

**Davis & Company, a
partnership** *Appellant*

v.

**3464920 Canada Inc. (formerly
known as Monarch Entertainment
Corporation)** *Respondent*

- and -

Robert C. Strother *Appellant*

v.

**3464920 Canada Inc. (formerly
known as Monarch Entertainment
Corporation)** *Respondent*

- and -

**Robert C. Strother, Strother Family
Trust (Trust No. 1) and University Hill
Holdings Inc. (formerly known as
589918 British Columbia Ltd.)
(Company No. 1)** *Appellants*

v.

**3464920 Canada Inc. (formerly
known as Monarch Entertainment
Corporation)** *Respondent*

- and -

**3464920 Canada Inc. (formerly
known as Monarch Entertainment
Corporation)** *Appellant*

v.

**Robert C. Strother, Davis & Company,
a partnership, J. Paul Darc, Pacific
Cascadia Capital Corporation, Sentinel
Hill Entertainment Corporation, Sentinel**

**Davis & Company, société de
personnes** *Appelante*

c.

**3464920 Canada Inc. (auparavant connue
sous le nom de Monarch Entertainment
Corporation)** *Intimée*

- et -

Robert C. Strother *Appelant*

c.

**3464920 Canada Inc. (auparavant connue
sous le nom de Monarch Entertainment
Corporation)** *Intimée*

- et -

**Robert C. Strother, Strother Family
Trust (Trust No. 1) et University Hill
Holdings Inc. (auparavant connue sous
le nom de 589918 British Columbia Ltd.)
(Company No. 1)** *Appellants*

c.

**3464920 Canada Inc. (auparavant connue
sous le nom de Monarch Entertainment
Corporation)** *Intimée*

- et -

**3464920 Canada Inc. (auparavant connue
sous le nom de Monarch Entertainment
Corporation)** *Appelante*

c.

**Robert C. Strother, Davis & Company,
société de personnes, J. Paul Darc, Pacific
Cascadia Capital Corporation, Sentinel
Hill Entertainment Corporation, Sentinel**

Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership, Sentinel Hill GP Corporation, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9, Company No. 10, Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10 *Respondents*

and

Canadian Bar Association *Intervener*

Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership, Sentinel Hill GP Corporation, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9, Company No. 10, Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10 *Intimés*

et

Association du Barreau canadien *Intervenante*

INDEXED AS: STROTHER v. 3464920 CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 24.

File No.: 30838.

2006: October 11; 2007: June 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether lawyer breached fiduciary duty owed to first client by accepting personal financial interest in second client — Whether lawyer wrongly used confidential information belonging to first client.

Commercial law — Partnerships — Vicarious liability — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Whether law firm liable for lawyer's breach of fiduciary duty — Whether words "wrongful act or omission" in s. 12 of Partnership Act include equitable wrong — Whether wrongful act was "in the ordinary course of the business" of law firm — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, s. 12.

Equity — Remedies — Breach of fiduciary duty — Disgorgement of profit — Client suing lawyer and law firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence after lawyer took a financial interest in a second client in same line of business — Trial judge dismissing claim but Court of Appeal ordering lawyer to disgorge to first client all benefits and profits received or

RÉPERTORIÉ : STROTHER c. 3464920 CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 24.

N° du greffe : 30838.

2006 : 11 octobre; 2007 : 1^{er} juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — L'avocat a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers le premier client en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans le deuxième client? — L'avocat a-t-il erronément utilisé des renseignements confidentiels appartenant au premier client?

Droit commercial — Sociétés de personnes — Responsabilité du fait d'autrui — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Le cabinet d'avocats est-il responsable du manquement à l'obligation fiduciaire de l'avocat? — Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 de la Partnership Act englobent-ils une faute en equity? — L'acte fautif a-t-il été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet d'avocats? — Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 12.

Equity — Recours — Manquement à une obligation fiduciaire — Restitution de profits — Client intentant contre un avocat et un cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance après que l'avocat eut acquis un intérêt financier dans un deuxième client œuvrant dans le même secteur d'activités — Juge de première instance rejetant

receivable from second client's companies and ordering law firm to disgorge profits earned in form of legal fees from second client — Whether remedy ordered appropriate — Whether period during which profits must be accounted for appropriate — Whether lawyer's profit should be apportioned.

In the 1990s, Monarch devised and marketed tax shelter investments whereby Canadian taxpayers, through ownership of units in a limited partnership, provided film production services to American studios making films in Canada. In 1996 and 1997, Monarch engaged S and the appellant law firm pursuant to written retainer agreements. The retainer expressly prohibited the firm from acting for clients other than Monarch in relation to the tax-shelter schemes (with limited exceptions). The written retainer terminated at the end of 1997, but Monarch continued thereafter as a client of the firm. In November 1996, the federal Minister of Finance announced his intention to amend the *Income Tax Act* to defeat the tax shelters. This was done by the introduction of Matchable Expenditures Rules. Subsequently, S advised Monarch that he did not have a “fix” to avoid the effect of the Rules. By the end of October 1997, Monarch's tax-shelter business was winding down. Several employees were laid off, including D.

In late 1997 or early 1998, D approached S to discuss the potential of revised tax-assisted film production services opportunities. S drafted a proposal that was submitted to Revenue Canada in March of 1998. S and D had agreed in January 1998 that S would receive 55 percent of the first \$2 million of profit of the new company Sentinel should the tax ruling be granted and 50 percent thereafter. S did not tell Monarch about the possibility of a revival in the film production services business at any time. A favourable tax ruling was issued by Revenue Canada to Sentinel in October 1998. S did not advise Monarch of the existence of this ruling. A further ruling addressing studio concerns was issued in December. Throughout 1998 and into 1999, the law firm continued to do some work for Monarch on outstanding matters relating to film production services transactions as well as unrelated general corporate work. In August 1998, S wrote a memorandum to the management committee of the firm about a possible

l'action, mais Cour d'appel ordonnant à l'avocat de restituer au premier client tous les bénéfices et profits qu'il a reçus ou doit recevoir des sociétés d'un deuxième client, et ordonnant au cabinet d'avocats de restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a tirés du deuxième client — La réparation ordonnée est-elle convenable? — La période à l'égard de laquelle il faut rendre compte des profits réalisés est-elle convenable? — Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par l'avocat?

Pendant les années 1990, Monarch a conçu et commercialisé des abris fiscaux déterminés qui permettaient à des contribuables canadiens de fournir, grâce à la possession d'unités dans une société en commandite, des services de production cinématographique à des studios américains réalisant des films au Canada. En 1996 et 1997, Monarch a retenu les services de S et du cabinet d'avocats appelant conformément à des mandats écrits. Le mandat interdisait expressément au cabinet d'avocats d'agir pour d'autres clients que Monarch relativement aux mécanismes d'abri fiscal, sous réserve d'exceptions limitées. Le mandat écrit s'est terminé à la fin de 1997, mais Monarch est demeurée, par la suite, un client du cabinet d'avocats. En novembre 1996, le ministre des Finances fédéral a fait part de son intention de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour mettre fin aux abris fiscaux. Il a donné suite à cette intention en adoptant les règles sur les dépenses à rattacher. Par la suite, S a informé Monarch qu'il ne disposait d'aucune « solution » pour éviter l'effet des règles en question. À la fin d'octobre 1997, Monarch mettait fin à ses activités dans le domaine des abris fiscaux. Plusieurs employés ont été mis à pied, dont D.

À la fin de 1997 ou au début de 1998, D a communiqué avec S pour discuter de nouvelles possibilités en matière de services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. S a rédigé une proposition qui a été soumise à Revenu Canada en mars 1998. En janvier 1998, S et D avaient convenu que S recevrait 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits de la nouvelle société Sentinel si la demande de décision en matière d'impôt était accueillie, et la moitié par la suite. S n'a jamais parlé à Monarch de la possibilité d'une reprise des activités dans le domaine des services de production cinématographique. En octobre 1998, Revenu Canada a rendu une décision fiscale favorable à Sentinel. S n'a pas informé Monarch de l'existence de cette décision. Une autre décision portant sur les préoccupations des studios a été rendue en décembre. Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet d'avocats a continué à travailler pour Monarch sur des questions en suspens concernant des opérations en matière de

conflict of interest with respect to acting simultaneously for Monarch and D/Sentinel. The memo referred, inaccurately, to S only having an option to acquire up to 50 percent of the common shares of Sentinel. The firm's managing partner told S that he would not be permitted to own any interest in Sentinel.

Effective March 31, 1999, S resigned from the law firm and in April joined D as a 50 percent shareholder in Sentinel. After learning of Sentinel's tax ruling, Monarch sued S and the firm for breach of fiduciary duty and breach of confidence. The trial judge dismissed the claim. The Court of Appeal substantially allowed the appeal and ordered S to account for and disgorge to Monarch all benefits and profits received or receivable from Sentinel. It also ordered that the law firm disgorge the profits it earned in the form of legal fees from acting for Sentinel in breach of its duty to Monarch from January 1, 1998 and return to Monarch all fees paid by it from that date. S and the law firm appealed, and Monarch cross-appealed the dismissal of its claims against D and Sentinel.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. dissenting in part on the appeals): The appeals should be allowed in part and the cross-appeal dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: When a lawyer is retained by a client, the scope of the retainer is governed by contract. The solicitor-client relationship thus created is, however, overlaid with certain fiduciary responsibilities, which are imposed as a matter of law. Fiduciary duties provide a framework within which the lawyer performs the work and may include obligations that go beyond what the parties expressly bargained for. Fiduciary responsibilities include the duty of loyalty, of which an element is the avoidance of conflicts of interest. [34-35]

The subject matter of the 1998 retainer was "tax-assisted business opportunities". Subject to confidentiality considerations for other clients, if S knew there was still a way to continue to syndicate U.S. studio film production expenses to Canadian investors on a

services de production cinématographique, ainsi qu'à accomplir pour la société d'autres tâches générales. Au mois d'août 1998, S a écrit une note de service au comité de gestion du cabinet d'avocats concernant un risque de conflit d'intérêts résultant du fait d'agir à la fois pour Monarch et pour D/Sentinel. Cette note mentionnait, de façon inexacte, que S disposait uniquement d'une option d'achat d'au plus la moitié des actions ordinaires de Sentinel. L'associé directeur général du cabinet d'avocats a informé S qu'il ne serait pas autorisé à détenir quelque participation que ce soit dans Sentinel.

Le 31 mars 1999, S a démissionné de son poste dans le cabinet d'avocats. En avril, il s'est joint à D en tant que titulaire de la moitié des actions de Sentinel. Après avoir entendu parler de la décision fiscale obtenue par Sentinel, Monarch a intenté contre S et le cabinet d'avocats une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance. Le juge de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel a, pour l'essentiel, accueilli l'appel et ordonné à S de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices et profits qu'il avait reçus ou devait recevoir de Sentinel, et de les lui restituer. Elle a également ordonné que le cabinet d'avocats restitue les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a réalisés, à partir du 1^{er} janvier 1998, en agissant pour le compte de Sentinel contrairement à son obligation envers Monarch, et qu'il rembourse à Monarch les honoraires qu'elle lui a versés depuis cette date. S et le cabinet d'avocats ont formé des pourvois, et Monarch a formé un pourvoi incident contre le rejet de ses demandes visant D et Sentinel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella sont dissidents en partie quant aux pourvois) : Les pourvois sont accueillis en partie et le pourvoi incident est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Lorsqu'un client retient les services d'un avocat, la portée du mandat de l'avocat est déterminée par contrat. La relation avocat-client ainsi créée est cependant assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit. Les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément négocié. Les responsabilités fiduciaires incluent le devoir de loyauté, qui comporte l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts. [34-35]

Le mandat de 1998 consistait à trouver des « occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale ». Sous réserve de considérations de confidentialité pour d'autres clients, si S savait qu'il existait encore un moyen de continuer de céder à un consortium d'investisseurs canadiens,

tax-efficient basis, the 1998 retainer entitled Monarch to be told that S's previous negative advice was now subject to reconsideration. While generally a lawyer does not have a duty to alter a past opinion in light of a subsequent change of circumstances, there are exceptions to the general rule. Here Monarch's written 1997 retainer had come to an end but the solicitor-client relationship based on a continuing (if more limited) retainer in relation to tax-assisted film production services carried on into 1998 and 1999. [40] [43] [45-46]

The issue here was not so much a duty to alter a past opinion, as it was part of S's duty to provide candid advice on all matters relevant to the continuing 1998 retainer. Moreover, there was no excuse for S not to advise Monarch of the successful tax ruling when it was made public in October 1998. As it turned out, Monarch did not find out about it until February or March 1999. Accordingly, the firm (and S) failed to provide candid and proper legal advice in breach of the 1998 retainer. However, Monarch cannot succeed in a claim for damages for breach of the contract of retainer because it did not establish any damages flowing from the alleged contractual breach. The issue therefore moves to fiduciary duties. [46-48]

The firm and S were free to take on D and Sentinel as new clients once the "exclusivity" arrangement with Monarch expired at the end of 1997. The retainer by Sentinel was not directly adverse to any immediate interest of Monarch. Issues of confidentiality are routinely dealt with successfully in law firms. S could have managed the relationship with the two clients as other specialist practitioners do, by being candid with their legal advice while protecting from disclosure the confidential details of the other client's business. S accepted Sentinel as a new client and the firm was given no reason to think that he and his colleagues could not provide proper legal advice to both clients. Commercial conflicts between clients that do not impair a lawyer's ability to properly represent the legal interests of both clients will not generally present a conflict problem. Whether or not a real risk of impairment exists will be a question of fact. The risk did not exist here if the necessary even-handed representation had not been skewed by S's personal undisclosed financial interest. [52] [55] [65]

de manière avantageuse sur le plan fiscal, les dépenses de production cinématographique de studios américains, Monarch avait, en vertu du mandat de 1998, le droit d'être informée que l'avis négatif antérieur de S ne tenait plus. Bien qu'un avocat ne soit généralement pas tenu de modifier, à la suite d'un changement de circonstances, l'avis qu'il a donné antérieurement, il existe des exceptions à cette règle générale. En l'espèce, le mandat écrit de 1997 confié par Monarch était terminé, mais la relation avocat-client fondée sur un mandat en cours (quoique plus limité) portant sur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale s'est poursuivie en 1998 et 1999. [40] [43] [45-46]

La question en litige dans la présente affaire n'était pas tant le devoir de modifier un avis donné antérieurement, étant donné que S avait notamment le devoir de conseiller avec franchise sur toutes les questions pertinentes quant au mandat de 1998 en cours. De plus, rien n'excusait S de ne pas avoir informé Monarch de la décision fiscale favorable au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Il s'est avéré que Monarch n'en a pris connaissance qu'en février ou mars 1999. Par conséquent, le cabinet d'avocats et S n'ont pas donné avec franchise des conseils juridiques appropriés et ont ainsi violé le mandat de 1998. Cependant, Monarch ne peut obtenir des dommages-intérêts pour la violation du mandat, parce qu'elle n'a pas établi l'existence de dommages découlant de cette présumée inexécution d'un contrat. Par conséquent, la question à examiner devient celle des obligations fiduciaires. [46-48]

Le cabinet d'avocats et S étaient libres de prendre D et Sentinel comme nouveaux clients dès l'expiration de leur entente d'« exclusivité » avec Monarch à la fin de 1997. Le mandat confié par Sentinel n'était pas directement opposé à un intérêt immédiat de Monarch. Les cabinets d'avocats règlent habituellement avec succès les questions de confidentialité. S aurait pu gérer la relation avec les deux clients comme le font d'autres avocats spécialisés, c'est-à-dire en donnant des conseils juridiques d'une manière franche tout en évitant de divulguer les aspects confidentiels des activités de l'autre client. S a accepté de prendre Sentinel comme nouvelle cliente et le cabinet d'avocats n'avait aucune raison de penser que S et ses collègues ne pourraient pas conseiller adéquatement les deux clients. Les conflits commerciaux entre clients qui ne compromettent pas la capacité d'un avocat de défendre correctement les intérêts juridiques des deux clients ne soulèvent généralement pas de problème de conflit. La question de savoir s'il existe un risque réel d'atteinte est une question de fait. Ce risque n'aurait pas existé, en l'espèce, si la représentation impartiale requise n'avait pas été compromise par l'intérêt financier personnel non divulgué de S. [52] [55] [65]

