when the last payment was received, any reasonable and honest directors of that company (or the actual directors had they known of it) would, I feel sure, have arranged for the repayment of that sum to the plaintiffs without hesitation or delay. It would have seemed little short of sharp practice for [the defendants] to take any benefit from the payment, and it would have seemed contrary to any

[TRADUCTION] Compte tenu de la situation [des défendeurs] lorsque le dernier paiement a été reçu, tout administrateur raisonnable et honnête de cette compagnie (ou les administrateurs actuels s'ils l'avaient su) aurait, j'en suis certain, pris des dispositions, sans hésitation ni retard, pour que cette somme soit remboursée aux demandeurs. Il aurait été quasiment déloyal de la part [des défendeurs] de tirer avantage du paiement, et il

ordinary notion of fairness that the general body of creditors should profit from the accident of a payment made at a time when there was bound to be a total failure of consideration. Of course it is true that insolvency always causes loss and perfect fairness is unattainable. The bank, and other creditors, have their legitimate claims. It nonetheless seems to me that at the time of its receipt [the defendants] could not in good conscience retain this payment and that accordingly a constructive trust is to be inferred. [Emphasis added.]

Cooke P. concluded simply (at p. 186): “I do not think that in conscience the stock agents can retain this money.” *Elders* has been taken to stand for the proposition that even in the absence of a fiduciary relationship or unjust enrichment, conduct contrary to good conscience may give rise to a remedial constructive trust: see *Mogal Corp. v. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; J. Dixon, “The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment” (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147, at pp. 157-58. Although the Judicial Committee of the Privy Council rejected the creation of a constructive trust on grounds of good conscience in *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806, the fact remains that good conscience is a theme underlying constructive trust from its earliest times.

Good conscience addresses not only fairness between the parties before the court, but the larger public concern of the courts to maintain the integrity of institutions like fiduciary relationships which the courts of equity supervised. As La Forest J. states in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 453:

The law of fiduciary duties has always contained within it an element of deterrence. This can be seen as early as *Keech* in the passage cited *supra*; see also *Canadian Aero*, *supra*, at pp. 607 and 610; *Canson*, *supra*, at p. 547, *per* McLachlin J. In this way the law is able to monitor a given relationship society views as socially

aurait semblé contraire à toute notion ordinaire d'équité que l'ensemble des créanciers puisse profiter du fait qu'un paiement a été fait à un moment où il n'y avait plus aucune contrepartie. Certes, l'insolvabilité entraîne toujours des pertes et il est impossible d'atteindre la perfection en matière d'équité. La banque et d'autres créanciers ont des réclamations légitimes. Il me semble néanmoins qu'au moment de la réception du paiement, [les défendeurs] ne pouvaient en toute conscience retenir cet argent et que, par conséquent, il faut conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation. [Je souligne.]

Le président Cooke a tout simplement conclu (à la p. 186): [TRADUCTION] «Je ne pense pas qu'en toute conscience, les courtiers puissent conserver cet argent.» On a considéré que la décision *Elders* appuyait la thèse voulant que, même en l'absence de rapports fiduciaires ou d'enrichissement sans cause, le comportement contraire à la conscience pouvait entraîner l'imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation: voir *Mogal Corp. c. Australasia Investment Co. (In Liquidation)* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 783; J. Dixon, «The Remedial Constructive Trust Based on Unconscionability in the New Zealand Commercial Environment», (1992-95), 7 *Auck. U. L. Rev.* 147, aux pp. 157 et 158. Même si dans *Re Goldcorp Exchange Ltd. (In Receivership)*, [1994] 2 All E.R. 806, le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté la création d'une fiducie par interprétation pour satisfaire aux exigences de la conscience, il n'en demeure pas moins que la conscience est depuis le début un thème sous-jacent à la fiducie par interprétation.

La conscience concerne non seulement l'équité entre les parties devant le tribunal, mais aussi le souci plus général des tribunaux de maintenir l'intégrité d'institutions tels les rapports fiduciaires que les tribunaux d'*equity* étaient chargés de surveiller. Comme le dit le juge La Forest dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 453:

Le droit des obligations fiduciaires a toujours comporté un élément de dissuasion. On peut déjà le constater dans le passage susmentionné de l'arrêt *Keech*, précité; voir aussi *Canadian Aero*, précité, aux pp. 607 et 610; *Canson*, précité, à la p. 547, le juge McLachlin. Le droit est ainsi en mesure de surveiller une relation que la

useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility.

The constructive trust imposed for breach of fiduciary relationship thus serves not only to do the justice between the parties that good conscience requires, but to hold fiduciaries and people in positions of trust to the high standards of trust and probity that commercial and other social institutions require if they are to function effectively.

société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d'une réglementation officielle qui risquerait d'en réduire l'utilité sociale.

La fiducie par interprétation imposée pour manquement à une obligation fiduciaire permet non seulement de rendre justice aux parties comme l'exige la conscience, mais aussi d'obliger les fiduciaires et autres personnes occupant des postes de confiance à se conformer aux normes élevées en matière de confiance et de probité nécessaires pour assurer l'efficacité des institutions commerciales et autres institutions sociales.

34 It thus emerges that a constructive trust may be imposed where good conscience so requires. The inquiry into good conscience is informed by the situations where constructive trusts have been recognized in the past. It is also informed by the dual reasons for which constructive trusts have traditionally been imposed: to do justice between the parties and to maintain the integrity of institutions dependent on trust-like relationships. Finally, it is informed by the absence of an indication that a constructive trust would have an unfair or unjust effect on the defendant or third parties, matters which equity has always taken into account. Equitable remedies are flexible; their award is based on what is just in all the circumstances of the case.

Il ressort qu'une fiducie par interprétation peut être imposée lorsque la conscience l'exige. L'examen portant sur les exigences de la conscience doit tenir compte des situations où des fiducies par interprétation ont été reconnues dans le passé. Il est guidé aussi par les deux raisons pour lesquelles les fiducies par interprétation ont été traditionnellement imposées: rendre justice aux parties et préserver l'intégrité d'institutions fondées sur des rapports assimilables à ceux qui existent dans le cadre des fiducies. Enfin, l'examen se fait en fonction de l'absence d'indication qu'une fiducie par interprétation aurait un effet inéquitable ou injuste sur le défendeur ou sur des tiers, ce dont l'*equity* a toujours tenu compte. Les réparations reconnues en *equity* sont souples; elles sont accordées en fonction de ce qui est juste compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

35 Good conscience as a common concept unifying the various instances in which a constructive trust may be found has the disadvantage of being very general. But any concept capable of embracing the diverse circumstances in which a constructive trust may be imposed must, of necessity, be general. Particularity is found in the situations in which judges in the past have found constructive trusts. A judge faced with a claim for a constructive trust will have regard not merely to what might seem "fair" in a general sense, but to other situations where courts have found a constructive trust. The

La conscience comme élément unificateur dans les différents cas où il est possible de conclure à une fiducie par interprétation a l'inconvénient d'être très générale. Mais tout concept capable d'englober les diverses circonstances dans lesquelles une fiducie par interprétation peut être imposée doit obligatoirement l'être. Ce sont les circonstances particulières des cas où les juges ont conclu dans le passé à l'existence d'une fiducie par interprétation qui viennent préciser le concept général. Le juge à qui l'on demande d'imposer une fiducie par interprétation tiendra compte non seulement de ce qui pourrait sembler «équitable» dans un sens général, mais aussi des autres cas où les tribunaux ont conclu à l'existence d'une fiducie par interprétation. L'objectif consiste simplement à

goal is but a reasoned, incremental development of the law on a case-by-case basis.

The situations which the judge may consider in deciding whether good conscience requires imposition of a constructive trust may be seen as falling into two general categories. The first category concerns property obtained by a wrongful act of the defendant, notably breach of fiduciary obligation or breach of duty of loyalty. The traditional English institutional trusts largely fall under but may not exhaust (at least in Canada) this category. The second category concerns situations where the defendant has not acted wrongfully in obtaining the property, but where he would be unjustly enriched to the plaintiff's detriment by being permitted to keep the property for himself. The two categories are not mutually exclusive. Often wrongful acquisition of property will be associated with unjust enrichment, and vice versa. However, either situation alone may be sufficient to justify imposition of a constructive trust.

In England the law has yet to formally recognize the remedial constructive trust for unjust enrichment, although many of Lord Denning's pronouncements pointed in this direction. The courts do, however, find constructive trusts in circumstances similar to those at bar. Equity traditionally recognized the appropriateness of a constructive trust for breach of duty of loyalty simpliciter. The English law is summarized by Goff and Jones, *The Law of Restitution*, *supra*, at p. 643:

A fiduciary may abuse his position of trust by diverting a contract, purchase or other opportunity from his beneficiary to himself. If he does so, he is deemed to hold that contract, purchase, or opportunity on trust for the beneficiary.

P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985) (at pp. 330; 338-43) agrees. He suggests that cases of conflict of interest not infrequently may give rise to constructive trust, absent unjust

assurer l'évolution logique et progressive du droit, cas par cas.

On peut considérer que les cas dont le juge doit tenir compte pour déterminer si la conscience exige l'imposition d'une fiducie par interprétation entrent dans deux catégories générales. La première catégorie concerne les biens obtenus par suite de la conduite fautive du défendeur, notamment le manquement à une obligation fiduciaire ou le manquement à un devoir de loyauté. Les fiducies institutionnelles anglaises traditionnelles entrent généralement dans cette catégorie sans toutefois être les seules à en faire partie (du moins au Canada). La seconde catégorie concerne les cas où le défendeur n'a pas obtenu les biens de manière irrégulière, mais où il s'enrichirait sans cause au détriment du demandeur si on lui permettait de les conserver. Les deux catégories ne sont pas mutuellement exclusives. L'acquisition de biens d'une manière irrégulière sera souvent associée à l'enrichissement sans cause, et vice versa. Toutefois, l'un ou l'autre de ces éléments peut suffire à justifier l'imposition d'une fiducie par interprétation.

En Angleterre, le droit ne reconnaît pas encore formellement la fiducie par interprétation accordée à titre de réparation dans les cas d'enrichissement sans cause, même si de nombreuses déclarations de lord Denning vont dans ce sens. Toutefois, les tribunaux concluent bel et bien à l'existence de la fiducie par interprétation dans des circonstances analogues à celles dont il est question en l'espèce. L'*equity* reconnaît traditionnellement qu'il est juste d'imposer une fiducie par interprétation pour un simple manquement à un devoir de loyauté. Le droit anglais est résumé par Goff et Jones dans *The Law of Restitution*, précité, à la p. 643:

[TRADUCTION] Il se peut que le fiduciaire abuse de sa position de confiance en utilisant à son profit un contrat, une acquisition de biens ou une autre occasion d'affaires au détriment de son bénéficiaire. S'il le fait, il est réputé détenir en fiducie pour le bénéficiaire les avantages ainsi détournés.