In each case where no issue of potential abuse of confidential information arises, the court should evaluate whether there is a serious risk that the lawyer's ability to properly represent the complaining client may be adversely affected, and if so, what steps short of disqualification (if any) can be taken to provide an adequate remedy to avoid this result. [59]

S was not free to take a personal financial interest in the D/Sentinel venture. The difficulty is not that Sentinel and Monarch were potential competitors. The difficulty is that S aligned his personal financial interest with the former's success. By acquiring a substantial and direct financial interest in one client (Sentinel) seeking to enter a very restricted market related to film production services in which another client (Monarch) previously had a major presence, S put his personal financial interest into conflict with his duty to Monarch. The conflict compromised S's duty to "zealously" represent Monarch's interest. Taking a direct and significant interest in the potential profits of Monarch's commercial competitor created a substantial risk that his representation of Monarch would be materially and adversely affected by consideration of his own interests. In time, the risk became a fact. [66-67] [69]

The firm, for its part, did not breach its fiduciary duty to Monarch. The firm's partners were innocent of S's breach. The firm cannot be held to have breached a fiduciary duty on the basis of facts of which its partners were ignorant. [98]

Equitable remedies are always subject to the discretion of the court. In these circumstances, disgorgement is imposed on faithless fiduciaries to serve a prophylactic purpose. Denying S profit generated by the financial interest that constituted his conflict teaches that conflicts of interest do not pay. The prophylactic purpose thereby advances the policy of equity, even at the expense of a windfall to the wronged beneficiary. However, the Court of Appeal imposed an excessive award of compensation against S and his appeals should therefore be allowed in part. The prophylactic purpose would be served if S is required to account to Monarch for all monies received during or attributable to his period with the firm between January 1, 1998 and March 31, 1999. At that point, both Monarch and S had severed their links with the firm, and the conflict was spent. [1] [74] [77] [95]

Dans chaque cas où il n'y a aucune possibilité d'abus de renseignements confidentiels, le tribunal devrait se demander s'il existe un risque sérieux que la capacité de l'avocat de représenter correctement le client plaignant soit compromise et, dans l'affirmative, quelles réparations — sans aller jusqu'à la déclaration d'inhabilité à occuper — pourraient permettre d'éviter ce résultat. [59]

S n'était pas libre d'acquérir un intérêt financier personnel dans l'entreprise D/Sentinel. Le problème tient non pas à ce que Sentinel et Monarch étaient des concurrentes potentielles, mais plutôt au fait que S a aligné son intérêt financier personnel sur la réussite de Sentinel. En acquérant un intérêt financier direct et important dans une cliente (Sentinel) qui cherchait à accéder au marché très restreint des services de production cinématographique dont une autre cliente (Monarch) avait déjà occupé une part importante, S a fait entrer son intérêt financier personnel en conflit avec son devoir envers Monarch. Ce conflit compromettait le devoir de S de représenter « avec zèle » les intérêts de Monarch. Le fait pour S d'avoir un intérêt direct et important dans les profits potentiels de la concurrente commerciale de Monarch créait un risque sérieux que ses intérêts personnels nuisent de façon appréciable à sa représentation de Monarch. À la longue, ce risque s'est matérialisé. [66-67] [69]

Pour sa part, le cabinet d'avocats n'a pas manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch. Les associés du cabinet d'avocats n'avaient rien à se reprocher en ce qui concernait le manquement de S. On ne saurait considérer que le cabinet d'avocats a manqué à une obligation fiduciaire en raison de faits dont ses associés ignoraient l'existence. [98]

Les recours en equity dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Dans ces circonstances, la restitution est ordonnée aux fiduciaires déloyaux dans un but de prévention. Refuser à S de toucher les profits générés par l'intérêt financier qui le plaçait en situation de conflit montre que le conflit d'intérêts ne paie pas. L'objectif de prévention favorise l'équité, même au prix d'un gain inattendu pour le bénéficiaire lésé. Toutefois, l'indemnité que la Cour d'appel a condamné S à verser était excessive, et il y a donc lieu d'accueillir en partie les pourvois qu'il a formés. L'objectif de prévention serait atteint si S était tenu de rendre compte à Monarch de toutes les sommes reçues pendant son séjour dans le cabinet d'avocats entre le 1^{er} janvier 1998 et le 31 mars 1999, ou attribuables à ce séjour. À ce moment, Monarch et S avaient rompu tous leurs liens avec ce cabinet d'avocats et il n'y avait plus de conflit. [1] [74] [77] [95]

The law firm's appeal should be allowed in part. While the firm committed no breach of fiduciary duty to Monarch, it is liable for S's breaches of fiduciary duty, of which its partners are innocent, only because of the terms of s. 12 of the B.C. *Partnership Act*. The words "wrongful act or omission" in s. 12 are broad enough to embrace an equitable wrong, and S's wrongful act was so connected with the firm's ordinary business that it led to a breach of Monarch's retainer of the firm. The firm is accordingly liable under the Act with S to account for S's profits for the period from January 1, 1998 to March 31, 1999. [1] [100] [106] [113-114]

A return of the fees charged to Monarch by the law firm in 1998 and 1999 for general corporate services and "clean-up" work on prior transactions should not be ordered. However, to the extent S personally made a profit under the firm allocation process attributable to hours docketed to Monarch's account, or to fees paid to the firm by Monarch, such profit (earned at a time when S was in a position of conflict, and derelict in his duty to Monarch) should form part of S's accounting to Monarch. The legal fees paid by Sentinel to the firm cannot be said to be in consequence of breaches of fiduciary duties owed by the firm to Monarch since there was no conflict known to the firm that prevented it from acting for both Sentinel and Monarch. These fees therefore do not have to be disgorged. [80] [83]

While some of the clauses in the Sentinel documents were almost identical to those in Monarch's production services agreement, it is not enough to show that a particular transaction document has its "genesis" in a prior transaction document. Monarch failed to establish a breach of confidence and its claim in that regard was properly dismissed. [110-111]

Monarch's cross-appeal against D should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal. [112]

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. (dissenting in part on the appeals): A conflict of interest arises when a lawyer puts himself or herself in a position of having irreconcilable duties or

Il y a lieu d'accueillir en partie le pourvoi du cabinet d'avocats. Bien qu'il n'ait manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch, le cabinet d'avocats est responsable des manquements de S à cet égard — au sujet desquels ses associés n'ont rien à se reprocher — uniquement en raison des dispositions de l'art. 12 de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique. Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 sont assez généraux pour englober une faute en equity, et l'acte fautif de S était si étroitement lié aux affaires normales du cabinet d'avocats qu'il a entraîné une violation du mandat confié à ce dernier par Monarch. Aux termes de la Loi, le cabinet d'avocats est donc conjointement tenu avec S de rendre compte des profits réalisés par S pendant la période du 1^{er} janvier 1998 au 31 mars 1999. [1] [100] [106] [113-114]

Il n'y a pas lieu d'ordonner la restitution des honoraires que le cabinet d'avocats a facturés à Monarch en 1998-1999 pour des services administratifs généraux et d'autres services de règlement de questions en suspens relatives à des opérations antérieures. Cependant, dans la mesure où S a personnellement réalisé des profits dans le cadre de la répartition par le cabinet d'avocats des heures facturées au compte de Monarch ou des honoraires que Monarch a versés au cabinet, ces profits (réalisés à un moment où S était en situation de conflit d'intérêts et manquait à son devoir envers Monarch) devraient faire partie de la reddition de compte que S devra faire à Monarch. On ne saurait affirmer que les honoraires versés au cabinet d'avocats par Sentinel résultent de manquements aux obligations fiduciaires que le cabinet d'avocats avait envers Monarch, du fait qu'il n'existait pas de conflit connu du cabinet, qui empêchait celui-ci d'agir à la fois pour le compte de Sentinel et pour celui de Monarch. Il n'est donc pas nécessaire de restituer ces honoraires. [80] [83]

Bien que certaines clauses des documents de Sentinel aient été presque identiques à celles contenues dans l'accord relatif aux services de production conclu par Monarch, il ne suffit pas de démontrer qu'un document relatif à une opération « émane » d'un document antérieur de même nature. Monarch n'a pas établi l'existence d'un abus de confiance et sa demande à cet égard a été rejetée à juste titre. [110-111]

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Monarch visant D. [112]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella (dissidents en partie quant aux pourvois) : Un conflit d'intérêts prend naissance lorsqu'un avocat se place dans une situation où il a des obligations

interests. The starting point in determining whether a conflict arose in a particular case is the contract of retainer between the lawyer and the complaining party. The nature and scope of a lawyer's retainer is purely a factual question on which the trial judge's findings should not ordinarily be upset on appeal save for error arising from misapprehension of the evidence. This is especially true where, as here, the alleged breach is an ethical one. The question then is whether these duties conflicted with the lawyer's duties to a second client, or with his or her personal interests. If so, the lawyer's duty of loyalty is violated, and breach of fiduciary duty is established. The duty of loyalty is not a duty in the air, but is attached to the obligations the lawyer has undertaken pursuant to the retainer. [132] [134-135] [142]

Here, the trial judge was correct to begin by asking what the contract obliged S to do for Monarch. Whatever S undertook to do, he was bound to do it with complete loyalty in accordance with his fiduciary obligation. The trial judge did not misapprehend the evidence and therefore there is no basis to overturn his findings. Given the limited nature of the retainer in 1998, there was no conflict between what S agreed to do for Monarch and what he was doing for D and himself with Sentinel. Neither S's obligation to D and Sentinel, nor his taking of a personal interest in Sentinel's profits, directly conflicted with his duties to Monarch. The Monarch retainer permitted S to take on new clients or interests. Only if Monarch had specifically asked S for advice on new film tax-shelter opportunities and S had agreed to give that advice could S have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel. On the trial judge's findings, this never happened. [143] [145]

The Court of Appeal erred in holding that S's duty to Monarch extended beyond the terms of the 1998 retainer agreement, grounding an on-going duty to advise Monarch of any developments in the film production tax-shelter business. The trial judge made clear findings of fact as to the limited scope of the retainer between the firm and Monarch, and on this basis concluded that no conflict arose when S took on a second client in the same line of business. The trial judge's findings stand unimpeached, and on the applicable law

ou intérêts inconciliables. Pour décider si un conflit d'intérêts a pris naissance dans un cas donné, il faut commencer par examiner le mandat liant l'avocat et la partie plaignante. La nature et la portée du mandat d'un avocat est une simple question de fait; les conclusions du juge de première instance ne doivent ordinairement pas être infirmées en appel sauf s'il y a eu erreur dans l'interprétation de la preuve. Cela est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, le manquement reproché est un manquement à la déontologie. Il s'agit alors de déterminer si ces obligations entraient en conflit soit avec les obligations que l'avocat avait envers un deuxième client soit avec les intérêts personnels de cet avocat. Dans l'affirmative, il y a manquement au devoir de loyauté de l'avocat et l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire est établie. Le devoir de loyauté n'est pas quelque chose de vague; il se rattache aux obligations que l'avocat a assumées conformément au mandat. [132] [134-135] [142]

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison de commencer par se demander ce que le contrat obligeait S à faire pour Monarch. Peu importe ce que S entreprenait de faire, il devait le faire en toute loyauté conformément à son obligation fiduciaire. Le juge de première instance n'a pas mal saisi la preuve et il n'y a donc aucune raison d'écarter ses conclusions. En raison de la nature limitée du mandat de 1998, il n'y avait pas de conflit entre ce que S a accepté de faire pour Monarch et ce qu'il faisait pour D et lui-même avec Sentinel. Ni l'obligation de S envers D et Sentinel ni l'acquisition par le premier d'un intérêt personnel dans les profits de Sentinel n'entraient directement en conflit avec ses obligations envers Monarch. Le mandat de Monarch permettait à S de prendre de nouveaux clients ou d'acquiescer de nouveaux intérêts. Ce n'est que si Monarch avait expressément demandé à S de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d'abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que S aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l'aurait placé en situation de conflit d'intérêts avec Sentinel. Selon les conclusions du juge de première instance, cela ne s'est jamais produit. [143] [145]

La Cour d'appel a commis une erreur en jugeant que le devoir de S envers Monarch débordait les conditions du mandat de 1998 et faisait qu'il avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique. Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait claires sur la portée limitée du mandat conclu entre le cabinet d'avocats et Monarch et a, sur ce fondement, estimé qu'aucun conflit n'a pris naissance lorsque S a accepté une deuxième cliente provenant du même

he correctly concluded that S did not breach his contractual or fiduciary duty to Monarch. [119] [131] [150]

Monarch's cross-appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal and endorsed by the majority. [164]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; **referred to:** *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651; *Côté v. Rancourt*, [2004] 3 S.C.R. 248, 2004 SCC 58; *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109; *Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335; *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Williams v. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824); *Martin v. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Uniform Custom Countertops Inc. v. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL); *de Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36; *R. v. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596; *Coutu v. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *R. v. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Chan v. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178; *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255; *McDonic Estate v. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577; *Dubai Aluminium Co. v. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58; *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, [2005] 3 S.C.R. 45, 2005 SCC 60.

secteur d'activité. Les constatations du juge de première instance demeurent valides et, selon le droit applicable, il a eu raison de conclure que S n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire envers Monarch. [119] [131] [150]

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel et approuvés par les juges majoritaires, le pourvoi incident de Monarch devrait être rejeté. [164]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; **arrêts mentionnés :** *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin c. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651; *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, 2004 CSC 58; *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279; *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24; *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109; *Chiefs of Ontario c. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335; *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Williams c. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824); *Martin c. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161; *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Uniform Custom Countertops Inc. c. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL); *de Guzman c. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36; *R. c. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596; *Coutu c. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *R. c. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1; *R. c. Henry*, [1990] A.Q. n° 1629 (QL); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Chan c. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178; *Warman International Ltd. c. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255; *McDonic Estate c. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577; *Dubai Aluminium Co. c. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58; *E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, [2005] 3 R.C.S. 45, 2005 CSC 60.

By McLachlin C.J. (dissenting in part on the appeals)

Hilton v. Barker Booth and Eastwood, [2005] 1 All E.R. 651; *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Bristol and West Building Society v. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698; *Armitage v. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 18.1(15)(b).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, ss. 11, 12, 14.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.
Banks, R. C. Fanson. *Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.
Burgess, Robert, and Geoffrey Morse. *Partnership Law and Practice*. London: Sweet & Maxwell, 1980.
Devlin, Richard F., and Victoria Rees. “Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil*” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 433.
Estey, Wilfred M. *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1997.
Getzler, Joshua. “Am I My Beneficiary’s Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies”, in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 239.
Goode, Roy. “Proprietary Restitutionary Claims”, in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 63.
Hayton, David. “Unique Rules for the Unique Institution, the Trust”, in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 279.
Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, The Law Society of British Columbia, 1993.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2006).
Millett, Peter. “Proprietary Restitution”, in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney: Lawbook Co., 2005, 309.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie quant aux pourvois)

Hilton c. Barker Booth and Eastwood, [2005] 1 All E.R. 651; *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357; *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Bristol and West Building Society c. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698; *Armitage c. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18.1(15)(b).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 11, 12, 14.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 2000.
Banks, R. C. Fanson. *Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.
Burgess, Robert, and Geoffrey Morse. *Partnership Law and Practice*. London : Sweet & Maxwell, 1980.
Devlin, Richard F., and Victoria Rees. « Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty : from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil* » (2005), 84 *R. du B. can.* 433.
Estey, Wilfred M. *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1997.
Getzler, Joshua. « Am I My Beneficiary’s Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 239.
Goode, Roy. « Proprietary Restitutionary Claims », in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future*. Oxford : Hart Publishing, 1998, 63.
Hayton, David. « Unique Rules for the Unique Institution, the Trust », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 279.
Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, The Law Society of British Columbia, 1993.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated August 2006).
Millett, Peter. « Proprietary Restitution », in Simone Degeling and James Edelman, eds., *Equity in Commercial Law*. Sydney : Lawbook Co., 2005, 309.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Waters, Donovan W. M. “The Development of Fiduciary Obligations”, in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford: University Press, 2003.

APPEALS and CROSS-APPEAL from judgments of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Hall and Oppal J.J.A.) (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 208 B.C.A.C. 39, 344 W.A.C. 39, 1 B.L.R. (4th) 302, 28 C.C.L.T. (3d) 159, [2005] 3 C.T.C. 168, 2005 D.T.C. 5059, [2005] 5 W.W.R. 108, [2005] B.C.J. No. 80 (QL), 2005 BCCA 35, and (Newbury, Hall and Levine J.J.A.) (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 215 B.C.A.C. 9, 355 W.A.C. 9, 8 B.L.R. (4th) 4, 256 D.L.R. (4th) 319, 47 C.C.E.L. (3d) 159, [2005] 11 W.W.R. 399, [2005] 5 C.T.C. 107, [2005] B.C.J. No. 1655 (QL), 2005 BCCA 385, setting aside in part a decision of Lowry J. (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, [2003] 1 C.T.C. 88, 2002 D.T.C. 7327, [2002] B.C.J. No. 1982 (QL), 2002 BCSC 1179. Appeals allowed in part, McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella J.J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Irwin G. Nathanson, Q.C., Ardella A. Thompson and Geoffrey Gomery, for the appellant/respondent Davis & Company, a partnership.

Rose-Mary Liu Basham, Q.C., Robert D. Holmes and Leslie J. Muir, for the respondent/appellant 3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation).

George K. Macintosh, Q.C., J. Kenneth McEwan, Q.C., and Robin M. Elliot, Q.C., for the appellant/respondent Robert C. Strother, the appellants Strother Family Trust (Trust No. 1) and University Hill Holdings Inc. (formerly known as 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), and the respondents Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Waters, Donovan W. M. « The Development of Fiduciary Obligations », in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg : Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 81.

Worthington, Sarah. *Equity*. Oxford : University Press, 2003.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre des arrêts de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Hall et Oppal) (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 208 B.C.A.C. 39, 344 W.A.C. 39, 1 B.L.R. (4th) 302, 28 C.C.L.T. (3d) 159, [2005] 3 C.T.C. 168, 2005 D.T.C. 5059, [2005] 5 W.W.R. 108, [2005] B.C.J. No. 80 (QL), 2005 BCCA 35, et (les juges Newbury, Hall et Levine) (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 215 B.C.A.C. 9, 355 W.A.C. 9, 8 B.L.R. (4th) 4, 256 D.L.R. (4th) 319, 47 C.C.E.L. (3d) 159, [2005] 11 W.W.R. 399, [2005] 5 C.T.C. 107, [2005] B.C.J. No. 1655 (QL), 2005 BCCA 385, qui ont annulé en partie une décision du juge Lowry (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, [2003] 1 C.T.C. 88, 2002 D.T.C. 7327, [2002] B.C.J. No. 1982 (QL), 2002 BCSC 1179. Pourvois accueillis en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Abella sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Irwin G. Nathanson, c.r., Ardella A. Thompson et Geoffrey Gomery, pour l’appelante/intimée Davis & Company, société de personnes.

Rose-Mary Liu Basham, c.r., Robert D. Holmes et Leslie J. Muir, pour l’intimée/appelante 3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation).

George K. Macintosh, c.r., J. Kenneth McEwan, c.r., et Robin M. Elliot, c.r., pour l’appelant/intimé Robert C. Strother, les appelantes Strother Family Trust (Trust No. 1) et University Hill Holdings Inc. (auparavant connue sous le nom de 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), et les intimées Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership

No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10.

Kenneth N. Affleck, Q.C., Lisa A. Warren and Michael J. Sobkin, for the respondents J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 and Company No. 10.

David C. Harris, Q.C., and Andrea N. MacKay, for the respondents Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership and Sentinel Hill GP Corporation.

Terrence J. O'Sullivan and M. Paul Mitchell, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BINNIE J. — A fundamental duty of a lawyer is to act in the best interest of his or her client to the exclusion of all other adverse interests, except those

No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10.

Kenneth N. Affleck, c.r., Lisa A. Warren et Michael J. Sobkin, pour les intimés J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 et Company No. 10.

David C. Harris, c.r., et Andrea N. MacKay, pour les intimées Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership et Sentinel Hill GP Corporation.

Terrence J. O'Sullivan et M. Paul Mitchell, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BINNIE — Un devoir fondamental de l'avocat est d'agir dans l'intérêt de son client à l'exclusion de tout autre intérêt opposé, sauf les

duly disclosed by the lawyer and willingly accepted by the client. The appellant Robert Strother, a successful tax partner with the appellant Davis & Company (“Davis”) in Vancouver, was found by the Court of Appeal of British Columbia to have put his own financial interest in one client (Sentinel) ahead of his duty to another client (Monarch) in breach of his fiduciary duty. Fiduciary duties provide the framework (enforced by the courts and by the Law Society of British Columbia) within which a particular contractual mandate is to be carried out. The issue here is whether (as the trial judge held) those responsibilities were sufficiently limited by the scope of the retainer so as to afford Monarch no relief; or whether, on the contrary, the fiduciary duty is broader than the trial judge thought (as held by the Court of Appeal) and was breached either by Strother or Davis or both and, if so, what the appropriate remedy is. For the reasons which follow, I conclude that the trial judge did not correctly construe the scope of Monarch’s 1998 retainer of Davis and Strother, and thus did not pursue the analysis of fiduciary duty far enough. In my view, the Court of Appeal correctly analysed the retainer and found a breach of fiduciary duty by Strother. I would allow the appeal by the Davis firm (which was an innocent party in Strother’s misconduct) against any direct liability for breach of fiduciary duty, but give effect to Monarch’s statutory claim against Davis for vicarious liability under the *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348. I also conclude that the Court of Appeal imposed an excessive award of compensation against Strother. I would therefore allow both appeals in part for the reasons which follow. Monarch’s cross-appeal should be dismissed.

I. Facts

² Monarch Entertainment Corporation (“Monarch” (now 3464920 Canada Inc.)) began promoting

intérêts qu’il a dûment divulgués à son client et que ce dernier a acceptés de plein gré. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a déclaré l’appelant Robert Strother, associé fiscaliste prospère du cabinet appellant Davis & Company (ci-après le « cabinet Davis ») de Vancouver, coupable d’avoir manqué à son obligation fiduciaire en faisant passer son propre intérêt financier dans l’un de ses clients (Sentinel) avant le devoir qu’il avait envers un autre client (Monarch). Les obligations fiduciaires établissent les paramètres (sanctionnés par les tribunaux et la Law Society of British Columbia) à l’intérieur desquels un mandat contractuel doit être exécuté. Il s’agit en l’espèce de savoir si (comme l’a conclu le juge de première instance) la portée du mandat limitait suffisamment ces responsabilités pour que Monarch soit privée de tout recours ou si, au contraire (comme l’a conclu la Cour d’appel), l’obligation fiduciaire a une portée plus large que ne le croyait le juge de première instance, et si M. Strother ou le cabinet Davis, ou les deux, y ont manqué et, dans l’affirmative, quelle est la réparation convenable. Pour les motifs qui suivent, j’estime que le juge de première instance n’a pas interprété correctement la portée du mandat de 1998 que le cabinet Davis et M. Strother tenaient de Monarch et qu’il n’a donc pas poussé assez loin l’analyse de l’obligation fiduciaire. J’estime que la Cour d’appel a analysé correctement le mandat et qu’elle a eu en raison de conclure que M. Strother a manqué à une obligation fiduciaire. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi du cabinet Davis (qui n’était aucunement responsable de l’inconduite de M. Strother) contre la décision de le tenir directement responsable d’un manquement à une obligation fiduciaire, mais de faire droit à la demande que Monarch a présentée contre le cabinet Davis sur le fondement de la responsabilité du fait d’autrui prévue par la *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 348. Je conclus également que l’indemnité que la Cour d’appel a condamné M. Strother à verser était excessive. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir en partie les deux pourvois pour les motifs qui suivent. Il y a lieu de rejeter le pourvoi incident de Monarch.

I. Faits

En 1993, Monarch Entertainment Corporation (ci-après « Monarch » (maintenant 3464920

tax-assisted production services funding (“TAPSF”) investments in 1993. It was owned by Stephen Cheikes and Nova Bancorp Capital Management Ltd. The principal of Nova is Harry Knutson. Knutson and Cheikes were introduced to one another by Davis. Paul Darc, a chartered accountant, became Monarch’s chief operating officer in 1995, but was demoted the following year to the position of chief financial officer.

A. *The Tax Scheme*

From 1993 to 1997, Monarch devised and marketed tax shelter investments whereby Canadian taxpayers, through ownership of units in a limited partnership, provided film production services to American studios making films in Canada. In outline, the tax shelter worked like this. Limited partnerships were established. The investors would notionally produce a film for a studio in return for a fee, paid over time, that was contingent on the success of the film. The contingency of the payment introduced a substantial element of risk, and the right to receive such speculative income at some future date was considered by Revenue Canada not to be a capital asset. Therefore, expenditures for the film production were treated as deductible from other income in the year the expenditures were incurred. The scheme yielded a loss to the partnership in the early years because of the mismatch between the front-end expenses in the year the film was made and the delayed and uncertain return. The loss was deducted by investors from their unrelated income — thereby sheltering this income from immediate taxation. If the film was a success, the tax collector’s cut would at least be deferred.

The American studios shared in the tax deferral benefit of the Canadian investors by an advantageous sale of their expenses of making the film to the Canadian investors. Monarch derived a profit equal to the difference between what the investors

Canada Inc.) a commencé à faire la promotion d’investissements dans les services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale (« SPCAF »). La société appartenait à Stephen Cheikes et à Nova Bancorp Capital Management Ltd., qui est dirigée par Harry Knutson. Messieurs Cheikes et Knutson se sont connus grâce au cabinet Davis. Paul Darc, comptable agréé, est devenu le directeur de l’exploitation de Monarch en 1995, mais il a été rétrogradé au poste de directeur financier l’année suivante.

A. *Le mécanisme fiscal*

De 1993 à 1997, Monarch a conçu et commercialisé des abris fiscaux déterminés qui permettaient à des contribuables canadiens de fournir, grâce à la possession d’unités dans une société en commandite, des services de production cinématographique à des studios américains réalisant des films au Canada. En substance, l’abri fiscal fonctionnait ainsi. Des sociétés en commandite étaient constituées. Les investisseurs produiraient en théorie un film pour un studio moyennant une rétribution payable sur une période donnée et conditionnelle au succès du film. Le caractère conditionnel du paiement constituait un élément de risque important, et Revenu Canada a jugé que le droit de toucher un tel revenu hypothétique à quelque date future n’était pas une immobilisation. Par conséquent, les dépenses liées à la production du film étaient considérées comme déductibles d’autres revenus pendant l’année où elles étaient engagées. Ce régime a fait en sorte que la société de personnes a, au cours des premières années, subi une perte due au fait que les dépenses initiales engagées pendant l’année de réalisation du film n’étaient pas rattachées au rendement différé et incertain. Les investisseurs ont déduit cette perte de leur revenu tiré d’une autre source, soustrayant ainsi ce revenu à l’imposition immédiate. Si le film était un succès, la part du percepteur d’impôt serait à tout le moins différée.

Les studios américains profitaient du report d’impôt des investisseurs canadiens en leur vendant de manière avantageuse leurs dépenses de production cinématographique. Monarch réalisait un profit correspondant à la différence entre ce que

actually paid and what the studio received, less its own expenses.

B. *Monarch Retains Davis & Company*

5 Robert Strother was one of the biggest billers at Davis and in the mid-1990s Monarch was by far his biggest client (representing about half his billings). The TAPSF shelter was considered almost too good to be true; thus potential investors, fearing a government clampdown, required the assurance of a favourable advance tax ruling from Revenue Canada. The structuring of such shelters and negotiation of such rulings were key elements of Strother's expertise.

6 The fees paid to Davis were mostly determined on an agreed-upon percentage of the volume of production transactions closed each year. The trial judge found that Strother was instrumental in Monarch's success ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, at para. 11). In 1996 and 1997, the firm's engagement was expressed in written retainer agreements. Effective October 1996, the retainer expressly prohibited Davis from acting for clients other than Monarch in relation to TAPSF schemes (with limited exceptions). The written retainer terminated at the end of 1997, but Monarch continued thereafter as a firm client. Between 1993 and 1997 Monarch closed transactions of almost \$460 million, realized more than \$13 million in profits and paid Davis more than \$5 million in legal fees.

C. *Emergence of Stiff Competition*

7 In 1996-1997, two other promoters entered the TAPSF business and substantially reduced Monarch's share of the market: Grosvenor Park Securities Ltd. ("Grosvenor Park") and Alliance Equicap Corporation ("Alliance"). Monarch's market share fell from almost 100 percent of the potential market in 1995 to 20 percent in 1996-1997.

les investisseurs avaient réellement payé et ce que le studio avait reçu, moins ses propres dépenses.

B. *Monarch retient les services du cabinet Davis*

Robert Strother était l'un des avocats du cabinet Davis dont la facturation était la plus élevée et, au milieu des années 1990, Monarch était de loin son client le plus important, représentant à elle seule environ la moitié de sa facturation. L'abri constitué des SPCAF était considéré comme presque trop beau pour être vrai; aussi, craignant un resserrement du régime par le gouvernement, les investisseurs potentiels ont demandé à Revenu Canada de leur garantir une décision anticipée favorable en matière d'impôt sur le revenu. La structuration de ces abris et la négociation de ces décisions étaient des éléments clés de l'expertise de M. Strother.

Les honoraires versés au cabinet Davis correspondaient généralement à un pourcentage convenu du volume d'opérations de production effectuées chaque année. Le juge de première instance a conclu que M. Strother avait contribué au succès de Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, par. 11). En 1996 et 1997, la mission du cabinet était énoncée dans des mandats écrits. À partir d'octobre 1996, le mandat interdisait expressément au cabinet Davis d'agir pour d'autres clients que Monarch relativement aux mécanismes de SPCAF, sous réserve d'exceptions limitées. Le mandat écrit s'est terminé à la fin de 1997, mais Monarch est demeurée, par la suite, un client du cabinet. Entre 1993 et 1997, Monarch a effectué des opérations de presque 460 millions de dollars, réalisé plus de 13 millions de dollars de profits et versé au cabinet Davis plus de 5 millions de dollars à titre d'honoraires d'avocat.

C. *Émergence d'une concurrence féroce*

En 1996-1997, deux autres promoteurs, Grosvenor Park Securities Ltd. (« Grosvenor Park ») et Alliance Equicap Corporation (« Alliance »), se sont lancés en affaires dans le domaine des SPCAF et ont substantiellement réduit la part de marché de Monarch, qui est passée de la quasi-totalité du marché potentiel en 1995 à 20 pour 100 en 1996-1997.

D. *The Minister of Finance Decides to Close the Door*

In November 1996, the federal Minister of Finance announced his intention to amend the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), to defeat the TAPSF tax shelters. This was done by the introduction of Matchable Expenditures Rules (“*MER*”). Subsequently, Strother advised Monarch that he did not have a “fix” to avoid the effect of the *MER*. As a transitional measure, the government extended relief from the *MER* until the end of October 1997, but no further.

E. *Monarch Looks for Other Opportunities*

By the end of October 1997, Monarch’s TAPSF business had been wound down. Several employees were laid off, including Paul Darc. Grosvenor Park and Alliance also stopped promoting tax shelters and went out of the TAPSF business. In late 1997, Monarch sought Strother’s advice about what could be done to salvage what was left of their business, but he suggested that they defer that discussion until the new year. The trial judge held: “I find that Mr. Strother concealed nothing from Monarch in 1997 in order to take a benefit for himself” (para. 91).