P. Birks est d'accord avec ce principe dans l'ouvrage intitulé *An Introduction to the Law of Restitution* (1985) (à la p. 330 et aux pp. 338 à 343). Il indique que les conflits d'intérêts sont souvent à

36

37

enrichment. Birks distinguishes between anti-enrichment wrongs and anti-harm wrongs (at p. 340). A fiduciary acting in conflict of interest represents a risk of actual or potential harm, even though his misconduct may not always enrich him. A constructive trust may accordingly be ordered.

l'origine de la fiducie par interprétation accordée en l'absence d'enrichissement sans cause. Birks fait une distinction entre les actes fautifs réprimés en vue de prévenir l'enrichissement et ceux qui sont condamnés afin de faire obstacle à un préjudice (p. 340). Un fiduciaire en conflit d'intérêts représente un risque de préjudice réel ou potentiel, même si son inconduite ne l'enrichit pas toujours. Une fiducie par interprétation peut en conséquence être ordonnée.

38 Both categories of constructive trust are recognized in the United States; although unjust enrichment is sometimes cited as the rationale for the constructive trust in the U.S., in fact its courts recognize the availability of constructive trust to require the return of property acquired by wrongful act absent unjust enrichment of the defendant and reciprocal deprivation of the plaintiff. Thus the authors of *Scott on Trusts* (3rd ed. 1967), vol. V, at p. 3410, state that the constructive trust "is available where property is obtained by mistake or by fraud or by other wrong". Or as Cardozo C.J. put it, "[a] constructive trust is, then, the remedial device through which preference of self is made subordinate to loyalty to others": *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928), at p. 548, cited in *Scott on Trusts*, *supra*, at p. 3412. *Scott on Trusts*, *supra*, at p. 3418, states that there are cases "in which a constructive trust is enforced against a defendant, although the loss to the plaintiff is less than the gain to the defendant or, indeed, where there is no loss to the plaintiff".

Les deux catégories de fiducie par interprétation sont reconnues aux États-Unis; même si l'enrichissement sans cause est parfois invoqué aux États-Unis pour justifier la fiducie par interprétation, en fait, les tribunaux y reconnaissent qu'il est possible d'avoir recours à la fiducie par interprétation pour obtenir la remise du bien acquis par suite d'une conduite fautive en l'absence d'un enrichissement sans cause du défendeur et d'un appauvrissement correspondant du demandeur. Ainsi, les auteurs de *Scott on Trusts* (3^e éd. 1967), vol. V, à la p. 3410, affirment que la fiducie par interprétation [TRADUCTION] «peut être invoquée lorsque le bien est obtenu par erreur ou par fraude, ou à la suite d'une autre conduite fautive». Ou comme l'a dit le juge Cardozo, [TRADUCTION] «[u]ne fiducie par interprétation est donc le mécanisme de réparation en vertu duquel l'intérêt personnel s'efface devant la loyauté envers autrui»: *Meinhard c. Salmon*, 164 N.E. 545 (1928), à la p. 548, cité dans *Scott on Trusts*, précité, à la p. 3412. *Scott on Trusts*, précité, indique, à la p. 3418, qu'il y a des cas [TRADUCTION] «où une fiducie par interprétation est imposée au défendeur même si la perte du demandeur est inférieure au gain réalisé par le défendeur ou, en fait, lorsque le demandeur n'a subi aucune perte».

39 Canadian courts also recognize the availability of constructive trusts for both wrongful acquisition of property and unjust enrichment. Applying the English law, they have long found constructive trusts as a consequence of wrongful acquisition of property, for example by fraud or breach of fiduciary duty. More recently, Canadian courts have recognized the availability of the American-style remedial constructive trust in cases of unjust

Les tribunaux canadiens reconnaissent aussi la possibilité de recourir à la fiducie par interprétation tant dans les cas où des biens sont acquis d'une manière irrégulière que dans les cas d'enrichissement sans cause. Appliquant le droit anglais, ils concluent depuis longtemps à l'existence d'une fiducie par interprétation à la suite d'une acquisition irrégulière de biens, par exemple en raison d'une fraude ou d'un manquement à une obligation

enrichment: *Pettkus v. Becker*, *supra*. However, since *Pettkus v. Becker* Canadian courts have continued to find constructive trusts where property has been wrongfully acquired, even in the absence of unjust enrichment. While such cases appear infrequently since few choose to litigate absent pecuniary loss, they are not rare.

Litman, *supra*, at p. 416, notes that in “the post-*Pettkus v. Becker* era there are numerous cases where courts have used the institutional constructive trust without advertent to or relying on unjust enrichment”. The imposition of a constructive trust in these cases is justified not on grounds of unjust enrichment, but on the ground that the defendant’s wrongful act requires him to restore the property thus obtained to the plaintiff.

Thus in *Ontario Wheat Producers’ Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (Ont. C.A.), a constructive trust was imposed on a bank which received money with actual knowledge that it belonged to someone other than the depositor.

Again, in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (B.C.S.C.), a constructive trust was imposed on individuals who knowingly participated in a breach of fiduciary duty despite a finding that unjust enrichment would not warrant the imposition of a trust because the plaintiff company could not be said to have suffered a loss or deprivation since its own policy precluded it from receiving the profits. Dohm J. (as he then was) stated that the constructive trust was required “not to balance the equities but to ensure that trustees and fiduciaries remain faithful and that those who

fiduciaire. Plus récemment, les tribunaux canadiens ont reconnu qu’il était possible d’imposer une fiducie par interprétation analogue à celle qui existe aux États-Unis dans les cas d’enrichissement sans cause: *Pettkus c. Becker*, précité. Toutefois, depuis cet arrêt, les tribunaux canadiens ont continué de conclure à l’existence d’une fiducie par interprétation lorsque des biens ont été acquis de manière irrégulière, même en l’absence d’enrichissement sans cause. Bien que de tels cas ne soient pas fréquents car peu de justiciables choisissent d’intenter des poursuites en l’absence d’une perte pécuniaire, ils ne sont pas rares.

Litman, précité, à la p. 416, fait remarquer que [TRADUCTION] «depuis l’arrêt *Pettkus c. Becker*, il y a eu de nombreux cas où les tribunaux ont eu recours à la fiducie par interprétation institutionnelle sans qu’il soit question d’enrichissement sans cause». L’imposition d’une fiducie par interprétation dans de tels cas se justifie non pas par l’enrichissement sans cause, mais par le fait que la conduite fautive du défendeur l’oblige à remettre le bien ainsi obtenu au demandeur.

Ainsi, dans l’arrêt *Ontario Wheat Producers’ Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (C.A. Ont.), une fiducie par interprétation a été imposée à une banque qui avait reçu de l’argent tout en sachant qu’il n’appartenait pas au déposant mais à un tiers.

De même, dans l’arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 14 E.T.R. 269 (C.S.C.-B.), une fiducie par interprétation a été imposée à des personnes qui avaient participé sciemment à un manquement à une obligation fiduciaire, même si on avait conclu que l’enrichissement sans cause ne justifierait pas l’imposition d’une fiducie parce qu’il était impossible de dire que la compagnie demanderesse avait subi une perte ou un appauvrissement car sa propre politique l’empêchait de toucher les profits. Le juge Dohm (maintenant juge en chef adjoint) a dit que la fiducie par interprétation devait être accordée [TRADUCTION] «non pas en raison de ce qu’exige l’équité entre les parties, mais pour veiller à ce que les fiduciaires demeurent fidèles à la parole donnée et à ce que les per-

40

41

42

assist them in the breaches of their duty are called to account” (p. 302).

sonnes qui les aident à manquer à leurs obligations soient appelées à rendre des comptes» (p. 302).

43 I conclude that in Canada, under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, as well as to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground: where there is a wrongful act but no unjust enrichment and corresponding deprivation; or where there is an unconscionable unjust enrichment in the absence of a wrongful act, as in *Pettkus v. Becker*, *supra*. Within these two broad categories, there is room for the law of constructive trust to develop and for greater precision to be attained, as time and experience may dictate.

Je conclus qu’au nom de la conscience, l’application de la fiducie par interprétation est reconnue au Canada tant pour sanctionner des conduites fautives tels la fraude et le manquement à un devoir de loyauté que pour remédier à l’enrichissement sans cause et à un appauvrissement correspondant. Bien qu’elle soit souvent imposée parce qu’il y a à la fois conduite fautive et enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation peut aussi être accordée pour l’un ou l’autre motif: lorsqu’il y a conduite fautive mais aucun enrichissement sans cause ni appauvrissement correspondant ou lorsqu’il y a enrichissement sans cause moralement inadmissible, en l’absence de conduite fautive, comme dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité. Dans le cadre de ces deux grandes catégories les règles de droit relatives à la fiducie par interprétation pourront évoluer et se préciser au fil des ans et selon les cas qui pourront se présenter.

44 The process suggested is aptly summarized by McClean, *supra*, at pp. 169-70:

McClean, précité, a résumé avec habilité le processus évoqué (aux pp. 169 et 170):

The law [of constructive trust] may now be at a stage where it can distill from the specific examples a few general principles, and then, by analogy to the specific examples and within the ambit of the general principle, create new heads of liability. That, it is suggested, is not asking the courts to embark on too dangerous a task, or indeed on a novel task. In large measure it is the way that the common law has always developed.

[TRADUCTION] Le droit [en matière de fiducie par interprétation] en est peut-être arrivé à une étape où il est possible de dégager certains principes généraux à partir d’exemples précis et de créer, par analogie et dans le respect de ces principes généraux, de nouveaux chefs de responsabilité. À notre avis, il ne s’agit pas de demander aux tribunaux de se lancer dans une entreprise trop risquée ni même nouvelle, en fait, puisque dans une large mesure, c’est de cette manière que la common law a toujours évolué.

VII

VII

45 In *Pettkus v. Becker*, *supra*, this Court explored the prerequisites for a constructive trust based on unjust enrichment. This case requires us to explore the prerequisites for a constructive trust based on wrongful conduct. Extrapolating from the cases where courts of equity have imposed constructive trusts for wrongful conduct, and from a discussion of the criteria considered in an essay by Roy Goode, “Property and Unjust Enrichment”, in Andrew Burrows, ed., *Essays on the Law of*

Dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, notre Cour a examiné sous tous leurs angles les conditions préalables à la fiducie par interprétation fondée sur l’enrichissement sans cause. La présente espèce nous oblige à étudier minutieusement les conditions essentielles à l’existence de la fiducie par interprétation fondée sur un comportement fautif. À la lumière des décisions des tribunaux d’*equity* imposant la fiducie par interprétation par suite de comportements fautifs et des critères

Restitution (1991), I would identify four conditions which generally should be satisfied:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected.

VIII

Applying this test to the case before us, I conclude that Mr. Korkontzilas' breach of his duty of loyalty sufficed to engage the conscience of the court and support a finding of constructive trust for the following reasons.

First, Mr. Korkontzilas was under an equitable obligation in relation to the property at issue. His failure to pass on to his client the information he obtained on his client's behalf as to the price the vendor would accept on the property and his use of that information to purchase the property instead for himself constituted breach of his equitable duty of loyalty. He allowed his own interests to conflict with those of his client. He acquired the property wrongfully, in flagrant and inexcusable breach of his duty of loyalty to Mr. Soulos. This is the sort of situation which courts of equity, in Canada and

examinés dans un article de Roy Goode intitulé «Property and Unjust Enrichment», publié dans *Essays on the Law of Restitution* (1991), sous la direction d'Andrew Burrows, je conclus que quatre conditions doivent généralement être réunies:

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c'est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d'*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens;
- (2) il faut démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'*equity* lui imposait à l'égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés.

VIII

Appliquant ce critère à l'espèce, je conclus que le manquement par M. Korkontzilas à son devoir de loyauté a suffi pour engager la conscience du tribunal et lui permettre de conclure à l'existence d'une fiducie par interprétation pour les motifs suivants.

Premièrement, M. Korkontzilas était assujéti à une obligation en *equity* relativement à l'immeuble en cause. L'omission de faire part à son client de l'information qu'il avait obtenue au nom de ce dernier quant au prix que le vendeur accepterait pour l'immeuble et l'utilisation de cette information pour acheter lui-même l'immeuble constituent un manquement au devoir de loyauté imposé par l'*equity*. Il a permis que ses propres intérêts entrent en conflit avec ceux de son client. Il a acheté l'immeuble de manière irrégulière, après avoir manqué de façon flagrante et inexcusable à son devoir de

elsewhere, have traditionally treated as involving an equitable duty, breach of which may give rise to a constructive trust, even in the absence of unjust enrichment.

48 Second, the assets in the hands of Mr. Korkontzilas resulted from his agency activities in breach of his equitable obligation to the plaintiff. His acquisition of the property was a direct result of his breach of his duty of loyalty to his client, Mr. Soulos.

49 Third, while Mr. Korkontzilas was not monetarily enriched by his wrongful acquisition of the property, ample reasons exist for equity to impose a constructive trust. Mr. Soulos argues that a constructive trust is required to remedy the deprivation he suffered because of his continuing desire, albeit for non-monetary reasons, to own the particular property in question. No less is required, he asserts, to return the parties to the position they would have been in had the breach not occurred. That alone, in my opinion, would be sufficient to persuade a court of equity that the proper remedy for Mr. Korkontzilas' wrongful acquisition of the property is an order that he is bound as a constructive trustee to convey the property to Mr. Soulos.

50 But there is more. I agree with the Court of Appeal that a constructive trust is required in cases such as this to ensure that agents and others in positions of trust remain faithful to their duty of loyalty: see *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, per La Forest J. If real estate agents are permitted to retain properties which they acquire for themselves in breach of a duty of loyalty to their clients provided they pay market value, the trust and confidence which underpin the institution of real estate brokerage will be undermined. The message will be clear: real estate agents may breach their duties to their clients and the courts will do nothing about it, unless the client can show that the real estate

loyauté envers M. Soulos. Voilà le genre de situation où les tribunaux d'*equity*, au Canada et ailleurs, ont traditionnellement conclu à l'existence d'une obligation en *equity* dont la violation peut donner naissance à une fiducie par interprétation, même en l'absence d'enrichissement sans cause.

Deuxièmement, M. Korkontzilas a obtenu la possession de cet immeuble par suite des actes accomplis à titre de mandataire et du manquement à l'obligation que lui imposait l'*equity* envers le demandeur. L'acquisition de l'immeuble était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté envers son client, M. Soulos.

Troisièmement, même si M. Korkontzilas ne s'est pas enrichi pécuniairement par suite de l'acquisition irrégulière de l'immeuble, il existe de bonnes raisons pour que l'*equity* impose une fiducie par interprétation. Monsieur Soulos soutient qu'une fiducie par interprétation est nécessaire pour remédier à l'appauvrissement qu'il a subi en raison de son désir persistant de devenir propriétaire de l'immeuble en question, bien que pour des raisons non pécuniaires. Selon lui, cette mesure, et rien de moins, permettra de replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu manquement. À mon avis, cet argument à lui seul suffirait à convaincre un tribunal d'*equity* que la réparation appropriée pour l'acquisition irrégulière de l'immeuble par M. Korkontzilas est une ordonnance portant qu'il doit, à titre de fiduciaire par interprétation, transférer l'immeuble à M. Soulos.

Mais il y a plus. Comme la Cour d'appel, j'estime qu'une fiducie par interprétation est requise dans des cas comme celui-ci pour assurer le respect du devoir de loyauté auquel sont tenus les mandataires et autres personnes occupant des postes de confiance: voir *Hodgkinson c. Simms*, précité, le juge La Forest. Si les agents immobiliers sont autorisés à garder les immeubles qu'ils ont acquis pour eux-mêmes en violation de leur devoir de loyauté envers leurs clients à condition qu'ils paient la valeur marchande de l'immeuble, la confiance sur laquelle repose l'institution qu'est le courtage immobilier sera ébranlée. Le message sera clair: les agents immobiliers peuvent manquer

agent made a profit. This will not do. Courts of equity have always been concerned to keep the person who acts on behalf of others to his ethical mark; this Court should continue in the same path.

I come finally to the question of whether there are factors which would make imposition of a constructive trust unjust in this case. In my view, there are none. No third parties would suffer from an order requiring Mr. Korkontzilas to convey the property to Mr. Soulos. Nor would Mr. Korkontzilas be treated unfairly. Mr. Soulos is content to make all necessary financial adjustments, including indemnification for the loss Mr. Korkontzilas has sustained during the years he has held the property.

I conclude that a constructive trust should be imposed. I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal that the appellants convey the property to the respondent, subject to appropriate adjustments. The respondent is entitled to costs throughout.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague McLachlin J. While I agree with her conclusion that a breach of a fiduciary duty was made out herein, I disagree with her analysis concerning the appropriate remedy. In my view, she errs in upholding the decision of the majority of the Court of Appeal to overturn the trial judge and impose a constructive trust over the property in question. There are two broad reasons for my conclusion. First, the order of a constructive trust is a discretionary matter and, as such, is entitled to appellate deference. Given that the trial judge did not err in principle in declining to make such an order, appellate courts should not interfere with the exercise of his discretion. Second, even if appellate review were appropriate in the present

à leurs obligations envers leurs clients et les tribunaux n'interviendront pas à moins que le client puisse prouver que l'agent immobilier a réalisé un profit. C'est inacceptable. Les tribunaux d'*equity* se sont toujours souciés d'obliger la personne qui agit pour une autre à respecter l'éthique; notre Cour doit aller dans le même sens.

J'en viens maintenant à la question de savoir s'il existe en l'espèce des facteurs qui rendraient inéquitable l'imposition d'une fiducie par interprétation. À mon avis, il n'y en a aucun. Nul ne subira un préjudice du fait d'une ordonnance enjoignant à M. Korkontzilas de transférer l'immeuble à M. Soulos. Monsieur Korkontzilas ne sera pas non plus traité inéquitablement. Monsieur Soulos ne demande pas mieux que de faire les ajustements financiers nécessaires, y compris d'indemniser M. Korkontzilas pour la perte qu'il a subie au cours des années pendant lesquelles il a été propriétaire de l'immeuble.

Je conclus qu'une fiducie par interprétation doit être imposée. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel portant que les appelants doivent transférer l'immeuble à l'intimé, sous réserve des ajustements appropriés. L'intimé a droit aux dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — J'ai lu les motifs de ma collègue, le juge McLachlin. Bien que j'adhère à sa conclusion selon laquelle le manquement à une obligation fiduciaire a été établi en l'espèce, je ne souscris pas à son analyse concernant la réparation appropriée. À mon avis, elle commet une erreur en confirmant le jugement par lequel les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision du juge du procès pour imposer une fiducie par interprétation à l'égard de l'immeuble en question. Ma conclusion se fonde sur deux motifs principaux. Premièrement, la décision d'imposer une fiducie par interprétation relève du pouvoir discrétionnaire du juge et, à ce titre, elle appelle à la retenue. Comme le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe en refusant de

51

52

53

case, a constructive trust as a remedy is not available where there has been no unjust enrichment. The main source of my disagreement with McLachlin J. arises in consideration of the second point, but in order to address the reasons of the majority in the court below as well, I will consider both of these issues in turn.

Standard of Review and the Exercise of Discretion

54

It is a matter of settled law that appellate courts should generally not interfere with orders exercised within a trial judge's discretion. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: see *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85. As acknowledged by the majority in the Court of Appeal ((1995), 25 O.R. (3d) 257, at p. 259), the decision to order a constructive trust is a matter of discretion. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, the majority held that the order of a constructive trust in response to a breach of a fiduciary duty would depend on all the circumstances. La Forest J. stated at p. 674:

In the case at hand, the restitutionary claim has been made out. The Court can award either a proprietary remedy, namely that Lac hand over the Williams property, or award a personal remedy, namely a monetary award. . . . [A constructive trust] is but one remedy, and will only be imposed in appropriate circumstances.

The discretionary approach to constructive trusts is also consistent with the approach to equitable remedies generally: see *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 585.

rendre une ordonnance en ce sens, les tribunaux d'appel ne devraient pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, même si l'examen en appel était justifié en l'espèce, il ne peut y avoir fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause. Quoique mon désaccord avec le juge McLachlin porte essentiellement sur ce dernier point, je traiterai tout de même de ces questions successivement, dans le cadre de mon analyse des motifs des juges majoritaires de la juridiction inférieure.