F. *Strother Learns of a Possible “Fix”*

At the end of October or beginning of November 1997, Joel Nitikman, a tax lawyer with Fraser Milner Casgrain in Vancouver, contacted Strother and told him that he thought there might be a way around the *MER* and that 20th Century Fox was interested in exploring the possibility of having a film financed using a somewhat different structure (the “*Lade* idea”) by the Stern Group of companies (who were also clients of Strother’s) (trial judgment, at para. 66). In the course of subsequent discussions in November 1997, Nitikman discussed with Strother s. 18.1(15)(b) which provided that *MER*

D. *Le ministre des Finances décide de mettre fin à ces abris fiscaux*

En novembre 1996, le ministre des Finances fédéral a fait part de son intention de modifier la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), pour mettre fin aux abris fiscaux constitués des SPCAF. Il a donné suite à cette intention en adoptant les règles sur les dépenses à rattacher (« *RDR* »). Par la suite, M. Strother a informé Monarch qu’il ne disposait d’aucune [TRADUCTION] « solution » pour éviter l’effet des *RDR*. À titre de mesure transitoire, le gouvernement a suspendu l’application des *RDR* jusqu’à la fin d’octobre 1997, mais pas davantage.

E. *Monarch cherche d’autres possibilités*

À la fin d’octobre 1997, Monarch avait mis fin à ses activités dans le domaine des SPCAF. Plusieurs employés ont été mis à pied, dont Paul Darc. Grosvenor Park et Alliance ont également cessé de faire la promotion d’abris fiscaux et se sont retirées du domaine des SPCAF. À la fin de 1997, Monarch a demandé à M. Strother de la conseiller sur ce qui pourrait être fait pour sauver ce qui restait de son entreprise, mais celui-ci a proposé de reporter cette discussion à la nouvelle année. Le juge de première instance a conclu ceci : [TRADUCTION] « J’estime qu’en 1997 M. Strother n’a rien dissimulé à Monarch dans le but de tirer un avantage personnel » (par. 91).

F. *Monsieur Strother entend parler d’une « solution » possible*

À la fin d’octobre ou au début de novembre 1997, Joel Nitikman, avocat fiscaliste chez Fraser Milner Casgrain à Vancouver, a communiqué avec M. Strother et lui a dit qu’il pensait qu’il pouvait y avoir un moyen de contourner les *RDR* et que 20th Century Fox était intéressée à étudier la possibilité de faire financer un film par le groupe de sociétés Stern (qui étaient également des clientes de M. Strother), en utilisant une structure légèrement différente (« l’idée *Lade* ») (jugement de première instance, par. 66). Au cours de discussions subséquentes tenues en novembre 1997, M. Nitikman a parlé

8

9

10

would not apply where more than 80.1 percent of the right to receive income was realized before the end of the year in which the expenditure was made. This meant that the maximum “loss” available for a tax deduction would be 19.9 percent of production expenses (compared to 50 percent previously).

11 Strother was unable to get a favourable advance ruling from Revenue Canada for the “*Lade*” scheme for Stern, but by the end of 1997, in connection with this initiative, Strother obtained confirmation from Revenue Canada that a favourable tax ruling was not out of the question for a film production services transaction, as long as it complied with the new rules, including s. 18.1(15)(b).

G. *Darc/Sentinel Becomes a Client*

12 In the fall of 1997 or early 1998, Strother was approached by Paul Darc, a former executive of Monarch, to discuss potential opportunities. Darc was working on a possible tax credit business (as opposed to a tax shelter business). Strother discussed with Darc the s. 18.1(15)(b) exception. Darc devised the idea of marrying a tax shelter and a tax credit business, subordinating the shelter to the credits (to ensure that the business would not run afoul of the general anti-avoidance rule of the *ITA*). Under Darc’s plan, the studio fee would not be contingent on the success of the film but rather was fixed at 80.1 percent.

13 Darc was able to put together enough of a scheme to convince Strother to draft a nine-page proposal that was submitted to Revenue Canada in March of 1998. Although the trial judge found as a fact that Strother honestly felt throughout 1997 and even after learning of Darc’s proposal that the TAPSF shelter was dead for good, Strother was obviously persuaded that Darc’s scheme was

à M. Strother de l’al. 18.1(15)b) qui prévoyait que les RDR ne s’appliqueraient pas dans le cas où plus de 80,1 pour 100 du droit aux revenus aurait été réalisé avant la fin de l’année au cours de laquelle la dépense a été effectuée. Cela signifiait que la « perte » maximale donnant lieu à une déduction fiscale s’élèverait à 19,9 pour 100 des dépenses de production (comparativement à la moitié antérieure).

Monsieur Strother n’a pas été en mesure d’obtenir pour Stern une décision anticipée favorable de Revenu Canada quant au mécanisme « *Lade* », mais, vers la fin de 1997, Revenu Canada lui a confirmé, à ce sujet, qu’il n’écarterait pas la possibilité de rendre une décision fiscale favorable pour une opération en matière de services de production cinématographique, pourvu qu’elle respecte les nouvelles règles, y compris l’al. 18.1(15)b).

G. *Monsieur Darc et Sentinel deviennent des clients*

À l’automne de 1997 ou au début de 1998, Paul Darc, ancien cadre de Monarch, a communiqué avec M. Strother pour discuter de certaines possibilités. Monsieur Darc étudiait la possibilité de mettre sur pied une entreprise spécialisée dans les crédits d’impôt (par opposition à une entreprise spécialisée dans les abris fiscaux). Monsieur Strother a discuté avec M. Darc de l’exception prévue à l’al. 18.1(15)b). L’idée de M. Darc était de mettre sur pied une entreprise qui s’occuperait à la fois d’abris fiscaux et de crédits d’impôt, subordonnant les abris aux crédits (afin d’assurer que l’entreprise ne contrevienne pas à la règle générale anti-évitement de la *LIR*). Selon le plan de M. Darc, les honoraires du studio ne seraient pas conditionnels au succès du film, mais seraient plutôt fixés à 80,1 pour 100.

Monsieur Darc a réussi à présenter à M. Strother un plan suffisant pour le convaincre de rédiger une proposition de neuf pages qui a été soumise à Revenu Canada en mars 1998. Bien que le juge de première instance ait tenu pour avéré que, pendant toute l’année 1997 et même après avoir pris connaissance de la proposition de M. Darc, M. Strother croyait honnêtement qu’il n’était plus possible de recourir

worth a try, and far from holding that opinion as a disinterested lawyer, he agreed to volunteer his services without charge to attempt to obtain the ruling, in exchange for a personal benefit. Strother later told his partners that he had an “option” to acquire up to 50 percent of the common shares of a new company called Sentinel Hill Entertainment Corporation (“Sentinel” or “Sentinel Hill”), a shelf company owned by Darc, but in fact, on the evidence, he and Darc had agreed in January 1998 that Strother would receive 55 percent of the first \$2 million of profit should the tax ruling be granted and 50 percent thereafter. Out-of-pocket expenses for the ruling request were to be shared equally. Strother did not tell Monarch about the possibility of a revival in the film production services business at any time.

H. *Sentinel Obtains Advance Tax Ruling*

A favourable tax ruling was issued by Revenue Canada to Sentinel on October 6, 1998 based on the s. 18.1(15)(b) exception to the MER. A further ruling addressing studio concerns was issued in December 1998. Sentinel closed \$260 million in studio production transactions by year-end of 1998. Subsequently, Grosvenor Park and Alliance obtained their own rulings and were back in the film production services business by September 1999.

I. *Monarch Was a Continuing Client of Davis/Strother*

In 1998, Strother met with Monarch executives on January 15, 21, 27 and May 19, June 26, July 24, August 4 and (by chance) in mid-September. They testified that they asked Strother what business opportunities might be available to Monarch in the wake of the new tax rules. They said they relied on him to advise if there was a “way around”

à l’abri fiscal constitué des SPCAF, M. Strother était manifestement convaincu qu’il valait la peine d’essayer le plan de M. Darc et, loin d’être de cet avis à titre d’avocat désintéressé, il a accepté d’offrir gratuitement ses services pour tenter d’obtenir la décision en échange d’un avantage personnel. Monsieur Strother a ensuite dit à ses coassociés qu’il avait une « option » lui permettant d’acquérir jusqu’à la moitié des actions ordinaires d’une nouvelle société appelée Sentinel Hill Entertainment Corporation (« Sentinel » ou « Sentinel Hill »), société inactive appartenant à M. Darc, mais, en fait, la preuve indique qu’en janvier 1998 il avait convenu avec M. Darc qu’il recevrait 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits si la demande de décision en matière d’impôt était accueillie et la moitié par la suite. Les dépenses engagées pour la demande de décision seraient partagées également. Monsieur Strother n’a jamais parlé à Monarch de la possibilité d’une reprise des activités dans le domaine des services de production cinématographique.

H. *Sentinel obtient une décision anticipée en matière d’impôt*

Le 6 octobre 1998, Revenu Canada a rendu en faveur de Sentinel une décision en matière d’impôt fondée sur l’exception aux RDR prévue à l’al. 18.1(15)(b). Une autre décision portant sur les pré-occupations des studios a été rendue en décembre 1998. À la fin de 1998, Sentinel avait effectué des opérations de production en studio de 260 millions de dollars. Par la suite, Grosvenor Park et Alliance ont obtenu leurs propres décisions et ont repris leurs activités dans le domaine des services de production cinématographique dès septembre 1999.

I. *Monarch demeurait une cliente du cabinet Davis et de M. Strother*

En 1998, M. Strother a rencontré les cadres de Monarch les 15, 21 et 27 janvier, le 19 mai, le 26 juin, le 24 juillet et le 4 août et (par hasard) à la mi-septembre. Ceux-ci ont témoigné qu’ils avaient demandé à M. Strother quelles occasions d’affaires pourraient s’offrir à Monarch à la suite des nouvelles règles fiscales. Ils ont dit qu’ils comptaient

14

15

the MER that would allow them to resume their TAPSF business. Cheikes testified in cross-examination as follows:

Q. And I suggest, sir, that in fact that you did not — Monarch did not approach Strother and Davis to request Strother and Davis to develop a means to amend the structure. Isn't that correct, sir?

A. It's not correct. As I've said to you what happened is Monarch had a general agreement and understanding in their being represented by Davis & Company that that was a principal function of the law firm for us, is when there is a change of tax law to find a way around it. When the tax law was changed and we were told in 1996, November of '96, that there was no absolutely no way around it, we followed Strother's advice to lobby the government, try to get an exception, and try again to get grandfathering. But we were told, and we relied absolutely on his legal advice that there was absolutely no way to get around the rules. The general instruction though of our employment stayed in effect all the time. If there is a way, Strother, if you know it now, if you know it in the future, that's your job for us. Find a way to get around any changes of the law. It was first implicit, possibly not explicit at that point, but it was clearly the central part of the retention of Davis & Company and Rob Strother for our business. [Emphasis added.]

(Monarch's R.R., vol. 1, at p. 84)

In his evidence-in-chief, Strother testified:

A. And I think we had a general discussion, that I had very little recollection of, which I've, I guess come to be refreshed through the course of this litigation, and I think it was a, where-are-we-going-now meeting with Mr. Knutson where we talked

sur lui pour les informer s'il existait un « moyen de contourner » les RDR, qui leur permettrait de reprendre leurs activités dans le domaine des SPCAF. En contre-interrogatoire, M. Cheikes a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Et permettez-moi de penser, Monsieur, qu'en fait vous n'avez pas — Monarch ne s'est pas adressée à M. Strother et au cabinet Davis pour leur demander de trouver un moyen de modifier la structure. N'est-ce pas exact, Monsieur?

R. Non, ce n'est pas exact. Comme je vous l'ai dit, ce qui s'est passé c'est que Monarch avait conclu une entente générale selon laquelle elle était représentée par Davis & Company, que, pour nous, l'une des fonctions principales du cabinet d'avocats était de trouver un moyen de contourner la loi de l'impôt si elle était changée. Lorsque la loi de l'impôt a été changée et qu'on nous a dit en 1996, novembre 96, qu'il n'y avait absolument aucun moyen de la contourner, nous avons suivi le conseil de M. Strother de faire pression sur le gouvernement, d'essayer d'obtenir une exception et de tenter de nouveau de faire consacrer des droits acquis. Mais il nous a dit, et nous nous sommes entièrement fiés à son avis juridique, qu'il n'y avait aucun moyen de contourner les règles. Bien que notre emploi ait toujours tenu, les directives générales étaient, s'il existe un moyen, M. Strother, si vous le connaissez maintenant, si vous le trouvez dans le futur, c'est ce que vous devez faire pour nous. Trouvez une façon de contourner tout changement apporté à la loi. C'était implicite au début, probablement pas encore explicite à ce moment-là, mais c'était clairement la principale raison pour laquelle on a retenu les services de Davis & Company et de Rob Strother pour notre entreprise. [Je souligne.]

(d.i. Monarch, vol. 1, p. 84)

Lors de son témoignage en interrogatoire principal, M. Strother a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

R. Et je pense que nous avons eu une discussion générale, dont je conserve très peu de souvenirs, qui sont je suppose maintenant ranimés à cause du présent litige, et je pense qu'il y a eu une rencontre avec M. Knutson sur ce que nous ferions maintenant,

about some of the things that I said earlier that we sort of put on hold while he was getting closed and, and worrying about those issues. [Emphasis added.]

(Strother's A.R., at p. 94)

In his factum, Strother emphasizes the trial judge's conclusion that

Mr. Knutson and Mr. Cheikes were not consulting Mr. Strother for advice on the rules that had put an end to their tax shelter business or to explore whether there was any possibility of that business in some way being continued. They had no reason to do so and had no expectation of receiving any advice in that regard. [Emphasis deleted; para. 24.]

Throughout 1998 and into 1999, Davis continued to do some work for Monarch on outstanding matters relating to film production services transactions that had closed by the end of October 1997 as well as unrelated general corporate work. Through 1998 and into January 1999, Davis invoiced Monarch more than \$98,000 in legal fees.

J. Strother Makes Incomplete Disclosure to Davis of His Side-Deal With Darc

On August 4, 1998, Strother wrote a memorandum to the management committee of Davis about a possible conflict of interest with respect to acting simultaneously for Monarch and Sentinel/Darc. He said that Sentinel's prospects were highly speculative and uncertain. He stated that during *the late fall of 1997* he met with Darc several times to discuss the possibility of forming a company to carry out film production services transactions (although in examination for discovery, Strother claimed that the meetings did not occur until 1998). The memo referred, inaccurately, to Strother only having "an option to acquire up to 50% of the common shares" of Sentinel Hill (emphasis added). Strother also described a conversation with an official of the Law Society of British Columbia that resulted in

au cours de laquelle nous avons parlé de certaines des choses que, comme j'ai dit plus tôt, nous avions en quelque sorte mises en veilleuse, alors que son entreprise était en train de fermer et qu'il était préoccupé par ce genre de choses. [Je souligne.]

(d.a. M. Strother, p. 94)

Dans son mémoire, M. Strother insiste sur la conclusion suivante du juge de première instance :

[TRADUCTION] . . . MM. Knutson et Cheikes ne consultaient pas M. Strother pour obtenir un avis sur les règles qui avaient mis fin à leurs activités relatives aux abris fiscaux ni pour étudier la possibilité de poursuivre de quelque façon ces activités. Ils n'avaient aucune raison de le faire et ne s'attendaient pas à recevoir des conseils à cet égard. [Italiques dans l'original omis; par. 24]

Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet Davis a continué à travailler pour Monarch sur des questions en suspens concernant des opérations en matière de services de production cinématographique terminées à la fin d'octobre 1997, ainsi qu'à accomplir pour la société d'autres tâches générales. De 1998 à janvier 1999, le cabinet Davis a réclamé à Monarch des honoraires d'avocat de plus de 98 000 \$.

J. Monsieur Strother ne divulgue que partiellement au cabinet Davis son entente parallèle avec M. Darc

Le 4 août 1998, M. Strother a écrit une note de service au comité de gestion du cabinet Davis concernant un risque de conflit d'intérêts résultant du fait d'agir à la fois pour Monarch et pour Sentinel et M. Darc. Il a dit que les perspectives d'avenir de Sentinel étaient très hypothétiques et incertaines. Il a déclaré avoir rencontré M. Darc à plusieurs reprises, à *la fin de l'automne de 1997*, pour discuter de la possibilité de constituer une société qui effectuerait des opérations en matière de services de production cinématographique (bien qu'il ait affirmé, lors de l'interrogatoire préalable, qu'il n'y a pas eu de rencontre avant 1998). La note mentionnait, de façon inexacte, que M. Strother disposait uniquement [TRADUCTION] « d'une option d'achat d'au plus 50 % des actions ordinaires » de Sentinel Hill

16

17

Strother acknowledging that because of his financial interest in Sentinel he was “potentially in technical breach” of Chapter 7 of the Law Society’s *Professional Conduct Handbook* which provides:

1. Except as otherwise permitted by the *Handbook*, a lawyer shall not perform any legal services for a client in a matter in which:
 - (a) the lawyer has a direct or indirect financial interest, or
 - (b) anyone, including a relative, partner, employer, employee, business associate or friend of the lawyer, has a direct or indirect financial interest which would reasonably be expected to affect the lawyer’s professional judgement.
2. A lawyer shall not perform any legal services for a client with whom or in which the lawyer or anyone, including a relative, partner, employer, employee, business associate or friend of the lawyer, has a financial or membership interest which would reasonably be expected to affect the lawyer’s professional judgment.

The managing partner of Davis, Douglas Buchanan, told Strother that he would not be permitted to own any interest in Sentinel. Strother did not provide Buchanan with a copy of the January 30th Agreement.

K. Strother Quits Davis

18 Effective March 31, 1999, Strother resigned from Davis and in April joined Darc as a 50 percent shareholder in Sentinel. They hired Bradley Sherman as a consultant and sales coordinator. (Until 1997, Sherman had been the driving force behind Grosvenor Park.) Sherman and his associate, Kenneth Gordon, acquired equity positions in a new vehicle, Sentinel Hill Ventures Corporation, owned equally but indirectly by Strother, Darc, Sherman and Gordon. As a result of further affiliation, the promoters formed Sentinel Hill Alliance Atlantis Quicpac Limited Partnership (“SHAAELP”) that

(je souligne). Monsieur Strother a aussi décrit une conversation avec un représentant de la Law Society of British Columbia qui lui a permis d’apprendre que, en raison de son intérêt financier dans Sentinel, il [TRADUCTION] « pouvait y avoir violation technique » du chapitre 7 du *Professional Conduct Handbook* (Code de déontologie) de la Law Society, qui prévoit :

[TRADUCTION]

1. Sauf disposition contraire du code, l’avocat doit s’abstenir de fournir des services juridiques à un client à l’égard de questions dans lesquelles :
 - a) il a un intérêt financier direct ou indirect, ou
 - b) une autre personne, y compris un parent, partenaire, employeur, employé, associé ou ami, a directement ou indirectement un intérêt financier dont il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’il influe sur son jugement professionnel.
2. L’avocat doit s’abstenir de fournir des services juridiques à un client avec qui ou dans lequel lui-même ou une autre personne, y compris un parent, partenaire, employeur, employé, associé ou ami, a un intérêt financier ou un intérêt en tant que membre dont il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’il influe sur son jugement professionnel.

L’associé directeur général du cabinet Davis, Douglas Buchanan, a informé M. Strother qu’il ne serait pas autorisé à détenir quelque participation que ce soit dans Sentinel. Monsieur Strother n’a remis à M. Buchanan aucune copie de l’entente du 30 janvier.

K. Monsieur Strother quitte le cabinet Davis

Le 31 mars 1999, M. Strother a démissionné de son poste dans le cabinet Davis. En avril, il s’est joint à M. Darc en tant que titulaire de la moitié des actions de Sentinel. Les deux hommes ont embauché Bradley Sherman comme consultant et coordonnateur des ventes. (Jusqu’en 1997, M. Sherman avait été l’âme dirigeante de Grosvenor Park.) Monsieur Sherman et son associé, Kenneth Gordon, ont acquis des participations dans un nouvel instrument, Sentinel Hill Ventures Corporation, qui appartenait à parts égales mais indirectement à MM. Strother, Darc, Sherman et Gordon. À la suite d’une

became the primary entity promoting the Sentinel Hill-Alliance business throughout 2000 and 2001.

By the time Parliament finally ended the late-blooming film production services transactions through further amendments to the *ITA* in September 2001, Sentinel and related enterprises had closed transactions exceeding \$4 billion with profits approaching \$130 million. Darc and Strother had together realized total profits in excess of \$64 million. Davis acted for the SHAAELP throughout and received fees exceeding \$9 million.

L. *Monarch Severs Relations With Davis*

Monarch learned of Sentinel's tax ruling through word of mouth some four months after the ruling was granted. Neither Strother nor anyone else at Davis had mentioned it. Monarch, feeling betrayed, promptly severed its relationship with Davis and threatened legal action against Strother and Darc. Monarch never reentered the film production services although it took preliminary steps in that regard with the assistance of another law firm. These efforts were discontinued in mid-2001 when Monarch learned that the government was planning further amendments to the *ITA* to end such shelters for good, which Parliament did as of the end of 2001.

II. Issues

On these facts, the following issues emerge:

1. Did Strother and/or Davis breach a fiduciary duty owed to Monarch by accepting Darc/Sentinel as a new client?

autre affiliation, les promoteurs ont créé Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership (« SHAAELP ») qui est devenue l'entité principale faisant la promotion des activités commerciales de Sentinel Hill-Alliance en 2000 et 2001.

Lorsque le Parlement a finalement mis fin aux opérations tardives en matière de services de production cinématographique en apportant des modifications supplémentaires à la *LIR* en septembre 2001, Sentinel et ses entreprises connexes avaient effectué des opérations de plus de quatre milliards de dollars qui avaient généré des profits de près de 130 millions de dollars. Messieurs Darc et Strother avaient réalisé ensemble des profits totalisant plus de 64 millions de dollars. Le cabinet Davis a agi pour le compte de SHAAELP pendant tout ce temps et a touché des honoraires de plus de neuf millions de dollars.

L. *Monarch met fin à sa relation avec le cabinet Davis*

Monarch a entendu parler de la décision fiscale obtenue par Sentinel environ quatre mois après qu'elle eut été rendue. Ni M. Strother ni personne d'autre du cabinet Davis n'en avait fait mention. Se sentant trahie, Monarch a immédiatement mis fin à sa relation avec le cabinet Davis et a menacé d'intenter une action contre MM. Strother et Darc. Monarch n'a jamais repris ses activités dans le domaine des services de production cinématographique bien qu'elle ait fait des démarches préliminaires à cet égard avec l'aide d'un autre cabinet d'avocats. Elle a cessé ces démarches au milieu de 2001 lorsqu'elle a appris que le gouvernement comptait apporter d'autres modifications à la *LIR* pour éliminer définitivement ces abris, ce que le Parlement a fait à la fin de 2001.

II. Questions

À la lumière de ces faits, les questions suivantes se posent :

1. Monsieur Strother ou le cabinet Davis, ou les deux à la fois, ont-ils manqué à une obligation fiduciaire envers Monarch en acceptant M. Darc/Sentinel comme nouveau client?

19

20

21

- | | |
|--|---|
| <p>2. Did Strother breach a fiduciary duty to Monarch by accepting a personal financial interest in Sentinel, and if so, is Davis also liable for that breach?</p> <p>3. Did Strother wrongly use for his own and/or Sentinel's benefit confidential information belonging to Monarch?</p> <p>4. If one or more of the above issues are resolved in favour of Monarch, what remedies lie against Strother and/or Davis and the various entities who profited by the default, if any, from 1998 to the present?</p> | <p>2. Monsieur Strother a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers Monarch en acceptant d'avoir un intérêt financier personnel dans Sentinel et, dans l'affirmative, le cabinet Davis est-il responsable de ce manquement?</p> <p>3. Monsieur Strother a-t-il erronément utilisé pour son propre bénéfice ou celui de Sentinel des renseignements confidentiels appartenant à Monarch?</p> <p>4. Si l'une ou plus d'une des questions qui précèdent est tranchée en faveur de Monarch, quels recours peuvent être exercés contre M. Strother ou le cabinet Davis, ou contre les deux à la fois, et les diverses entités qui, le cas échéant, ont profité du manquement depuis 1998?</p> |
|--|---|

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179

22 Lowry J. dismissed Monarch's claim. While the relationship between Monarch and Strother was fiduciary in nature, Strother's duty to advise was governed by the terms of the retainer, express or implied. He was only obliged to act in Monarch's best interests in relation to the advice he was retained to give.

23 Lowry J. noted that the scope of the Davis retainer under the 1996-97 agreement was sufficiently broad to require Strother to stay apprised, and keep Monarch apprised, of all legal developments which he recognized would affect Monarch's ability to continue to promote TAPSF investments. He found that Strother's advice to Monarch, that he had no technical fix and that, even if he could devise one, he did not consider that any advance tax ruling could be obtained, was the view he in fact held throughout 1997. Strother's pessimistic view was consistent with that held by Monarch's competitors and their tax advisers. Lowry J. concluded that in 1997 Strother gave Monarch all of the advice concerning the MER and their impact on its business that was required within the scope of the Davis 1997 retainer. He also concluded, however, that in

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179

Le juge Lowry a rejeté l'action de Monarch. Bien que la relation entre Monarch et M. Strother ait été de nature fiduciaire, le devoir de conseil de M. Strother était régi par les conditions expresses ou implicites du mandat. L'avocat était seulement tenu d'agir dans l'intérêt de Monarch à l'égard des conseils pour lesquels on avait retenu ses services.

Le juge Lowry a fait remarquer que la portée du mandat du cabinet Davis selon l'entente de 1996-1997 était suffisamment large pour obliger M. Strother à rester informé et à garder Monarch informée de toute évolution de la loi qui, selon lui, aurait une incidence sur la capacité de Monarch de continuer à faire la promotion d'investissements dans les SPCAF. Il a conclu que l'avis que M. Strother a donné à Monarch, selon lequel il n'avait pas de solution technique à proposer et que, même s'il pouvait en trouver une, il n'estimait pas pouvoir obtenir une décision anticipée en matière d'impôt, reflétait effectivement l'opinion qu'il a eue pendant toute l'année 1997. Le point de vue pessimiste de M. Strother concordait avec celui des concurrents de Monarch et de leurs conseillers fiscaux. Le juge Lowry a conclu qu'en 1997 M. Strother avait

“the latter part of 1997”, when “those at Monarch looked to Mr. Strother for ideas on what, if anything, they could do . . . Strother suggested some alternative tax-assisted business opportunities that could be explored. A decision was taken to defer consideration” until 1998 (para. 96).

The Davis retainer in 1998 was decidedly different from what it had been in 1997. There was no continuing contractual requirement for Davis to act exclusively for Monarch. Lowry J. held that after 1997, Strother was not obliged to provide any advice to Monarch that was not specifically sought and that he agreed to give. Strother was not, on any account, required to disclose information of a competitive nature pertaining to the basis of the Sentinel Hill advance tax ruling request. Strother was free to be consulted by Darc in January 1998, and Davis was free to act for Sentinel thereafter.

Lowry J. observed that solicitors do not generally carry an ongoing obligation to alter advice given under a concluded retainer because of a subsequent change of circumstances provided the advice, when given, was correct. Lowry J. concluded that, in 1998, there was no advice Strother was required to give Monarch about how the s. 18.1(15)(b) exception might be used in a film production services scheme. Moreover, neither Darc nor Strother breached any confidences owed to Monarch. Monarch had not established that its financing structure was held in confidence. With respect to transaction documentation, Lowry J. held that solicitors are entitled to use documentation they have prepared in the course of an earlier retainer providing that by their doing so information is not disclosed which remains confidential to the client for whom the documentation was initially prepared. Lowry J. did not consider that Monarch

donné à Monarch tous les conseils concernant les RDR et leurs conséquences sur les activités de la société qu’il était requis de donner aux termes du mandat du cabinet Davis en 1997. Toutefois, il a aussi conclu qu’à [TRADUCTION] « la fin de 1997 », lorsque « les gens de Monarch se sont adressés à M. Strother pour obtenir des idées sur ce qu’ils pourraient, le cas échéant, faire [. . .] [M.] Strother a indiqué que d’autres occasions d’affaires donnant droit à une aide fiscale pouvaient être examinées. On a pris la décision d’attendre à [1998] pour faire cet examen » (par. 96).

En 1998, le mandat du cabinet Davis était nettement différent de celui de 1997. Le cabinet Davis n’avait plus d’obligation contractuelle d’agir exclusivement pour le compte de Monarch. Le juge Lowry a conclu qu’après 1997 M. Strother devait donner des conseils à Monarch uniquement si celle-ci les sollicitait expressément et s’il acceptait de les lui donner. Monsieur Strother n’était, en aucun cas, tenu de divulguer des renseignements de nature concurrentielle au sujet du fondement de la demande de décision anticipée en matière d’impôt présentée par Sentinel Hill. Monsieur Strother pouvait être consulté par M. Darc en janvier 1998, et le cabinet Davis était libre d’agir par la suite pour le compte de Sentinel.

Le juge Lowry a fait remarquer que les avocats ne demeurent généralement pas tenus de modifier, à la suite d’un changement de circonstances, l’avis qu’ils ont donné dans le cadre d’un mandat terminé, pourvu que cet avis ait été juste au moment où il a été donné. Le juge Lowry a conclu qu’en 1998 M. Strother n’était pas tenu de conseiller Monarch sur la façon dont l’exception prévue à l’al. 18.1(15)(b) pourrait être utilisée dans un régime de services de production cinématographique. De plus, ni M. Darc ni M. Strother n’a manqué à son devoir de confidentialité envers Monarch. Cette dernière n’avait pas établi que sa structure financière était confidentielle. En ce qui concerne la documentation relative aux opérations, le juge Lowry a décidé que les avocats ont le droit d’utiliser la documentation qu’ils ont préparée dans le cadre d’un mandat antérieur pourvu que, ce faisant, ils ne divulguent pas des renseignements qui sont gardés confidentiellement

24

25

had made out a case for a return of the fees paid to Davis.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury, Hall and Oppal JJ.A.)* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35 (“BCCA #1”)

26 The appeal was allowed in part.

27 The court concluded that the duty of loyalty was breached by Strother in this case, and that even accepting the facts found by the trial judge, the dismissal of Monarch’s claims against him could not stand. Strother was in a position of conflict in two senses — a conflict of duty between two current clients, Monarch and Sentinel, and a conflict of interest between Strother himself and Monarch, his client through 1998.

28 Newbury J.A. noted that although the term of the exclusivity/fee agreement had expired at the end of 1997, the solicitor-client relationship between Monarch and Davis continued, without the negotiation of a new written agreement. The relationship now took the form more usual between corporate clients and law firms: Monarch consulted as necessary on various matters from time to time and Strother provided advice, or seconded other lawyers to do so according to their expertise, and billed on the basis of the firm’s usual hourly rates.

29 When Monarch asked “what could be done”, it was entitled to an honest and complete answer, whether or not Strother had a file open for another client for continuing TAPSF work. The fact that Monarch did not ask about s. 18.1(15)(b) specifically, or seek repeated confirmations that Strother had not yet become aware of the possibility of a “technical fix”, was not conclusive of his duty to respond candidly.

par le client pour lequel ils l’ont initialement préparée. Le juge Lowry n’a pas estimé que Monarch avait établi qu’elle avait droit au remboursement des honoraires versés au cabinet Davis.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Hall et Oppal)* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35 (« C.A.C.-B. n^o 1 »)

L’appel a été accueilli en partie.

La cour a conclu que M. Strother avait manqué à son devoir de loyauté en l’espèce et que, même si on retenait les conclusions de fait tirées par le juge de première instance, le rejet des demandes de Monarch visant l’avocat ne pouvait être maintenu. Monsieur Strother était de deux manières en situation de conflit — conflit de devoirs envers deux de ces clientes, Monarch et Sentinel, et conflit d’intérêts entre lui-même et Monarch, qui a été sa cliente jusqu’en 1998 inclusivement.