Norme de contrôle et exercice du pouvoir discrétionnaire

Il est bien établi en droit que, règle générale, les tribunaux d'appel ne devraient pas modifier les ordonnances rendues dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. En effet, de telles ordonnances ne peuvent être infirmées en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire a été fondé sur un principe erroné: voir *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85. Comme l'ont reconnu les juges majoritaires de la Cour d'appel ((1995), 25 O.R. (3d) 257, à la p. 259) la décision d'accorder la fiducie par interprétation est discrétionnaire. Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, la Cour a conclu à la majorité que la décision d'imposer une fiducie par interprétation à la suite d'un manquement à une obligation fiduciaire reposait sur l'examen de l'ensemble des circonstances. Le juge La Forest a dit, à la p. 674:

En l'espèce, on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La Cour peut accorder une réparation relative à la propriété, c'est-à-dire ordonner à Lac de rendre le bien-fonds Williams, ou accorder une indemnité, c'est-à-dire une somme d'argent. [. . .] [La fiducie par interprétation n'est qu'une] réparation parmi d'autres, et il n'y sera recouru que dans les circonstances appropriées.

Cette conception de la fiducie par interprétation axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est également conforme avec la manière d'aborder les réparations en *equity* de façon générale: voir *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, à la p. 585.

Given that ordering a constructive trust is a discretionary matter, it is necessary to show an error in principle on the part of the trial judge in order to overturn the judge's decision not to order such a remedy. In my view, the trial judge committed no such error.

The majority of the Court of Appeal apparently found that the trial judge erred in failing to consider the moral blameworthiness of the appellants' actions. Similarly, McLachlin J. would hold that a constructive trust was appropriate in the present case simply because of considerations of "good conscience". In my view, the trial judge considered the moral quality of the appellants' actions and thus there is no room for appellate intervention on this ground. He stated ((1991), 4 O.R. (3d) 51, at p. 69) that, while "[n]o doubt the maintenance of commercial morality is an element of public policy and a legitimate concern of the court", morality should generally not invite the intervention of the court, except where it is required in aid of enforcing some legal right. Put another way, in my view the trial judge was of the opinion that where there is otherwise no justification for ordering a constructive trust or any other remedy, the morality of the act will not alone justify such an order, which statement of the law is in my view correct.

The majority of the Court of Appeal stated (at pp. 259-60) that the principles set out by the trial judge may be applicable where there are alternative remedies, but are questionable where only one remedy is available, as in the present case. I do not accept this contention. If a constructive trust is held to be inappropriate where there are a variety of remedies available, I cannot understand the principle behind the conclusion that such a remedy may be appropriate where it is the only remedy available. The trial judge has a discretion to order a constructive trust, or not to order one, and this discretion should not be affected by the number of available remedies. In the present case, the plain-

La décision d'imposer une fiducie par interprétation étant discrétionnaire, il faut d'abord établir que le juge de première instance a commis une erreur de principe avant d'annuler sa décision de ne pas accorder une telle réparation. Selon moi, le juge du procès n'a pas commis une telle erreur.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu, semble-t-il, que le juge du procès a commis une erreur en ne prenant pas en compte la nature moralement répréhensible du comportement des appelants. De la même façon, le juge McLachlin, invoquant de simples considérations de «conscience», est d'avis qu'il y avait lieu d'imposer une fiducie par interprétation en l'espèce. Selon moi, le juge du procès a effectivement tenu compte de la valeur morale du comportement des appelants et, par conséquent, un tribunal d'appel ne peut intervenir en se fondant sur ce motif. Le juge du procès a dit ((1991), 4 O.R. (3d) 51, à la p. 69) que même s'il [TRADUCTION] «[n]e fait aucun doute que le maintien de la moralité dans les affaires constitue un aspect de l'ordre public sur lequel un tribunal est fondé à se pencher», la morale ne devrait pas, de façon générale, inciter le tribunal à intervenir, sauf lorsque cela s'avère nécessaire pour faire respecter un droit quelconque en common law. Autrement dit, j'estime que le juge du procès était d'avis que lorsque rien ne justifie que le tribunal accorde une fiducie par interprétation ou une autre réparation, la seule valeur morale de l'acte ne suffira pas à fonder une telle décision. Selon moi, cet énoncé du droit est juste.

Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel (aux pp. 259 et 260), les principes énoncés par le juge du procès pouvaient s'appliquer lorsque d'autres réparations s'offraient aux parties mais lorsqu'une seule réparation était possible, comme c'est le cas en l'espèce, leur application était contestable. Je ne souscris pas à ce raisonnement. Si la fiducie par interprétation est jugée inappropriée lorsque diverses réparations s'offrent aux parties, je ne vois pas en vertu de quel principe elle serait appropriée lorsqu'il s'agit de la seule réparation possible. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'imposer ou non la fiducie par interprétation et l'exercice de ce pouvoir ne devrait pas dépendre

55

56

57

tiff withdrew his claim for damages. While compensatory damages were unavailable since the plaintiff suffered no pecuniary loss (which I will discuss further below in assessing whether a constructive trust could have been ordered), the plaintiff could have sought exemplary damages — his decision not to do so should not bind the trial judge's discretion with respect to the order of a constructive trust.

du nombre des réparations possibles. En l'espèce, l'intimé a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Même s'il ne pouvait réclamer de dommages-intérêts compensatoires puisqu'il n'a subi aucune perte pécuniaire (j'examinerai cette question plus loin en déterminant si une fiducie par interprétation aurait pu être ordonnée), l'intimé aurait pu réclamer des dommages-intérêts punitifs. Sa décision de ne pas le faire ne devrait pas jouer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès relativement à la fiducie par interprétation.

58

The trial judge put significant emphasis on the absence of pecuniary gains in concluding that he would not order a constructive trust. For the reasons which I set out in detail below, I am of the opinion that the trial judge was correct in this regard. On the other hand, the majority of the Court of Appeal and McLachlin J. hold that the trial judge erred in improperly appreciating the deterrence role of a constructive trust in the present case. In my view, consideration of deterrence fails to disclose any error in principle on the part of the trial judge. Deterrence, like the morality of the acts in question, may be relevant to the exercise of discretion with respect to the remedy for a breach of a fiduciary duty (see, e.g., *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 421 and 453), but the trial judge in the present case did not fail to consider deterrence in deciding whether to order a constructive trust. As noted above, he stated that while "maintenance of commercial morality is . . . a legitimate concern of the court" (p. 69), it would not alone justify ordering a remedy in the present case. In my view, his mention of the "maintenance of commercial morality" indicates that the judge considered deterrence, but held that it alone could not justify a remedy in the present case. Thus, even if failure to consider deterrence could be consid-

Le juge du procès a beaucoup insisté sur l'absence de profit en décidant de ne pas accorder la fiducie par interprétation. Pour les motifs que j'exposerai en détail plus loin, j'estime que la décision du juge du procès à cet égard était bien fondée. Par contre, les juges majoritaires de la Cour d'appel et le juge McLachlin considèrent que le juge du procès a commis une erreur en appréciant mal le rôle dissuasif de la fiducie par interprétation dans la présente affaire. À mon avis, la prise en considération du rôle dissuasif de la fiducie par interprétation ne révèle aucune erreur de principe de la part du juge du procès. Il se peut que l'élément de dissuasion, tout comme la valeur morale des actes visés, influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de décider de la réparation à accorder en cas de manquement à une obligation fiduciaire (voir, par ex., *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, aux pp. 421 et 453). Toutefois, en l'espèce, le juge du procès n'a pas omis de tenir compte de cet élément en déterminant s'il convenait d'ordonner la fiducie par interprétation. Comme je l'ai déjà mentionné, le juge a affirmé que même si [TRADUCTION] «le maintien de la moralité dans les affaires constitue [. . .] un aspect de l'ordre public sur lequel un tribunal est fondé à se pencher» (à la p. 69), cet objectif, en soi, ne justifie pas l'octroi d'une réparation en l'espèce. À mon avis, cette mention du «maintien de la moralité dans les affaires» montre qu'après avoir tenu compte de l'élément de dissuasion, le juge a néanmoins conclu que celui-ci ne pouvait, en soi, justifier l'octroi d'une réparation en l'espèce. Par conséquent, même s'il était possible de qualifier d'erreur de principe l'omission de tenir compte de l'élément

ered an error in principle, the trial judge in the present case did not so err.

In my view, the trial judge committed no error in principle which could justify a decision to set aside his judgment and order a constructive trust. Even if the trial judge did commit some error in principle, however, in my view the remedy of a constructive trust was not available on the facts of the present case. That is, even if no deference is owed to the trial judge, the majority below erred in ordering a constructive trust and the appeal should be allowed. The following are my reasons for this conclusion.

Unjust Enrichment and the Availability of a Constructive Trust

McLachlin J. would hold that there are two general circumstances in which a constructive trust may be ordered: where there has been unjust enrichment and where there has been an absence of “good conscience”. While unjust enrichment and the absence of “good conscience” may both be present in a particular case, McLachlin J. is of the view that either element individually is sufficient to order a constructive trust. By failing to consider the “good conscience” ground on its own, McLachlin J. finds that the trial judge erred. I respectfully disagree with this finding. In my view, recent case law in this Court is very clear that a constructive trust may only be ordered where there has been an unjust enrichment. For example, passages in *Lac Minerals*, *supra*, set out the circumstances in which an order of a constructive trust might be appropriate. In my opinion, it is clear from that decision that a constructive trust is not available as a remedy unless there has been an unjust enrichment. La Forest J. stated at pp. 673-74:

This Court has recently had occasion to address the circumstances in which a constructive trust will be imposed in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada*

de dissuasion, dans la présente affaire, le juge du procès n’a pas commis une telle erreur.

Selon moi, le juge du procès n’a pas commis d’erreur de principe susceptible de justifier l’annulation de son jugement et l’imposition d’une fiducie par interprétation. Même s’il avait commis une erreur de principe, je suis d’avis que, vu les faits de l’espèce, la fiducie par interprétation ne s’offrirait pas aux parties. Autrement dit, même s’il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard de la décision du juge du procès, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en imposant la fiducie par interprétation et le pourvoi devrait être accueilli. Voici les motifs sur lesquels je fonde ma conclusion.