La juge Newbury a souligné que, même si l’entente concernant l’exclusivité et les honoraires était expirée à la fin de 1997, la relation avocat-client liant Monarch et le cabinet Davis se poursuivait, en l’absence de négociation d’une nouvelle entente écrite. La relation prenait désormais la forme plus courante qui existe entre une société cliente et un cabinet d’avocats : Monarch consultait au besoin sur diverses questions et M. Strother donnait des conseils, ou aidait des collègues à le faire selon leur expertise, et facturait ses services selon le tarif horaire habituel du cabinet.

Quand Monarch a demandé [TRADUCTION] « ce qui pourrait être fait », elle avait droit à une réponse honnête et complète, peu importe que M. Strother ait également travaillé pour un autre client relativement à des activités de SPCAF. Le fait que Monarch n’ait pas expressément posé de questions au sujet de l’al. 18.1(15)(b) ou n’ait pas tenté à maintes reprises de se faire confirmer que M. Strother n’avait pas encore pris connaissance de la possibilité d’apporter une « solution technique » n’a pas eu pour effet de libérer celui-ci de son obligation de répondre avec franchise.

In Newbury J.A.'s view, the trial judge also erred in law in concluding that Strother was under no obligation to advise Monarch of the possibility that TAPSF syndication would be revived or that Monarch should seek advice elsewhere. As soon as Strother and Darc entered into their agreement in January 1998, Strother was in a position of personal conflict — whether or not his entitlement to a “profit” or “equity” participation was immediate or contingent on obtaining a ruling. It was in his personal interest to ensure that Monarch remained ignorant of what he knew — that a “technical fix” based on s. 18.1(15)(b) was a possibility.

Newbury J.A. concluded, “[a]fter much anxious consideration”, that Strother was “required to account for and disgorge to Monarch all benefits, profits, interests and advantages he ha[d] received or which he [might] hereafter be entitled to receive, directly or indirectly . . . from or through any of the Sentinel Hill Entities” (para. 61). She directed a reference for this purpose. She further declared Strother, the Sentinel Hill entities and other defendants owned or controlled by him to be constructive trustees in favour of Monarch in respect of the profits, interests and benefits in question. No direct liability on the Sentinel Hill entities was warranted beyond the accounting already ordered.

C. *Supplementary Decision (Newbury, Hall and Levine J.J.A.)* (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 2005 BCCA 385 (“BCCA #2”)

As to the vicarious liability of Davis, Newbury J.A. stated that equity would not generally order an accounting or disgorgement by an innocent person who had not received any of the profits resulting from the wrong. In the result, she dismissed Monarch's claim that Davis be required, jointly and severally with Strother, to account for the profits and benefits received or receivable by Strother from Sentinel Hill. However, she held that different considerations applied to Monarch's claim that Davis disgorge the profits *it* earned in the form of legal fees as a result of acting for Sentinel Hill in

Selon la juge Newbury, le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en concluant que M. Strother n'avait aucune obligation d'informer Monarch de la possibilité de reprendre la consortialisation relative aux SPCAF ou de demander conseil ailleurs. Dès que MM. Strother et Darc eurent conclu leur entente en janvier 1998, M. Strother était en situation de conflit personnel — peu importe que son droit aux « profits » ou aux « actions » ait été instantané ou conditionnel à l'obtention d'une décision. Il était dans son intérêt personnel de s'assurer que Monarch continue d'ignorer ce qu'il savait, c'est-à-dire qu'une « solution technique » fondée sur l'al. 18.1(15)(b) était possible.

La juge Newbury a conclu, [TRADUCTION] « [a]près mûre réflexion », que M. Strother était « tenu de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices, profits, intérêts et avantages qu'il a[vait] reçus ou qu'il pourra[it] dorénavant avoir le droit de recevoir, directement ou indirectement [. . .], des entités Sentinel Hill ou par l'intermédiaire de celles-ci, et de les lui restituer » (par. 61). Elle a ordonné un renvoi en ce sens. Elle a de plus déclaré M. Strother, les entités Sentinel Hill et d'autres défenderesses qui lui appartenaient ou qu'il contrôlait fiduciaires par interprétation en faveur de Monarch à l'égard des profits, intérêts et bénéfices en cause. Outre la reddition de compte déjà ordonnée, il ne convenait pas d'imputer une responsabilité directe aux entités Sentinel Hill.

C. *Décision supplémentaire (les juges Newbury, Hall et Levine)* (2005), 44 B.C.L.R. (4th) 275, 2005 BCCA 385 (« C.A.C.-B. n^o 2 »)

En ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui du cabinet Davis, la juge Newbury a affirmé qu'en général l'équité ne requiert pas qu'on ordonne une reddition de compte ou une restitution par une personne innocente qui n'a tiré aucun profit de l'acte fautif. En définitive, elle a rejeté la demande de Monarch visant à obliger le cabinet Davis à rendre compte, conjointement et solidairement avec M. Strother, des profits et bénéfices que ce dernier a reçus ou doit recevoir de Sentinel Hill. Elle a toutefois jugé que des considérations différentes s'appliquaient à la demande de Monarch

30

31

32

conflict with its duty to its original client, Monarch. Although it did not appear that the partners of the firm were aware of the advice Strother was giving, liability was imposed on the basis of vicarious liability. Accordingly, Newbury J.A. ordered that the law firm account for and disgorge the profits it earned from acting for Sentinel Hill in breach of its duty to Monarch from and after January 1, 1998.

33 The Court of Appeal dismissed Monarch's appeal from the trial judge's rejection of its claim that the fees (some \$5,600,000) it had paid to Davis between 1993 and 1999 should be returned to it. However, the court ordered that Davis return to Monarch all fees (not including disbursements) paid by Monarch from January 1, 1998 onwards.

IV. Analysis

34 When a lawyer is retained by a client, the scope of the retainer is governed by contract. It is for the parties to determine how many, or how few, services the lawyer is to perform, and other contractual terms of the engagement. The solicitor-client relationship thus created is, however, overlaid with certain fiduciary responsibilities, which are imposed as a matter of law. The Davis factum puts it well:

The source of the duty is not the retainer itself, but all the circumstances (including the retainer) creating a relationship of trust and confidence from which flow obligations of loyalty and transparency. [para. 95]

Not every breach of the contract of retainer is a breach of a fiduciary duty. On the other hand, fiduciary duties provide a framework within which the lawyer performs the work and may include obligations that go beyond what the parties expressly bargained for. The foundation of this branch of the law

visant à obliger le cabinet Davis à restituer les profits sous forme d'honoraires d'avocat qu'il a réalisés en fournissant à Sentinel Hill des services incompatibles avec l'obligation qu'il avait envers sa cliente initiale, Monarch. Bien qu'il ne se soit pas avéré que les associés du cabinet étaient au courant du conseil que donnait M. Strother, ils ont été jugés responsables du fait d'autrui. Par conséquent, la juge Newbury a ordonné que le cabinet d'avocats rende compte des profits qu'il avait réalisés à partir du 1^{er} janvier 1998 en agissant pour le compte de Sentinel Hill contrairement à son obligation envers Monarch, et qu'il restitue ces profits.

La Cour d'appel a rejeté l'appel que Monarch a interjeté contre le rejet par le juge de première instance de sa demande de remboursement des honoraires (quelque 5,6 millions de dollars) qu'elle a versés au cabinet Davis entre 1993 et 1999. La cour a cependant ordonné que le cabinet Davis rembourse à Monarch tous les honoraires (excluant les débours) que celle-ci lui a versés depuis le 1^{er} janvier 1998.

IV. Analyse

Lorsqu'un client retient les services d'un avocat, la portée du mandat de l'avocat est déterminée par contrat. Il appartient aux parties de déterminer le nombre, petit ou grand, des services que l'avocat devra fournir, ainsi que les autres conditions du contrat. La relation avocat-client ainsi créée est cependant assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit. Le mémoire du cabinet Davis le précise avec justesse :

[TRADUCTION] La source de l'obligation est non pas le mandat lui-même, mais toutes les circonstances (y compris le mandat) qui créent un rapport de confiance dont découlent des devoirs de loyauté et de transparence. [par. 95]

Les violations du mandat ne constituent pas toutes un manquement à une obligation fiduciaire. Par contre, les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément

is the need to protect the integrity of the administration of justice: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at pp. 1243 and 1265. “[I]t is of high public importance that public confidence in that integrity be maintained”: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70, at para. 12.

Fiduciary responsibilities include the duty of loyalty, of which an element is the avoidance of conflicts of interest, as set out in the jurisprudence and reflected in the *Rules of Practice of The Law Society of British Columbia*. As the late Hon. Michel Proulx and David Layton state, “[t]he leitmotif of conflict of interest is the broader duty of loyalty”: *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at p. 287.

In recent years as law firms have grown in size and shrunk in numbers, the courts have increasingly been required to deal with claims by clients arising out of alleged conflicts of interest on the part of their lawyers. Occasionally, a law firm is caught innocently in crossfire between two or more clients. Sometimes the claim of conflict is asserted for purely tactical reasons, an objectionable practice criticized in *Neil* at paras. 14-15, and a factor to be taken into account by a court in determining what relief if any is to be accorded: *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22. Sometimes, however, the dilemma is of the lawyer’s own making. Here the firm’s position was compromised by the personal conflict of a lawyer (Strother) who, contrary to the instructions of Davis’s managing partner, contracted for a personal financial interest in one client (Sentinel) whose interest he then preferred over another client (Monarch) who now sues for compensation. In that regard, Monarch relies upon the well-known proposition endorsed by Professors Waters that:

négocié. Ce domaine du droit repose sur la nécessité de maintenir l’intégrité de l’administration de la justice : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1243 et 1265. « [I] est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité » : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70, par. 12.

Les responsabilités fiduciaires incluent le devoir de loyauté — comportant l’obligation d’éviter les conflits d’intérêts — qui est énoncé dans la jurisprudence et qui ressort des *Rules of Practice of The Law Society of British Columbia*. Comme feu le juge Michel Proulx et David Layton l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [I]e leitmotiv en matière de conflit d’intérêts est le devoir général de loyauté » : *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 287.

En raison de l’augmentation de la taille des cabinets d’avocats et de la diminution de leur nombre, les cours ont de plus en plus été appelées, au cours des dernières années, à examiner les demandes de clients qui alléguaient que leurs avocats étaient en situation de conflit d’intérêts. Il arrive qu’un cabinet d’avocats soit la victime innocente d’un feu croisé entre deux ou plusieurs clients. L’allégation de conflit est parfois fondée sur des raisons purement stratégiques, pratique condamnable critiquée dans l’arrêt *Neil*, aux par. 14-15, et facteur qu’une cour doit prendre en considération pour déterminer quelle réparation, s’il y a lieu, doit être accordée : *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.* (2006), 278 Sask. R. 171, 2006 SKQB 101; *Dobbin c. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22. Cependant, il arrive que ce soit l’avocat lui-même qui crée le dilemme. En l’espèce, la situation du cabinet était compromise par le conflit personnel d’un avocat (M. Strother) qui, contrairement aux directives de l’associé directeur général du cabinet Davis, avait conclu un contrat lui conférant un intérêt financier personnel dans l’un de ses clients (Sentinel), dont il a privilégié les intérêts au détriment de ceux d’un autre client (Monarch) qui intente maintenant une action en indemnisation. Monarch invoque à cet égard l’affirmation bien connue entérinée par le professeur Waters, selon laquelle

35

36

The other (the beneficiary) is entitled to expect that the fiduciary will be concerned solely for the beneficiary's interests, never the fiduciary's own.

(D. W. M. Waters, "The Development of Fiduciary Obligations", in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 81, at p. 83)

See, in particular, *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. The point was restated in the context of lawyers in *Neil*, at para. 24: "Loyalty includes putting the client's business ahead of the lawyer's business." It was on this basis that Monarch succeeded in the British Columbia Court of Appeal.

37

Robert Strother appeals to this Court. In his view, he breached no fiduciary duty to Monarch. His position is that once the "exclusivity" arrangement terminated at the end of 1997, he and Davis were free to take on new clients seeking to exploit what was left of the tax-assisted film production services market. He protests that the judgment of the Court of Appeal leaves the reader with the impression that he was "watching the clock" in order to begin working with Darc and Sentinel the moment the Monarch exclusivity provision expired (Strother factum, at para. 25). I do not think the Court of Appeal subscribed to such a conspiracy theory. Their focus was on the 1998 retainer, which is where the focus should be. As Strother sees it, he was under no duty in 1998 (unless specifically asked) to correct the advice he had given to Monarch in 1997 (which he believed to be correct at the time it was given) that he had "no fix" to the government measures designed to terminate film production services tax shelters. As 1997 ended and 1998 began, a page was turned and, in his view, neither Davis as a firm nor Strother as a partner of the firm owed any fiduciary duty to Monarch that could give rise to liability to Monarch.

[TRANSLATION] [l']autre personne (le bénéficiaire) a le droit de s'attendre à ce que le fiduciaire ne se préoccupe que de ses intérêts à elle, jamais de ses intérêts à lui.

(D. W. M. Waters, « The Development of Fiduciary Obligations », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 81, p. 83)

Voir notamment l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. Cette idée a été reprise au sujet des avocats dans l'arrêt *Neil*, par. 24 : « La loyauté signifie notamment que l'avocat place les affaires de son client au premier rang, en priorité sur ses propres affaires. » C'est pour cette raison que Monarch a eu gain de cause devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Robert Strother se pourvoit devant notre Cour. Il estime n'avoir manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch. Il soutient que, dès que l'entente d'« exclusivité » a expiré à la fin de 1997, le cabinet Davis et lui étaient libres de prendre de nouveaux clients qui cherchaient à exploiter ce qu'il restait du marché des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Il fait valoir que le jugement de la Cour d'appel donne au lecteur l'impression qu'il [TRANSLATION] « attendait que le temps passe » pour commencer à travailler avec M. Darc et Sentinel dès que la clause d'exclusivité en faveur de Monarch serait expirée (mémoire de M. Strother, par. 25). Je ne crois pas que la Cour d'appel ait souscrit à cette théorie du complot. Elle a mis l'accent, comme cela devrait être fait, sur le mandat de 1998. Monsieur Strother estime qu'en 1998 il n'était pas tenu (à moins qu'on lui en fasse expressément la demande) de rectifier l'avis donné à Monarch en 1997 (qu'il croyait être juste au moment où il l'a donné), selon lequel il n'avait « pas de solution » pour contrer les mesures gouvernementales destinées à mettre fin aux abris fiscaux concernant les services de production cinématographique. La page avait tourné au moment où l'année 1997 avait pris fin et où l'année 1998 avait commencé, et M. Strother estimait que ni Davis, en tant que cabinet, ni lui-même, en tant qu'associé du cabinet, n'avait envers Monarch une obligation fiduciaire susceptible d'engager une responsabilité envers cette dernière.

Davis, for its part, joins in the grounds of appeal urged by Strother but in addition distances itself from the consequences of Strother's personal financial involvement with Darc and Sentinel, which its managing partner had expressly prohibited in August 1998.

A. *The Scope of the 1998 Retainer*

A critical issue in this case is the scope of Monarch's contractual retainer with Davis in 1998. Davis acknowledges "that a solicitor's duty of single-minded loyalty to his client's interest had its roots in the fiduciary nature of the solicitor-client relationship but that duty '... may have to be moulded and informed by the terms of the contractual relationship'" (Davis factum, at para. 80, citing *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.)). At para. 30 of the *Hilton* case, Lord Walker elaborated:

On this issue of liability both sides have been content for the case to be dealt with as a claim for breach of contract. However, the content of BBE's contractual duty, so far as relevant to this case, has roots in the parties' relationship of trust and confidence.

Here, too, the claim arises out of "the parties' relationship of trust and confidence" but the case is pleaded as a breach of the fiduciary duty of loyalty rather than breach of contract. The critical findings of fact of the trial judge as to the scope of the retainer include the following:

In 1998, Mr. Strother's contact with Monarch was quite limited but, arising out of suggestions he made during 1997 regarding the possibility of exploring alternative tax-assisted business opportunities, he was consulted to some extent by Mr. Knutson and Mr. Cheikes.