Enrichissement sans cause et possibilité de recourir à la fiducie par interprétation

Selon le juge McLachlin, les cas où la fiducie par interprétation peut être accordée entrent dans deux catégories générales: lorsqu’il y a enrichissement sans cause et lorsqu’il y a atteinte à la «conscience». Même s’il peut arriver que, dans un cas particulier, il y ait à la fois enrichissement sans cause et atteinte à la «conscience», le juge McLachlin est d’avis que la présence de l’un ou l’autre élément suffit pour imposer la fiducie par interprétation. Le juge McLachlin conclut qu’en ne tenant pas compte de ce que dicte la «conscience» indépendamment de toute autre considération, le juge du procès a commis une erreur. Avec égards, je ne souscris pas à cette conclusion. Selon moi, il ressort très clairement de la jurisprudence récente de notre Cour qu’une fiducie par interprétation ne peut être imposée que lorsqu’il y a enrichissement sans cause. Par exemple, des extraits de l’arrêt *Lac Minerals*, précité, exposent les circonstances dans lesquelles il conviendrait d’imposer une fiducie par interprétation. À mon avis, il ressort clairement de cet arrêt que l’imposition d’une fiducie par interprétation ne peut être accordée à titre de réparation que lorsqu’il y a enrichissement sans cause. Le juge La Forest a dit, aux pp. 673 et 674:

Cette Cour a été appelée récemment à examiner, dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, les circonstances motivant

59

60

Ltd., [1989] 1 S.C.R. 426. There, the Chief Justice discussed the development of the constructive trust over 200 years from its original use in the context of fiduciary relationships, through to *Pettkus v. Becker*, [[1980] 2 S.C.R. 834], where the Court moved to the modern approach with the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. He identified that *Pettkus v. Becker*, *supra*, set out a two-step approach. First, the Court determines whether a claim for unjust enrichment is established, and then, secondly, examines whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, a constructive trust was refused, not on the basis that it would not have been available between the parties (though in my view it may not have been appropriate), but rather on the basis that the claim for unjust enrichment had not been made out, so no remedial question arose.

In the case at hand, the restitutionary claim has been made out. The Court can award either a proprietary remedy, namely that Lac hand over the Williams property, or award a personal remedy, namely a monetary award. While, as the Chief Justice observed, “The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust”: see *Pettkus v. Becker*, at p. 847, the converse is not true. The constructive trust does not lie at the heart of the law of restitution. [Emphasis added.]

La Forest J. added at p. 678:

Much of the difficulty disappears if it is recognized that in this context the issue of the appropriate remedy only arises once a valid restitutionary claim has been made out. The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. [Emphasis added.]

l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le Juge en chef y a analysé l'évolution de la fiducie par interprétation au cours d'une période de 200 ans, depuis son emploi initial dans le cadre des rapports fiduciaires jusqu'à l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [[1980] 2 R.C.S. 834], dans lequel la Cour a donné à la fiducie par interprétation son emploi contemporain de réparation en matière d'enrichissement sans cause. Le Juge en chef a souligné que l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, établissait un processus en deux temps. En premier lieu, la Cour détermine si l'enrichissement sans cause est établi et ensuite elle se demande si, dans les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée à l'égard de cet enrichissement. Dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, on a refusé d'appliquer la fiducie par interprétation, non pas parce qu'elle ne s'offrait pas aux parties (bien qu'à mon avis elle aurait pu ne pas être appropriée), mais plutôt parce que l'enrichissement sans cause n'ayant pas été établi, la question de la réparation ne se posait pas.

En l'espèce, on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La Cour peut accorder une réparation relative à la propriété, c'est-à-dire ordonner à Lac de rendre le bien-fonds Williams, ou accorder une indemnité, c'est-à-dire une somme d'argent. Même si, comme le Juge en chef le faisait observer à la p. 847 de l'arrêt *Pettkus c. Becker*, «Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation», l'inverse n'est pas vrai. La fiducie par interprétation n'est pas au cœur du droit de la restitution. [Je souligne.]

Il a ajouté, à la p. 678:

Une grande partie de la difficulté disparaît si l'on reconnaît que, dans ce contexte, la question de la réparation appropriée se pose seulement une fois que l'on a démontré qu'il y avait lieu à restitution. La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. [Je souligne.]

⁶¹ In *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, the majority cited some of the passages above from *Lac* with approval and held at p. 96 that, “[t]he requirement of unjust enrichment is fundamental to the use of a constructive trust.”

Dans *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, les juges majoritaires ont cité et approuvé certains des passages de l'arrêt *Lac* et ils ont conclu, à la p. 96, que «[l']enrichissement sans cause est une condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation».

⁶² Citing only *Pettkus*, *supra*, specifically, McLachlin J. states at para. 21 that it and other cases should not be taken to expunge from Cana-

Se référant uniquement à l'arrêt *Pettkus*, précité, le juge McLachlin dit, au par. 21, que cet arrêt et d'autres décisions, ne devraient pas être interprétés

dian law the constructive trust in circumstances where there has not been unjust enrichment. With respect, I do not see how statements such as “[t]he requirement of unjust enrichment is fundamental to the use of a constructive trust” could do anything but expunge from Canadian law the use of constructive trusts where there has been no enrichment. Unjust enrichment has been repeatedly stated to be a requirement for a constructive trust; thus to order one where there has been no unjust enrichment would clearly depart from settled law.

Even aside from the case law, in my view, the unavailability of a constructive trust in the absence of unjust enrichment is consistent with the constructive trust’s remedial role. The respondent submitted that if no remedy is available in the present case, there would inappropriately be a right without a remedy. I disagree. Clearly, the beneficiary has a right to have the fiduciary adhere to its duty, and if damages are suffered, the beneficiary has a right to a remedy. In my view, this is analogous to remedial principles found elsewhere in the private law. Even if a duty is owed and breached in other legal contexts, there is no remedy unless a loss has been suffered. I may owe a duty to my neighbour to shovel snow off my walk, and I may breach that duty, but if my neighbour does not suffer any loss because of the breached duty, there is no tort and no remedy. Similarly, I may have a contractual duty to supply goods at a specific date for a specific price, but if I do not and the other party is able to purchase the same goods at the contract price at the same time and place, the party has not suffered damage and no remedy is available. It is entirely consistent with these rules to state that even if a fiduciary breaches a duty, if the fiduciary

comme faisant disparaître du droit canadien la fiducie par interprétation en cas d’absence d’enrichissement sans cause. Avec égards, je ne vois pas comment des déclarations telles «[l]’enrichissement sans cause est une condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation» pourraient ne pas faire disparaître du droit canadien le recours à la fiducie par interprétation en l’absence d’enrichissement. Il a été maintes fois répété que l’enrichissement sans cause constituait une condition préalable au recours à la fiducie par interprétation. Par conséquent, l’imposition d’une telle fiducie en l’absence d’enrichissement sans cause, irait manifestement à l’encontre d’un principe juridique établi.

Même en faisant abstraction de la jurisprudence, j’estime que l’impossibilité d’imposer une fiducie par interprétation en l’absence d’un enrichissement sans cause est compatible avec le rôle réparateur de cette fiducie. L’intimé a soutenu que si aucune réparation ne s’offrait à lui en l’espèce, il en résulterait une situation inacceptable, car il jouirait d’un droit tout en étant privé d’un recours pour le faire respecter. Je ne suis pas d’accord. De toute évidence, le bénéficiaire a le droit d’exiger du fiduciaire qu’il remplisse son obligation et, s’il subit un préjudice, il a droit à une réparation. À mon avis, cela est conforme aux autres principes de droit privé en matière de réparation. La violation d’une obligation, dans d’autres contextes juridiques, donne lieu à une réparation uniquement en cas de perte. Ainsi, il se peut que j’aie l’obligation, envers mon voisin, de déneiger mon allée, et il se peut que j’aie manqué à cette obligation. Cependant, si cette violation ne fait subir aucune perte à mon voisin, il n’y a pas de délit civil et aucune réparation ne s’offre à lui. De la même façon, il se peut que j’aie l’obligation contractuelle de fournir des marchandises à une certaine date, à un prix déterminé. Si, après que j’ai manqué à mon obligation, mon cocontractant parvient à se procurer les mêmes marchandises au prix, à la date et au lieu prévus au contrat, il ne subira aucun préjudice et aucune réparation ne s’offrira à lui. Le principe selon lequel il n’existe aucune réparation en cas de violation d’une obligation d’un fiduciaire si celui-ci ne s’enrichit pas du fait de cette violation, est

is not unjustly enriched by the breach, there is no remedy.

64 Remedial principles generally thus support the rule against a constructive trust where there has been no unjust enrichment. The rule is also supported, in my view, by specific consideration of the principles governing constructive trusts set out in *Lac Minerals*. In *Lac Minerals*, La Forest J. stated that, even where there has been unjust enrichment, the constructive trust will be an exceptional remedy; the usual approach would be to award damages. He stated at p. 678:

In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. Thus, in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, *supra*, had the restitutionary claim been made out, there would have been no reason to award a constructive trust, as the plaintiff's claim could have been satisfied simply by a personal monetary award; a constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [Emphasis added.]

65 La Forest J. thus held that generally an aggrieved beneficiary will only be entitled to damages, not to the property itself. This implies that the beneficiary does not generally have a right to the property in question, but rather has a right to receive the value of the gains resulting from the acquisition of the property. Following this reasoning, if the value of the gains is zero, that is, there is no unjust enrichment, the beneficiary will not have a right to a remedy. Consequently, where there has been no unjust enrichment, there is no right to a constructive trust or any other remedy.

66 While, in my view, recent decisions of this Court and the principles underlying them settle the matter, McLachlin J. cites other Canadian case law in concluding that constructive trusts may be ordered even where there has not been unjust enrichment. She cites three lower court decisions which she claims involved the award of a constructive trust absent unjust enrichment. With respect, I do not read any one of these cases as supporting

parfaitement compatible avec les règles que je viens de mentionner.

Les principes en matière de réparation étaient donc, de façon générale, la règle interdisant l'imposition d'une fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause. À mon avis, l'analyse des principes régissant la fiducie par interprétation, exposés dans l'arrêt *Lac Minerals*, appuie également cette règle. Dans cet arrêt, le juge La Forest a dit que, même en cas d'enrichissement sans cause, la fiducie par interprétation constituait une réparation extraordinaire, la solution normalement retenue étant les dommages-intérêts. Il a affirmé, à la p. 678:

Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. Ainsi, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, précité, si l'on avait établi qu'il y avait lieu à restitution, il n'y aurait eu aucune raison d'imposer une fiducie par interprétation puisqu'il aurait pu être satisfait aux prétentions du demandeur par une simple indemnité; il n'y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu'en présence d'un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété. [Je souligne.]