During the latter part of 1997, those at Monarch looked to Mr. Strother for ideas on what, if anything,

Pour sa part, le cabinet Davis souscrit aux moyens d'appel invoqués par M. Strother, mais prend ses distances à l'égard des conséquences des liens financiers personnels de M. Strother avec M. Darc et Sentinel, liens que son associé directeur général lui avait expressément interdit d'avoir en août 1998.

A. *La portée du mandat de 1998*

La portée du mandat que Monarch a confié au cabinet Davis en 1998 est cruciale en l'espèce. Le cabinet Davis reconnaît [TRADUCTION] « que le devoir de loyauté indéfectible de l'avocat envers son client résultait de la nature fiduciaire de la relation avocat-client, mais que ce devoir "[...] peut devoir être façonné par les conditions de la relation contractuelle" » (mémoire du cabinet Davis, par. 80, citant l'arrêt *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.)). Au paragraphe 30 de l'arrêt *Hilton*, lord Walker a précisé sa pensée :

[TRADUCTION] Quant à cette question de la responsabilité, les deux parties ont accepté que l'affaire soit traitée comme une action pour inexécution de contrat. Cependant, le contenu de l'obligation contractuelle de BBE, dans la mesure où il est pertinent en l'espèce, tient au rapport de confiance entre les parties.

Dans le cas qui nous occupe, la demande résulte aussi du « rapport de confiance entre les parties », mais l'affaire est plaidée comme un manquement au devoir fiduciaire de loyauté plutôt que comme une inexécution de contrat. Les conclusions de fait cruciales que le juge de première instance a tirées au sujet de la portée du mandat sont notamment les suivantes :

[TRADUCTION] En 1998, les échanges entre M. Strother et Monarch ont été très limités mais, à la suite des suggestions qu'il avait faites en 1997 au sujet de la possibilité d'examiner s'il existait d'autres occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale, il a été consulté dans une certaine mesure par MM. Knutson et Cheikes.

À la fin de 1997, les gens de Monarch se sont adressés à M. Strother pour obtenir des idées sur ce qu'ils

38

39

40

they could do with Monarch's resources in light of the fact that tax-sheltered financing and their production services investment business was ended. Mr. Strother suggested some alternative tax-assisted business opportunities that could be explored. A decision was taken [by Mr. Strother] to defer consideration to the new year and that led to Mr. Knutson, and then later Mr. Cheikes, consulting Mr. Strother in 1998. [Emphasis added; paras. 32 and 96.]

Where a retainer has not been reduced to writing (as was the case with the 1998 retainer here) and no exclusions are agreed upon, as here, the scope of the retainer may be unclear. The court should not in such a case strain to resolve the ambiguities in favour of the lawyer over the client. The subject matter of the retainer here was, as it had been for years, "tax-assisted business opportunities". It was not to sell an office building, draft an informatics contract or perform other legal services unrelated to the subject matter of the earlier advice. The trial judge exonerated Strother by placing the emphasis on Monarch's interest in "alternative" tax opportunities, but of course Monarch only considered "alternative" tax opportunities because Strother had given categorical advice that the tax-assisted film production services business in which Strother had profitably been advising Monarch since 1993 was unequivocally dead.

pourraient, le cas échéant, faire des ressources de l'entreprise compte tenu du fait qu'elle avait mis fin à ses activités de financement exonéré d'impôt et d'investissement dans des services de production. Monsieur Strother a indiqué que d'autres occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale pouvaient être examinées. [Monsieur Strother] a pris la décision d'attendre à la nouvelle année pour faire cet examen, et c'est ce qui a amené M. Knutson, puis M. Cheikes, à consulter M. Strother en 1998. [Je souligne; par. 32 et 96.]

Lorsqu'un mandat n'est pas consigné par écrit (comme c'est le cas du mandat de 1998 en l'espèce) et qu'aucune exclusion n'est convenue, comme c'est le cas en l'espèce, la portée du mandat peut être ambiguë. Dans une telle situation, la cour ne devrait pas s'efforcer de dissiper les ambiguïtés d'une manière favorable à l'avocat, au détriment du client. Dans la présente affaire, le mandat consistait, comme c'était le cas depuis des années, à trouver des « occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale ». Il ne consistait pas à vendre un immeuble de bureaux, à rédiger un contrat d'informatique ou à fournir d'autres services juridiques n'ayant aucun rapport avec le conseil donné antérieurement. Le juge de première instance a innocenté M. Strother en mettant l'accent sur l'intérêt de Monarch dans « d'autres » occasions d'affaires, mais il est évident que Monarch n'a envisagé « d'autres » occasions d'affaires que parce que M. Strother avait exprimé l'avis catégorique que le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale, dans lequel il donnait des conseils lucratifs à Monarch depuis 1993, était clairement au point mort.

41

I believe, as did the Court of Appeal, that the trial judge erred in drawing so narrowly the *legal* effect of his *factual* finding that the retainer dealt with tax-assisted business opportunities, alternative or otherwise. (In fact Strother's position is that what he pursued on behalf of Sentinel in 1998 *was* an alternative tax-assisted business opportunity and not the same TAPSF scheme as he had pronounced dead in 1997.) Monarch was a major Davis client of long standing. It had been Strother's biggest source of billings for years. It was in the business of marketing tax schemes whose success turned on Strother's expertise in finding a "way [to

À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur en décrivant de manière si restrictive l'effet *juridique* de sa conclusion *factuelle* que le mandat portait sur des occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale, qu'il s'agisse ou non d'autres occasions d'affaires. (En fait, M. Strother estime que ce qu'il cherchait pour le compte de Sentinel en 1998 *était* une autre occasion d'affaires donnant droit à une aide fiscale et non le même mécanisme de SPCAF qu'il avait qualifié de chose du passé en 1997.) Monarch était depuis longtemps une cliente importante du cabinet Davis. Elle était, depuis des années, la

get] around the rules” (to borrow a phrase from Cheikes (BCCA #1, at para. 14). Strother’s factum emphasizes nice distinctions between tax credits, tax shelters and so on (para. 24) but I do not think this oral retainer can or ought to be parsed so closely.

Nor can I agree with the Chief Justice when she characterizes the legal obligation arising out of the 1998 retainer as follows:

Only if Monarch had specifically asked Strother for advice on new film tax-shelter opportunities and Strother had agreed to give that advice, could Strother have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel Hill. [para. 145]

Monarch’s tax business was in a jam. Strother was still its tax lawyer. There was a continuing “relationship of trust and confidence”. Monarch was dealing with professional advisors, not used car salesmen or pawnbrokers whom the public may expect to operate on the basis of “didn’t ask, didn’t tell”, and who collectively suffer a corresponding deficit in trust and confidence. Therein lies one of the differences between a profession and some businesses.

In my view, subject to confidentiality considerations for other clients, if Strother knew there was still a way to continue to syndicate U.S. studio film production expenses to Canadian investors on a tax-efficient basis, the 1998 retainer entitled Monarch to be told that Strother’s previous negative advice was now subject to reconsideration.

It is this contractual duty that came into conflict with Strother’s personal financial interest when he took a major stake in Sentinel which was, as

principale cliente de M. Strother. L’entreprise se spécialisait dans la commercialisation de mécanismes fiscaux dont le succès dépendait de l’expertise de M. Strother en matière de moyens de [TRADUCTION] « contourner les règles » (pour reprendre l’expression de M. Cheikes (C.A.C.-B. n^o 1, par. 14). Le mémoire de M. Strother met l’accent sur des distinctions subtiles entre crédits d’impôt, abris fiscaux et ainsi de suite (par. 24), mais je ne crois pas que l’on puisse ou doive analyser aussi minutieusement ce mandat verbal.

Je ne peux pas non plus souscrire à l’opinion de la Juge en chef lorsqu’elle qualifie ainsi l’obligation juridique découlant du mandat de 1998 :

Ce n’est que si Monarch avait expressément demandé à M. Strother de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d’abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que M. Strother aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l’aurait placé en situation de conflit d’intérêts avec Sentinel Hill. [par. 145]

Les affaires de Monarch en matière fiscale allaient mal et M. Strother était toujours son avocat fiscaliste. Il existait un « rapport de confiance » soutenu. Monarch traitait avec des conseillers professionnels et non avec des vendeurs de voitures usagées ou des prêteurs sur gages, au sujet desquels la population pourrait s’attendre à ce qu’ils appliquent la politique du « on m’a rien demandé, j’ai rien dit » et qui, de ce fait, suscitent collectivement la méfiance. Voilà notamment ce qui différencie une profession d’une occupation quelconque.

Sous réserve de considérations de confidentialité pour d’autres clients, j’estime que, si M. Strother savait qu’il existait encore un moyen de continuer de céder à un consortium d’investisseurs canadiens, de manière avantageuse sur le plan fiscal, les dépenses de production cinématographique de studios américains, Monarch avait, en vertu du mandat de 1998, le droit d’être informée que l’avis négatif antérieur de M. Strother ne tenait plus.

C’est cette obligation contractuelle qui est entrée en conflit avec l’intérêt financier personnel de M. Strother au moment où il a acquis une participation

42

43

44

Newbury J.A. pointed out, a competitor in a small market where experience showed that, even limited, competition could lead to a rapid erosion of market share.

B. *Breach of the 1998 Retainer*

45 The trial judgment, as stated, was premised on the finding that Monarch did not specifically ask about the possible revival of TAPSF-type shelters in 1998. I agree with the trial judge that *generally* a lawyer does not have a duty to alter a past opinion in light of a subsequent change of circumstances. This was discussed by W. M. Estey in *Legal Opinions in Commercial Transactions* (2nd ed. 1997), at p. 519:

Thus, where an opinion was correct on the date on which it was given but subsequently becomes erroneous due to a change in the law or in the facts upon which the opinion was based, the opining lawyer is not liable for failing to warn the addressee, at the later date, of the effect resulting from the changed circumstances.

The rationale behind the general rule is that a legal opinion speaks as of its date, and that being the case, a lawyer is only obligated to exercise due care in rendering an opinion based on the legal and factual circumstances existing at that time. A client cannot assume that the lawyer's opinion has an indefinite shelf life.

46 There are, however, exceptions to the general rule. As Deschamps J. stated in *Côté v. Rancourt*, [2004] 3 S.C.R. 248, 2004 SCC 58, the “boundaries of [a lawyer’s] duty to advise will depend on the circumstances” (para. 6). The issue here was not so much a duty to alter a past opinion, as it was part of Strother’s duty to provide candid advice on all matters relevant to the 1998 retainer: *Neil*, at para. 19. It appears that Lowry J. turned his mind to this exception to the general rule when he stated that a lawyer is not obligated to “alter advice given under a concluded retainer” (para. 121 (emphasis

importante dans *Sentinel* qui, comme l’a fait remarquer la juge Newbury, était un concurrent dans un petit marché où l’expérience démontrait que, même limitée, la concurrence risquait d’entraîner l’effritement rapide d’une part de marché.

B. *Violation du mandat de 1998*

Comme nous l’avons vu, le jugement de première instance repose sur la conclusion qu’en 1998 Monarch n’avait pas expressément posé de questions au sujet de la possibilité d’utiliser de nouveau les abris de type SPCAF. Je conviens avec le juge de première instance qu’un avocat n’est *généralement* pas tenu de modifier, à la suite d’un changement de circonstances, l’avis qu’il a donné antérieurement. W. M. Estey a analysé cette question dans *Legal Opinions in Commercial Transactions* (2^e éd. 1997), p. 519 :

[TRADUCTION] Ainsi, lorsqu’un avis était juste à la date à laquelle il a été donné, mais qu’il devient par la suite erroné en raison d’un changement de la loi ou des faits sur lesquels il était fondé, l’avocat qui l’a donné n’est pas responsable d’avoir omis ultérieurement d’informer la personne à qui l’avis a été donné de l’effet du changement de circonstances.

Le raisonnement qui sous-tend cette règle générale est qu’un avis juridique est valable à la date à laquelle il est donné, et qu’un avocat est ainsi uniquement tenu de faire preuve de diligence raisonnable lorsqu’il donne un avis fondé sur les circonstances juridiques et factuelles alors existantes. Un client ne peut présumer que l’avis de l’avocat est valable indéfiniment.

Il existe cependant des exceptions à cette règle générale. Comme l’a dit la juge Deschamps dans l’arrêt *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, 2004 CSC 58, les « limites du devoir de conseil [d’un avocat] varient selon les circonstances » (par. 6). La question en litige dans la présente affaire n’était pas tant le devoir de modifier un avis donné antérieurement, étant donné que M. Strother avait notamment le devoir de conseiller avec franchise sur toutes les questions pertinentes quant au mandat de 1998 : *Neil*, par. 19. Il appert que le juge Lowry a tenu compte de cette exception à la

added)). Here Monarch's retainer of Davis was *not* a concluded retainer. The written 1997 retainer had come to an end but the solicitor-client relationship based on a continuing (if more limited) retainer carried on into 1998 and 1999. As Deschamps J. further observed in *Côté*, "the obligational content of the lawyer-client relationship is not necessarily circumscribed by the object of the mandate" (para. 6). The *Côté* approach is not consistent with the "didn't ask, didn't tell" approach taken by the trial judge. Strother was meeting with Monarch to brainstorm tax schemes and knew perfectly well Monarch would be vitally interested in Strother's re-evaluation of the tax potential of the MER. The duty to advise Monarch required Strother and Davis, as a term of the 1998 retainer, if not expressed (as claimed by Monarch) then certainly implied, to explain to Monarch that Strother's earlier advice had been overtaken by events and would have to be revisited. Indeed, Strother discussed this concern with another partner at Davis, Rowland K. McLeod who testified in cross-examination as follows:

A. I did consider whether or not Monarch could be told and I guess that would include should be told. . . . And my recollection is that Mr. Strother came to me before a meeting that he was going to have with Mr. Knutson [a principal of Monarch] and we discussed and considered whether or not Monarch could be told [that the previous advice about "no fix" had been premature], and my, my recollection was that we didn't reach a consensus on what could be done and he was going to play it by ear. . . . He was afraid Mr. Knutson was going to ask him.

Q. When was that?

A. It was in, I think it was June of 1998. . . . We discussed it, came to no conclusion. He went to the meeting, told me either later that day or the next

règle générale lorsqu'il a affirmé qu'un avocat n'est pas tenu de [TRADUCTION] « modifier l'avis qu'il a donné dans le cadre d'un mandat terminé » (par. 121 (je souligne)). En l'espèce, le mandat confié au cabinet Davis par Monarch *n'était pas* un mandat terminé. Le mandat écrit de 1997 était terminé, mais la relation avocat-client fondée sur un mandat en cours (quoique plus limité) s'est poursuivie en 1998 et 1999. Comme l'a ajouté la juge Deschamps dans l'arrêt *Côté*, « le contenu obligationnel de la relation avec un avocat n'est pas nécessairement limité à l'objet du mandat » (par. 6). La méthode de l'arrêt *Côté* n'est pas compatible avec celle du « on m'a rien demandé, j'ai rien dit » que le juge de première instance a adoptée. Monsieur Strother rencontra Monarch pour explorer des mécanismes fiscaux et il savait très bien que sa réévaluation du potentiel fiscal des RDR intéresserait énormément Monarch. En tant que condition — qui à défaut d'être explicite (comme le prétend Monarch) était tout au moins sûrement implicite — du mandat de 1998, le devoir de conseiller Monarch obligeait M. Strother et le cabinet Davis à expliquer à Monarch que l'avis antérieur de M. Strother n'était plus valable à la suite de certains événements et devrait être corrigé. En fait, M. Strother a examiné cette question avec un autre associé du cabinet Davis, Rowland K. McLeod, qui a déclaré ce qui suit en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

R. Je me suis effectivement demandé si on pouvait ou non le dire à Monarch et je suppose que cela signifiait également si on devait lui dire [. . .] Et je me souviens que M. Strother est venu me voir avant de se rendre à une réunion avec M. Knutson [un dirigeant de Monarch] et nous nous sommes demandés si on pouvait dire à Monarch [que l'avis antérieur concernant l'absence de solution avait été donné prématurément], et je me souviens que nous ne nous sommes pas entendus sur ce qui pouvait être fait, et qu'il improviserait [. . .] Il craignait que M. Knutson lui pose la question.