Le juge La Forest conclut donc que le bénéficiaire lésé ne peut généralement obtenir que des dommages-intérêts, et non le bien lui-même. C'est dire qu'en général, le bénéficiaire n'a pas droit au bien en question mais plutôt à la valeur des gains tirés de son acquisition. Il s'ensuit que si aucun gain n'a été réalisé, c'est-à-dire s'il n'y a eu aucun enrichissement sans cause, le bénéficiaire n'a pas le droit d'obtenir réparation. Par conséquent, en l'absence d'enrichissement sans cause, il n'existe aucun droit à une fiducie par interprétation ni à aucune autre réparation.

Bien que, selon moi, les arrêts récents de notre Cour et les principes qui les sous-tendent règlent la question, le juge McLachlin, citant d'autres arrêts canadiens, conclut que la fiducie par interprétation peut s'appliquer même en l'absence d'enrichissement sans cause. Elle fait référence à trois décisions de juridictions inférieures qui, selon elle, ont imposé une fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause. Avec égards,

her claim. An unjust enrichment exists where there has been an enrichment of the defendant, a corresponding deprivation experienced by the plaintiff and the absence of any juristic reason for the enrichment: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, and *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. McLachlin J. fails to cite a case where a remedial constructive trust was ordered absent such an enrichment.

In *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (Ont. C.A.), a constructive trust was imposed on a bank which received money with actual knowledge that it belonged to someone other than the depositor. The bank was a secured creditor of the depositor, which depositor was in financial difficulty at the time of the deposits. Clearly, this case involved an unjust enrichment: the bank benefitted by gaining rights over the deposited money, as well as by increasing the likelihood of repayment of the depositor's credit; the plaintiff (a corporation whose agent, the depositor, breached his fiduciary obligations) was deprived of its right to its money; and there was no juristic reason for the enrichment. Thus, the order of a constructive trust responded to an unjust enrichment, whether or not the court adverted to such doctrine.

MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead (1983), 14 E.T.R. 269 (B.C.S.C.) is also, in my view, a case of unjust enrichment. In this case, a fiduciary to a corporation breached his duty by engaging in self-dealing without disclosing his interest. A constructive trust was imposed over the secret profits even though the plaintiff organization, because of its internal policy, could not have realized the profits itself. While the fiduciary was plainly enriched, the trial judge and McLachlin J. conclude that since the plaintiff could not have realized the profits,

j'estime qu'aucune de ces décisions n'étaye son point de vue. L'enrichissement sans cause se déduit de la présence de trois éléments, soit un enrichissement du défendeur, un appauvrissement correspondant du demandeur, et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426. Or, le juge McLachlin n'a cité aucune décision dans laquelle une fiducie par interprétation a été accordée à titre de réparation en l'absence d'un tel enrichissement.

Dans *Ontario Wheat Producers' Marketing Board c. Royal Bank of Canada* (1984), 9 D.L.R. (4th) 729 (C.A. Ont.), une fiducie par interprétation a été imposée à une banque qui a reçu, en toute connaissance de cause, des sommes d'argent qui appartenaient à une personne autre que le déposant. Dans cette affaire, la banque était créancière garantie du déposant qui éprouvait des difficultés financières au moment des dépôts. De toute évidence, il s'agissait d'un cas d'enrichissement sans cause: la banque tirait profit de la situation en obtenant des droits sur les sommes déposées tout en augmentant ses chances d'être remboursée du crédit fait au déposant; la demanderesse (une société dont le mandataire, le déposant, avait manqué à ses obligations fiduciaires) était privée du droit de recouvrer son argent; et il n'y avait aucun motif juridique justifiant l'enrichissement. L'imposition d'une fiducie par interprétation répondait donc à un enrichissement sans cause, que la cour ait fait allusion ou non à une telle doctrine.

MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead (1983), 14 E.T.R. 269 (C.S.C.-B.) présente, selon moi, un autre cas d'enrichissement sans cause. Dans cette affaire, le fiduciaire d'une société a manqué à son obligation en effectuant une opération intéressée, sans révéler son conflit d'intérêts. Une fiducie par interprétation a été imposée relativement aux profits secrets réalisés, même si la société demanderesse n'aurait pas pu, à cause de sa politique interne, réaliser elle-même les profits. Bien que le fiduciaire se soit manifestement enrichi, le juge du procès et le juge McLachlin ont conclu à l'absence d'un «appauvrissement correspondant» et donc

67

68

there was no “corresponding deprivation” and therefore no unjust enrichment.

d'un enrichissement sans cause, étant donné que la demanderesse n'aurait pas pu réaliser elle-même les profits.

69

I disagree with McLachlin J. that there was no unjust enrichment in *Binstead*. First of all, courts have consistently treated fiduciaries' profits explicitly as unjust enrichment, whether or not the beneficiary could have earned the profits itself. For example, in *Reading v. The King*, [1948] 2 All E.R. 27 (K.B.D.), aff'd [1949] 2 All E.R. 68 (C.A.), aff'd [1951] 1 All E.R. 617 (H.L.), Denning J. stated at p. 28:

It matters not that the master has not lost any profit nor suffered any damage, nor does it matter that the master could not have done the act himself. If the servant has unjustly enriched himself by virtue of his service without his master's sanction, the law says that he ought not to be allowed to keep the money. . . . [Emphasis added.]

In *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 621-22, Laskin J., as he then was, stated:

Liability of O'Malley and Zarzycki for breach of fiduciary duty does not depend upon proof by Canaero that, but for their intervention, it would have obtained the Guyana contract; nor is it a condition of recovery of damages that Canaero establish what its profit would have been or what it has lost by failing to realize the corporate opportunity in question. It is entitled to compel the faithless fiduciaries to answer for their default according to their gain. Whether the damages awarded here be viewed as an accounting of profits or, what amounts to the same thing, as based on unjust enrichment, I would not interfere with the quantum. [Emphasis added.]

Reading and *O'Malley* are clear: the characterization of the profits earned by a fiduciary in breach of duty is one of unjust enrichment, whether or not the corporation could have earned the profits itself.

Je n'adhère pas au point de vue du juge McLachlin selon lequel il n'y avait pas d'enrichissement sans cause dans l'arrêt *Binstead*. Tout d'abord, les tribunaux ont, de façon constante, explicitement qualifié d'enrichissement sans cause les profits réalisés par le fiduciaire, peu importe que le bénéficiaire ait pu ou non les réaliser lui-même. Par exemple, dans *Reading c. The King*, [1948] 2 All E.R. 27 (K.B.D.), conf. par [1949] 2 All E.R. 68 (C.A.), conf. par [1951] 1 All E.R. 617 (H.L.), le juge Denning a dit (à la p. 28):

[TRADUCTION] Le fait que l'employeur n'a perdu aucun profit ni subi aucun préjudice est sans importance. Et le fait que l'employeur n'aurait pu accomplir l'acte lui-même n'a pas d'importance non plus. Si l'employé s'est enrichi de façon injuste du fait de l'exercice de ses fonctions et sans la permission de son employeur, la loi interdit qu'il soit autorisé à conserver l'argent . . . [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, aux pp. 621 et 622, le juge Laskin, plus tard Juge en chef, a dit:

Pour établir la responsabilité d'O'Malley et de Zarzycki pour violation d'obligation de fiduciaire, il n'est pas nécessaire que Canaero démontre qu'elle aurait obtenu le contrat de la Guyane, si ce n'avait été de l'intervention de ces derniers; ce n'est pas non plus une condition du recouvrement de dommages-intérêts que Canaero établisse ce qu'auraient été ses profits éventuels ou ce qu'elle a perdu en ne réalisant pas l'occasion d'affaires en question. Elle a le droit d'obliger les fiduciaires déloyaux à rendre compte de leur manquement suivant le gain qu'ils ont réalisé. Que les dommages-intérêts adjugés en l'espèce soient considérés comme compte de profits ou, ce qui équivaut à la même chose, comme basés sur un enrichissement injuste, je suis d'avis de ne pas en modifier le montant. [Je souligne.]

Il ressort clairement des arrêts *Reading* et *O'Malley* que les profits réalisés par le fiduciaire à la suite d'un manquement à ses obligations sont rattachés à l'enrichissement sans cause, que la société ait été ou non en mesure de réaliser elle-même les profits. Par conséquent, il y a bien eu

Thus, *Binstead* involved unjust enrichment, contrary to McLachlin J.'s assertion.

I wish to add that the treatment of the profits as unjust enrichment in *Reading*, *O'Malley*, and *Binstead* is not inconsistent with the general rules governing unjust enrichment. The plaintiff in each case had a right to have the fiduciary adhere to his duty. When the defendant breached that duty, the profits earned as a result of that breach are essentially treated in equity as belonging to the corporation, whether or not the corporation could have earned those profits in the absence of the breach. As an example of the proprietary analogy, Denning M.R. stated at p. 856 in *Phipps v. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849 (C.A.), *aff'd* [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.), that:

[W]ith *information or knowledge* which he has been employed by his principal to collect or discover, *or which he has otherwise acquired*, for the use of his principal, then again if he turns it to his own use, so as to make a profit by means of it for himself, he is accountable . . . for such information or knowledge is the property of his principal, just as much as an invention is . . . [Italics in original; underlining added.]

Thus, in *Binstead*, the retention of the profits by the fiduciary would have deprived the corporation of its right to the profits. The deprivation is represented by the monies obtained by the fiduciary as a result of infringing the rights of the plaintiff. In order for there not to have been deprivation and unjust enrichment in circumstances otherwise similar to *Binstead*, the self-dealing could not have resulted in any secret profits — if a remedy were awarded in a case without profit, thus no enrichment nor deprivation, McLachlin J. could well point to the case for support. Given that there was profit in *Binstead*, however, there was unjust enrichment which justified the order of a constructive trust, whether or not the court explicitly relied upon unjust enrichment.

enrichissement sans cause dans l'arrêt *Binstead*, contrairement à ce qu'affirme le juge McLachlin.

J'aimerais ajouter que le fait que les profits aient été considérés comme un «enrichissement injuste» dans les arrêts *Reading*, *O'Malley*, et *Binstead* n'est pas incompatible avec les règles générales régissant l'enrichissement sans cause. Dans chaque cas, la partie demanderesse avait le droit d'obtenir le respect par le fiduciaire de son obligation. Les profits réalisés par la partie défenderesse par suite du manquement à son obligation sont considérés en *equity* comme appartenant à la société, que cette dernière ait été ou non en mesure de réaliser ces profits en l'absence du manquement visé. Pour illustrer l'analogie établie avec le droit de propriété, le maître des rôles Denning a dit, dans *Phipps c. Boardman*, [1965] 1 All E.R. 849 (C.A.), à la p. 856, *conf. par* [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.), que:

[TRADUCTION] [S]'il réalise un profit personnel à l'aide des *renseignements ou connaissances* qu'il devait recueillir ou découvrir pour le compte de son mandataire *ou qu'il a par ailleurs acquis* pour ce dernier, il peut être tenu responsable [. . .], car de tels renseignements ou connaissances appartiennent à son mandataire, au même titre qu'une invention . . . [En italique dans l'original; je souligne.]

Par conséquent, dans l'arrêt *Binstead*, la conservation des profits par le fiduciaire aurait privé la société de son droit à ceux-ci. Les sommes que le fiduciaire a obtenues en portant atteinte aux droits de la partie demanderesse représentent l'appauvrissement. Pour qu'il n'y ait ni appauvrissement ni enrichissement sans cause dans des circonstances par ailleurs analogues à celles de l'affaire *Binstead*, il faudrait que l'opération intéressée n'engendre aucun profit secret. Si une réparation était accordée en l'absence de profit, et donc en l'absence d'enrichissement et d'appauvrissement, le juge McLachlin serait fondée à invoquer ce cas à l'appui de sa conclusion. Cependant, étant donné qu'un profit a bel et bien été réalisé dans *Binstead*, il y a eu enrichissement sans cause justifiant l'imposition d'une fiducie par interprétation, que la cour se soit fondée expressément ou non sur la doctrine de l'enrichissement sans cause.

70

71

72 In summary, McLachlin J. fails to refer to a single Canadian case where a constructive trust was ordered despite the absence of unjust enrichment. Given this conclusion and given that recent cases of this Court unambiguously foreclose the possibility of ordering a constructive trust in the absence of unjust enrichment, in my view McLachlin J. is in error in concluding that a constructive trust may be ordered in the absence of unjust enrichment.

73 Aside from Canadian case law, McLachlin J. attempts to rely on various scholars and foreign case law as providing support for her conclusion. Because of the clear statement of the law recently set out by this Court, in my view the scholarly writings and foreign cases are only useful in so far as the policy they set out suggests that the law in Canada should be modified. I will therefore simply address the policy upon which McLachlin J. relies, rather than each case and each article she cites.

74 Simply put, McLachlin J., reasoning similarly to the majority below, concludes that to fail to permit the order of a constructive trust where there has been a breach of a fiduciary duty, but no unjust enrichment, would inadequately safeguard the integrity of fiduciary relationships. She says at para. 33 that ordering a constructive trust simply on the basis of “good conscience”

addresses not only fairness between the parties before the court, but the larger public concern of the courts to maintain the integrity of institutions like fiduciary relationships which the courts of equity supervised. . . . The constructive trust imposed for breach of fiduciary relationship thus serves not only to do the justice between the parties that good conscience requires, but to hold fiduciaries and people in positions of trust to the high standards of trust and probity that commercial and other social institutions require if they are to function effectively.

According to McLachlin J., then, deterrence of faithless fiduciaries requires the availability of

En résumé, le juge McLachlin n’a cité aucune décision canadienne dans laquelle une fiducie par interprétation a été imposée malgré l’absence d’enrichissement sans cause. À la lumière de cette conclusion et d’arrêts récents de notre Cour qui interdisent, de manière non équivoque, l’imposition d’une fiducie par interprétation en l’absence d’un enrichissement sans cause, j’estime que le juge McLachlin se trompe en concluant qu’une telle fiducie peut être imposée en l’absence d’enrichissement sans cause.

Outre la jurisprudence canadienne, le juge McLachlin s’efforce d’étayer sa conclusion en citant divers auteurs et décisions étrangères. À cause des règles de droit claires récemment formulées par notre Cour, j’estime que la doctrine et la jurisprudence étrangère ne sont utiles que dans la mesure où il ressort des principes énoncés que le droit canadien devrait être modifié. J’analyserai donc seulement les principes sur lesquels se fonde le juge McLachlin, au lieu d’examiner chaque décision et article qu’elle cite.

En un mot, le juge McLachlin conclut, à l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, que le refus d’accorder la fiducie par interprétation à la suite d’un manquement à une obligation fiduciaire mais en l’absence d’un enrichissement sans cause, protégerait inadéquatement l’intégrité des rapports fiduciaires. À propos de l’imposition d’une fiducie par interprétation sur le simple fondement du concept de la «conscience», elle dit, au par. 33:

La conscience concerne non seulement l’équité entre les parties devant le tribunal, mais aussi le souci plus général des tribunaux de maintenir l’intégrité d’institutions tels les rapports fiduciaires que les tribunaux d’*equity* étaient chargés de surveiller [. . .] La fiducie par interprétation imposée pour manquement à une obligation fiduciaire permet non seulement de rendre justice aux parties comme l’exige la conscience, mais aussi d’obliger les fiduciaires et autres personnes occupant des postes de confiance à se conformer aux normes élevées en matière de confiance et de probité nécessaires pour assurer l’efficacité des institutions commerciales et autres institutions sociales.

Le juge McLachlin considère donc que l’élément de dissuasion ne jouera sur les fiduciaires déloyaux

constructive trust as a remedy even where there has been no unjust enrichment.

In my view, deterrence is not a factor which suggests modifying the law of Canada and permitting the order of a constructive trust even where there has been no unjust enrichment. As noted above, despite considerations of deterrence, it is true throughout the private law that remedies are typically unavailable in the absence of a loss. Courts have not, because of concern about protecting the integrity of these duties, held it to be necessary where a tort duty, or a contractual duty, has been breached to order remedies even where no loss resulted. I fail to see what distinguishes the role of fiduciary duties from the very important societal roles played by other legal duties which would justify their exceptional treatment with respect to remedy.

In any event, the unavailability of a constructive trust in cases where there is no unjust enrichment does not, in my opinion, have any significant effect on deterring unfaithful fiduciaries and protecting the integrity of fiduciary relationships. First, if deterrence were deemed to be particularly important in a case, the plaintiff may seek and the trial judge may award exemplary damages; a constructive trust is not necessary to preserve the integrity of the relationship, even if this integrity were of particular concern in a given case. The fact that exemplary damages were not sought in the present case should not compel this Court to order a constructive trust in their place. Second, even if a remedy were unavailable in the absence of unjust enrichment, which is not true given exemplary damages, deterrence is not precluded. Taking a case similar to the present appeal, while an unscrupulous fiduciary would know that he or she would not be compelled to give up the surreptitiously obtained property if there were no gains in value to the property, he or she must also reckon with the possibility that if there were gains in value, and therefore unjust enrichment, he or she would be compelled to pay damages or possibly give up the property. Thus, if the fiduciary were motivated to

que s'il est possible de recourir à la fiducie par interprétation, même en l'absence d'enrichissement sans cause.

À mon avis, la dissuasion n'est pas un facteur qui appelle la modification du droit canadien et l'imposition de la fiducie par interprétation en l'absence d'un enrichissement sans cause. Comme je l'ai déjà souligné, malgré des considérations de dissuasion, il est vrai que le droit privé ne prévoit habituellement pas de recours en cas d'absence de perte. Les tribunaux n'ont pas jugé qu'il était nécessaire d'accorder, même en l'absence de perte, une réparation à la suite d'un manquement à une obligation en matière délictuelle ou contractuelle par souci de protection de l'intégrité de ces obligations. Je ne vois pas ce qui distingue le rôle des obligations fiduciaires du rôle social très important que jouent d'autres obligations juridiques, et qui justifierait qu'elles reçoivent un traitement particulier en matière de réparation.

De toute façon, l'impossibilité d'invoquer la fiducie par interprétation en l'absence d'enrichissement sans cause n'a, selon moi, aucune incidence importante sur la dissuasion des fiduciaires déloyaux ni grande influence sur la protection de l'intégrité des rapports fiduciaires. Premièrement, si dans un cas donné, l'élément de dissuasion était jugé particulièrement important, le demandeur pourrait obtenir du juge du procès des dommages-intérêts punitifs. L'imposition d'une fiducie par interprétation n'est pas nécessaire au maintien de l'intégrité du rapport, même si cette dernière constituait un aspect important d'une affaire. Le fait que des dommages-intérêts punitifs n'ont pas été revendiqués en l'espèce ne devrait pas obliger notre Cour à imposer une fiducie par interprétation à la place. Deuxièmement, même si aucune réparation ne pouvait être demandée en l'absence d'enrichissement sans cause (ce qui est faux, vu la possibilité de réclamer des dommages-intérêts punitifs), l'élément de dissuasion n'est pas exclu pour autant. Supposons une affaire semblable au présent pourvoi. Même si le fiduciaire sans scrupules sait bien qu'il ne sera pas tenu de rendre le bien qu'il a malhonnêtement acquis si celui-ci n'a pas pris de valeur, il devra tout de même avoir à l'esprit la

75

76

breach his or her duty because of the prospect of pecuniary gains, which would, I imagine, be the typical, if not the exclusive, motive for such a breach, not ordering a constructive trust where there have been no pecuniary gains does not affect deterrence. I therefore disagree with McLachlin J. that deterrence suggests that a constructive trust should be available even where there is no unjust enrichment.

possibilité que, si le bien prenait de la valeur, c'est-à-dire s'il s'enrichissait sans cause, il devrait alors payer des dommages-intérêts ou peut-être même céder le bien. Par conséquent, si ce fiduciaire décidait de manquer à son obligation dans l'espoir de réaliser un profit, ce qui, j'imagine, constitue le motif habituel, voire l'unique motif d'un tel comportement, le fait de ne pas imposer une fiducie par interprétation en l'absence de profit n'aurait aucune incidence sur l'élément de dissuasion. Je suis donc en désaccord avec le juge McLachlin, qui estime que la dissuasion exige que l'on puisse recourir à la fiducie par interprétation, même en l'absence d'un enrichissement sans cause.

77 As is clear, I cannot agree with McLachlin J. that a constructive trust could be ordered, and indeed should have been ordered, in the present case even if there was no unjust enrichment. In order to decide whether such a remedy could be ordered, in my view, it must be decided whether there was unjust enrichment in the present case.

À l'évidence, je ne peux souscrire à l'opinion du juge McLachlin selon laquelle une fiducie par interprétation pouvait et, en fait, devait être ordonnée dans la présente affaire, même s'il n'y a eu aucun enrichissement sans cause. Pour déterminer si une telle réparation pouvait être accordée en l'espèce, à mon avis, il faut d'abord déterminer s'il y a eu enrichissement sans cause.

Was There Unjust Enrichment?

Y a-t-il eu enrichissement sans cause?

78 In my opinion, there was no enrichment and therefore no unjust enrichment in the present case. It is first of all plain that there were no pecuniary advantages accruing to the appellants from the purchase of the property. The trial judge stated (at p. 68):

À mon avis, il n'y a eu aucun enrichissement, et par conséquent, aucun enrichissement sans cause en l'espèce. Tout d'abord, les appelants n'ont manifestement pas réalisé de profits en achetant l'immeuble. En effet, le juge du procès a dit (à la p. 68):

I now consider the facts of the case at bar. The nature of the duty and of the breach have already been discussed. At an interlocutory stage, the plaintiff abandoned any claim for damages. This step involved no sacrifice because the plaintiff could not have proved any. [Emphasis added.]

[TRANSLATION] Je traiterai maintenant des faits de l'espèce. La nature de l'obligation et du manquement a déjà été examinée. À l'étape interlocutoire, le demandeur a renoncé à réclamer des dommages-intérêts. Une telle décision n'entraînait aucun sacrifice puisqu'il aurait été impossible pour le demandeur d'établir l'existence d'un préjudice. [Je souligne.]

Any enrichment from the purchase of the property was not pecuniary, which would suggest that there has in fact been no enrichment and therefore no unjust enrichment.

L'enrichissement provenant de l'achat de l'immeuble n'était pas de nature pécuniaire, ce qui donne à penser qu'il n'y a eu aucun enrichissement et, par conséquent, aucun enrichissement sans cause.

79 It could, perhaps, be argued that if the property were unique or otherwise difficult to value, the

On pourrait peut-être avancer, si l'immeuble était exceptionnel ou s'il était par ailleurs difficile

defendant's pecuniary gains may not represent the enrichment of the defendant or the deprivation of the plaintiff. Analogizing to the award of specific performance in contract, where property that is the subject of a contract is unique or otherwise difficult to value, and the contract is breached, it may be held that monetary damages are inadequate and thus a remedy of specific performance must be ordered to compensate the plaintiff adequately. In such cases, pecuniary damages may not represent the loss to the plaintiff or the gain to the defendant from the breach. Thus, perhaps, an enrichment could be found in the absence of a change in market price if the property were unique or otherwise difficult to value.

Whether or not such considerations could be relevant to a finding of an enrichment, the property in question was not found to be unique or otherwise difficult to value in a manner relevant to the remedy. The trial judge noted that the respondent had asserted that the property in question had special value to him given its tenant, a bank, and the significance of being a landlord to a bank in the Greek community. The trial judge (at p. 69) held that such a factor should not be taken into account any more than personal attachment in an eminent domain case. In other words, while there may have been personal motivation for the purchase, this was not relevant to an assessment of the value of the property. This indicates, in my view, that the trial judge did not view the property to be unique in a manner meaningful to the remedial analysis. Such a conclusion is plain in the trial judge's analysis of *Lee v. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217 (Ont. S.C.). In *Lee*, a constructive trust was declared in a property that had been purchased surreptitiously by an agent in a situation similar to the present case.

à évaluer, que les profits réalisés par le défendeur ne représentent ni son enrichissement ni l'appauvrissement du demandeur. Par analogie avec une ordonnance portant exécution en nature d'un contrat, lorsque la propriété qui en fait l'objet est exceptionnelle ou par ailleurs difficile à évaluer, on peut conclure que des dommages-intérêts ne sont pas satisfaisants et que l'exécution en nature du contrat doit être ordonnée pour indemniser adéquatement le demandeur. Il se peut que, dans un tel cas, des dommages-intérêts ne puissent représenter la perte subie par le demandeur ni le gain réalisé par le défendeur du fait de la violation du contrat. On pourrait donc conclure qu'il y a eu enrichissement, même en l'absence d'une fluctuation de la valeur marchande d'une propriété, si celle-ci est exceptionnelle ou, si par ailleurs, elle est difficile à évaluer.

Indépendamment de l'utilité de telles considérations pour déterminer s'il y a eu un enrichissement, l'immeuble en question n'a pas été jugé exceptionnel ou par ailleurs difficile à évaluer au point d'influer sur le choix de la réparation appropriée. Le juge du procès a souligné que l'intimé a soutenu que l'immeuble avait une valeur particulière pour lui parce que le locataire était une banque et que le fait d'être le bailleur d'une banque était une source de prestige dans la communauté grecque. Selon le juge du procès (à la p. 69), il ne fallait pas tenir compte d'un tel facteur, pas plus qu'il ne faut tenir compte de l'attachement d'une personne pour sa propriété dans une cause d'expropriation. Autrement dit, bien que des considérations personnelles aient pu conduire à l'achat de l'immeuble, elles n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur de celui-ci. Cela montre, à mon avis, que le juge du procès n'a pas considéré que l'immeuble était exceptionnel au point d'influer sur son analyse de la réparation appropriée. Cette conclusion ressort clairement de l'analyse que le juge du procès fait de *Lee c. Chow* (1990), 12 R.P.R. (2d) 217 (C.S. Ont.). Dans cette affaire, une fiducie par interprétation a été ordonnée à l'égard d'un immeuble qu'un mandataire avait malhonnêtement acheté dans des circonstances semblables à celles qui nous occupent. En l'es-

The trial judge in the instant appeal distinguished *Lee* in the following way (at p. 70):

[The circumstances in *Lee*] included the following: a degree of dependence by the plaintiff which, in my view, is lacking in the case at bar; that it was a residential property meeting the specific requirements of the plaintiff, rather than a commercial property having value only as an investment; and that it appeared probable that the acquisition price represented a bargain, while the property at issue in the case at bar did not. [Emphasis added.]

In *Lee* there were pecuniary gains, thus an enrichment, and the property had unique qualities which helped justify a constructive trust. In the present case there were no pecuniary gains, and the trial judge did not find any meaningful non-pecuniary advantages associated with the property — the property had value “only as an investment”. In my view, given the absence of both pecuniary and non-pecuniary advantages from the property, there was no enrichment and therefore no unjust enrichment.

81

In the absence of unjust enrichment, in my view the trial judge was correct not to order the remedy sought, a constructive trust. The trial judge stated (at p. 69):

A constructive trust was deemed appropriate in *LAC Minerals*, *supra*, because damages were deemed to be unsatisfactory. It would be anomalous to declare a constructive trust, in effect, because a remedy in damages is unsatisfactory, the plaintiff having suffered none.

The trial judge, in the absence of pecuniary damages which might have indicated unjust enrichment, declined to order a constructive trust. Neither the majority of the Court of Appeal nor McLachlin J. raise an error in principle in the trial judge’s reasons; indeed, in my view they err in concluding that a constructive trust is available in the present case. Even if the trial judge ignored factors such as the moral quality of the defendants’ acts and deterrence, which he did not, and even if this could be construed as an error in principle, the factors to be considered in ordering a constructive trust only become relevant at the second stage of

pèce, le juge du procès a établi la distinction suivante avec la décision *Lee* (à la p. 70):

[TRADUCTION] Parmi ces circonstances [celles de l’affaire *Lee*], mentionnons les suivantes: une certaine dépendance du demandeur qui, selon moi, n’existe pas en l’espèce; le fait qu’il s’agissait d’un immeuble résidentiel répondant aux exigences particulières du demandeur, et non d’un immeuble commercial n’ayant de valeur qu’à titre d’investissement; et le fait qu’il paraissait probable que le prix d’achat en faisait une aubaine, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. [Je souligne.]

Dans l’affaire *Lee*, des profits avaient été réalisés — d’où enrichissement — et l’immeuble avait des qualités exceptionnelles qui contribuaient à justifier l’imposition d’une fiducie par interprétation. En l’espèce, aucun profit n’a été réalisé, et le juge du procès n’a constaté aucun avantage non pécuniaire important lié à l’immeuble: celui-ci n’avait de valeur «qu’à titre d’investissement». À mon avis, comme l’immeuble ne conférait ni avantage pécuniaire ni avantage non pécuniaire, il n’y a eu aucun enrichissement, et par conséquent, aucun enrichissement sans cause.

Vu l’absence d’enrichissement sans cause, j’estime que le juge du procès a eu raison de ne pas accorder la réparation demandée, soit la fiducie par interprétation. Le juge du procès a dit (à la p. 69):

[TRADUCTION] Dans l’arrêt *LAC Minerals*, précité, il a été jugé opportun d’imposer une fiducie par interprétation parce que les dommages-intérêts ne donnaient pas satisfaction. Il serait anormal de reconnaître l’existence d’une fiducie par interprétation parce que le recours aux dommages-intérêts n’est pas satisfaisant, le demandeur n’ayant subi aucun préjudice.

Le juge du procès, vu l’absence d’un préjudice pécuniaire dont on aurait pu déduire l’existence d’un enrichissement sans cause, a refusé d’imposer une fiducie par interprétation. Or, ni les juges majoritaires de la Cour d’appel ni le juge McLachlin n’invoquent une erreur de principe dans les motifs du juge du procès; en fait, je suis d’avis qu’ils se trompent en concluant que la fiducie par interprétation peut s’appliquer dans la présente affaire. Même si le juge du procès avait omis de tenir compte de facteurs tels la valeur morale du comportement des défendeurs et l’élément de dissuasion, ce qui n’est pas le cas, et même si une

the inquiry when it is decided what remedy is appropriate. Unless unjust enrichment is made out at the first stage of the inquiry, there is no need to consider the factors relevant to ordering a constructive trust. The majority of the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's discretion and in deciding that a constructive trust may be ordered in the absence of unjust enrichment.

Conclusion

Since the trial judge did not err in not ordering a constructive trust, but rather the majority of the Court of Appeal did in ordering one, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge. In the circumstances, I would not award costs to the appellants either here or in the Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stockwood, Spies & Campbell, Toronto.

telle omission pouvait être assimilée à une erreur de principe, les facteurs à considérer pour décider s'il y a lieu d'imposer une fiducie par interprétation ne jouent qu'à la deuxième étape de l'enquête, lorsqu'il s'agit de déterminer la réparation appropriée. À moins que l'enrichissement sans cause ne soit établi à la première étape de l'examen, il n'est pas nécessaire de tenir compte de ces facteurs. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en s'immisçant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et en concluant qu'une fiducie par interprétation pouvait être imposée en l'absence d'enrichissement sans cause.

Conclusion

Étant donné que le juge du procès ne s'est pas trompé en n'imposant pas une fiducie par interprétation et que ce sont plutôt les juges majoritaires de la Cour d'appel qui ont commis une erreur en accordant cette réparation, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge du procès. Vu les circonstances, je n'adjugerais de dépens aux appelants ni dans le présent pourvoi, ni en Cour d'appel.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Stockwood, Spies & Campbell, Toronto.