Q. Quand cela s'est-il produit?

R. C'était, je pense, en juin 1998 [. . .] Nous en avons discuté, mais nous ne sommes arrivés à aucune conclusion. Il s'est rendu à la réunion et m'a dit,

day, that the issue had not arisen. [Emphasis added.]

(Davis's A.R., at p. 196)

McLeod continued:

A. The nature of the, the, the nature of the discussion was, he was going to meet with Monarch. He was concerned that Mr. Knutson would raise the question of is there a way around the, whatever the change in the law was. [Emphasis added.]

(Davis's A.R., at p. 198)

The fact that Strother and McLeod discussed what should be said if Monarch put the right question ("is there a way around . . .?") recognized that Strother appreciated that his modified view about the potential of the s. 18.1(15)(b) exception would likely be of continuing interest and importance to Monarch because Monarch was still looking to him for advice in rebuilding its shattered tax-related business. At that point, of course, Strother had every interest in keeping Monarch in the dark. In June of 1998, under the January 1998 agreement, he was entitled to 55 percent of the first \$2 million in profits and 50 percent of Sentinel's profits on the revival of tax-assisted film production services deals, which constituted a small and select marketplace. The fewer competitors faced by Sentinel the more money Strother would make and the faster he would pocket it.

plus tard ce jour-là ou le lendemain, que la question n'avait pas été soulevée. [Je souligne.]

(d.a. cabinet Davis, p. 196)

Monsieur McLeod a ajouté :

[TRADUCTION]

R La nature de la, la, la nature de la discussion était qu'il allait rencontrer Monarch. Il craignait que M. Knutson demande s'il y a un moyen de contourner la loi, quel que soit le changement qui y a été apporté. [Je souligne.]

(d.a. cabinet Davis, p. 198)

Le fait que MM. Strother et McLeod aient discuté de la réponse à donner si Monarch posait la bonne question (« y a-t-il un moyen de contourner? ») montrait que M. Strother savait que sa nouvelle opinion concernant les possibilités que présentait l'exception de l'al. 18.1(15)(b) continuerait probablement d'avoir de l'importance pour Monarch parce que celle-ci s'adressait encore à lui pour qu'il la conseille sur la façon de reprendre ses activités en matière fiscale qui avaient été réduites à néant. Il va sans dire que M. Strother avait alors tout intérêt à maintenir Monarch dans l'ignorance. En juin 1998, aux termes de l'entente de janvier 1998, il avait droit à 55 pour 100 du premier 2 millions de dollars de profits et à la moitié des profits que Sentinel réaliserait grâce à la reprise des activités dans le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale, lequel secteur constituait un petit marché fermé. Plus la concurrence serait faible pour Sentinel, plus M. Strother ferait de l'argent et plus vite il toucherait cet argent.

47

Of course, it was not open to Strother to share with Monarch any *confidential* information received from Darc. He could nevertheless have advised Monarch that his earlier view was too emphatic, that there may yet be life in a modified form of syndicating film production services expenses for tax benefits, but that because his change of view was based at least in part on information confidential to another client on a transaction unrelated to Monarch, he could not advise further except to suggest that Monarch consult another law firm.

Il est évident que M. Strother ne pouvait partager avec Monarch aucun renseignement *confidentiel* reçu de M. Darc. Il aurait pu néanmoins informer Monarch que l'avis qu'il lui avait donné antérieurement était trop catégorique, qu'il pouvait toujours exister une façon différente de consortialiser les dépenses relatives aux services de production cinématographique afin d'obtenir des avantages fiscaux, mais que, parce que son changement d'opinion se fondait, en partie du moins, sur des renseignements confidentiels d'un autre client relatifs à une

Moreover, there is no excuse at all for Strother not advising Monarch of the successful tax ruling when it was made public in October 1998. As it turned out, Monarch did not find out about it until February or March 1999. I therefore conclude that Davis (and Strother) failed to provide candid and proper legal advice in breach of the 1998 retainer.

If this were a contract case, I would have had no hesitation in holding both Davis and Strother liable for their failure to provide the timely and candid advice they were contractually obliged to give within the scope of their 1998 retainer. However, Monarch cannot succeed in a claim for damages for breach of the contract of retainer because (as found by the trial judge) it did not establish any damages flowing from the alleged breach. The issue therefore moves to fiduciary duties.

C. *Monarch's Claim for Disgorgement*

Monarch's claim is not for the money Monarch itself might have made had Strother given different advice (which the trial judge found was unsupported by the evidence), but for disgorgement by Strother, Darc, Sentinel and Davis of the money they *did* make between 1998 and 2001, which Monarch says was made in breach of Strother's and Davis's fiduciary obligations to it.

An accounting of profits and disgorgement are equitable remedies and relate to Monarch's claim that Strother, Darc and Davis breached their fiduciary obligations in the following respects:

- (1) Davis should have declined to take on Darc and Sentinel as clients. Every dollar earned in

opération qui n'avait rien à voir avec Monarch, il ne pouvait que recommander à cette dernière de consulter un autre cabinet d'avocats. De plus, rien n'excuse M. Strother de ne pas avoir informé Monarch de la décision fiscale favorable au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Il s'est avéré que Monarch n'en a pris connaissance qu'en février ou mars 1999. Je conclus donc que le cabinet Davis et M. Strother n'ont pas donné avec franchise des conseils juridiques appropriés et ont ainsi violé le mandat de 1998.

Si la présente affaire relevait du domaine contractuel, je n'aurais aucune hésitation à déclarer le cabinet Davis et M. Strother coupables d'avoir omis de donner, en toute franchise et en temps utile, les conseils juridiques qu'ils étaient contractuellement tenus de donner dans le cadre de leur mandat de 1998. Cependant, Monarch ne peut obtenir des dommages-intérêts pour la violation du mandat, parce que — comme l'a conclu le juge de première instance — elle n'a pas établi l'existence de dommages découlant de cette présumée inexécution d'un contrat. Par conséquent, la question à examiner devient celle des obligations fiduciaires.

C. *Demande de restitution présentée par Monarch*

La demande de Monarch vise non pas l'argent qu'elle aurait pu elle-même gagner si M. Strother lui avait donné un avis différent (qui, selon le juge de première instance, n'était pas étayé par la preuve), mais la restitution par M. Strother, M. Darc, Sentinel et le cabinet Davis de l'argent qu'ils ont *effectivement* gagné entre 1998 et 2001 en manquant, selon Monarch, aux obligations fiduciaires que M. Strother et le cabinet Davis avaient envers elle.

La reddition de compte et la restitution de profits sont des recours en équité et se rapportent à l'argument de Monarch selon lequel M. Strother, M. Darc et le cabinet Davis ont manqué de la manière suivante à leurs obligations fiduciaires :

- (1) Le cabinet Davis aurait dû refuser de prendre comme clients M. Darc et Sentinel. Par

48

49

50

consequence of that retainer was therefore in breach of fiduciary duty.

- (2) Strother should not have accepted a personal financial interest in Sentinel. He should not benefit from this conflict of interest, and should therefore disgorge consequential profits.

In my view, only the claim related to Strother's personal financial interest has merit. It was that personal interest that came into conflict with Strother's fiduciary duty to avoid conflicts of interest in performing the contractual obligations assumed under the 1998 retainer.

1. Davis Was Free to Take on Darc and Sentinel as New Clients

51

Monarch claims (and the Court of Appeal agreed) that even after the expiry of the "exclusive" retainer in 1997, Davis was conflicted out of acting for Darc and Sentinel by reason of its ongoing solicitor-client relationship with Monarch. As the House of Lords recently noted in relation to conflicting *contractual* duties, "a solicitor who has conflicting duties to two clients may not prefer one to another. . . . [T]he fact that he [the lawyer] has chosen to put himself in an impossible position does not exonerate him from liability" (*Hilton*, at para. 44). The same principle applies to a lawyer getting into a position of conflicting *fiduciary* duties. As Monarch's fiduciary, Strother's duty was to "avoid situations where he has, or potentially may, develop a conflict": *Ramrakha v. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), at para. 73, as cited in *Neil*, at para. 25. The general rule is of long standing but I do not think it applied here to prevent Davis and Strother from acting for Sentinel. As stated in *Neil*, at para. 15:

An unnecessary expansion of the duty may be as inimical to the proper functioning of the legal system as

conséquent, chaque dollar gagné dans le cadre de ce mandat constituait un manquement à une obligation fiduciaire.

- (2) Monsieur Strother n'aurait pas dû accepter d'avoir un intérêt financier personnel dans Sentinel. Il ne devrait pas tirer profit de ce conflit d'intérêts et devrait donc restituer les profits que cela lui a permis de réaliser.

À mon avis, seule la demande relative à l'intérêt financier personnel de M. Strother est fondée. C'est cet intérêt personnel qui est entré en conflit avec le devoir fiduciaire de M. Strother d'éviter les conflits d'intérêts dans l'exécution des obligations contractuelles assumées en vertu du mandat de 1998.

1. Le cabinet Davis était libre de prendre M. Darc et Sentinel comme nouveaux clients

Monarch soutient (argument qu'a retenu la Cour d'appel) que, même après l'expiration du mandat « d'exclusivité » en 1997, le cabinet Davis était en conflit d'intérêts en agissant pour le compte de M. Darc et de Sentinel en raison de la relation avocat-client qui existait toujours entre le cabinet et Monarch. Comme l'a récemment fait remarquer la Chambre des lords au sujet des obligations *contractuelles* conflictuelles, [TRADUCTION] « un avocat qui a des obligations conflictuelles envers deux clients ne peut favoriser l'un au détriment de l'autre. [. . .] [L]e fait qu'il [l'avocat] a choisi de se placer dans une situation impossible ne l'exonère pas de toute responsabilité » (*Hilton*, par. 44). Le même principe s'applique à l'avocat qui se place dans une situation où il a des obligations *fiduciaires* conflictuelles. En tant que fiduciaire de Monarch, M. Strother devait [TRADUCTION] « éviter les situations où il se trouve[r]ait en conflit d'intérêts ou celles qui pourraient donner naissance à un conflit d'intérêts » : *Ramrakha c. Zinner* (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), par. 73, cité dans l'arrêt *Neil*, par. 25. La règle générale existe depuis longtemps, mais je ne crois pas qu'elle empêchait en l'espèce le cabinet Davis et M. Strother d'agir pour le compte de Sentinel. Comme il est précisé dans l'arrêt *Neil*, par. 15 :

Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon

would its attenuation. The issue always is to determine what rules are sensible and necessary and how best to achieve an appropriate balance among the competing interests.

This is not to say that in *Neil* the Court advocated the resolution of conflict issues on a case-by-case basis through a general balancing of interests, the outcome of which would be difficult to predict in advance. In *MacDonald Estate*, similarly, the legal rule was arrived at after balancing various interests, including trading off a client's ability to choose counsel against other considerations such as lawyer mobility. Once arrived at, however, the *MacDonald Estate* rule protecting against disclosure of confidential information is applied as a "bright line" rule. The client's right to confidentiality trumps the lawyer's desire for mobility. So it is with *Neil*. The "bright line" rule is the product of the balancing of interests not the gateway to further internal balancing. In *Neil*, the Court stated (at para. 29):

The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — *even if the two mandates are unrelated* — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other. [Emphasis in original.]

I agree with Strother's counsel when he writes that "[t]he retainer by Sentinel Hill was . . . not 'directly adverse' to any 'immediate interest' of Monarch". On the contrary, as Strother argues, "Sentinel Hill created a business opportunity which Monarch could have sought to exploit" (Strother factum, at para. 66). A Sentinel ruling that revived the TAPSF business even in modified form would indirectly help any firm whose tax syndication business had been ruined by the *ITA* amendments,

fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents.

Cela ne signifie pas que, dans l'arrêt *Neil*, la Cour préconisait de résoudre au cas par cas les situations de conflit au moyen d'une mise en balance générale des intérêts en cause, méthode dont il serait difficile de prédire l'issue. De même, dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la règle de droit a été établie à la suite d'une évaluation de divers intérêts, notamment à la suite d'un compromis entre la capacité d'un client de retenir les services de l'avocat de son choix et d'autres considérations telle la mobilité professionnelle des avocats. Toutefois, maintenant qu'elle a été établie, la règle de l'arrêt *Succession MacDonald* — qui interdit de divulguer des renseignements confidentiels — est appliquée comme une règle de « démarcation très nette ». Le droit à la confidentialité du client l'emporte sur le désir de mobilité de l'avocat. Il en va de même pour l'arrêt *Neil*. La règle de la « démarcation très nette » est le fruit de la mise en balance d'intérêts et non un mécanisme qui donne ouverture à une autre mise en balance interne. Dans l'arrêt *Neil*, la Cour a précisé ceci (par. 29) :

Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel — *même si les deux mandats n'ont aucun rapport entre eux* — à moins que les deux clients n'y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l'avocat ou l'avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l'autre. [En italique dans l'original.]

Je partage l'avis de l'avocat de M. Strother lorsqu'il écrit que [TRADUCTION] « [l]e mandat confié par Sentinel Hill n'était pas [. . .] "directement opposé" à un "intérêt immédiat" de Monarch ». Au contraire, fait valoir M. Strother, « Sentinel Hill créait une occasion d'affaires que Monarch aurait pu vouloir exploiter » (mémoire de M. Strother, par. 66). Une décision relative à Sentinel qui relancerait les activités de SPCAF, même sous une nouvelle forme, serait indirectement utile à toute entreprise,

including Monarch. Representation of Sentinel was thus not “directly adverse” to representation of Monarch by Davis/Strother even though both mandates related to tax-assisted business opportunities in the film production services field. Strother’s problem arose because despite his duty to an existing client, Monarch, he acquired a major personal financial interest (unknown to Davis) in another client, Sentinel, in circumstances where his prospects of personal profit were enhanced by keeping Monarch on the sidelines. In deference to the conclusion reached by the British Columbia Court of Appeal that Davis was *not* free to take on Darc and Sentinel as clients, however, I add the following observations.

(a) *Monarch Was a Current Client*

53 I agree with Newbury J.A. that too much was made in argument about the shift from the 1997 written retainer to the 1998 oral retainer. The trial judge in places referred to a *concluded* retainer. However, this is not a case where a *former* client alleges breach of the duty of loyalty, as in *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (O.S.C.), and *Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335 (S.C.J.). The issue of loyalty to a former client was dealt with in *MacDonald Estate* (not *Neil*), and raises complex issues not relevant here. Monarch was a *current* client and was unquestionably entitled to the continuing loyalty of Strother and Davis.

(b) *Acting for Clients With Competing Commercial Interests*

54 As recognized by both the trial judge and Newbury J.A., the conflict of interest principles do

y compris Monarch, dont les activités consortiales en matière fiscale avaient été réduites à néant par les modifications de la *LIR*. Pour le cabinet Davis et M. Strother, le fait de représenter Sentinel n’était donc pas « directement opposé » au fait de représenter Monarch, même si les deux mandats concernaient des occasions d’affaires donnant droit à une aide fiscale dans le domaine des services de production cinématographique. Le problème de M. Strother découlait du fait que, malgré le devoir qu’il avait envers un client actuel, Monarch, il avait acquis un intérêt financier personnel important (inconnu du cabinet Davis) dans un autre client, Sentinel, dans des circonstances où il aurait plus de chances de réaliser un profit personnel en gardant Monarch sur la touche. Toutefois, en toute déférence pour la conclusion de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle le cabinet Davis n’était *pas* libre de prendre comme clients M. Darc et Sentinel, je vais faire les observations qui suivent.

a) *Monarch était une cliente actuelle*

Je partage l’opinion de la juge Newbury selon laquelle l’argumentation a trop porté sur le passage du mandat écrit de 1997 au mandat verbal de 1998. À certains endroits, le juge de première instance a parlé d’un mandat *terminé*. Il ne s’agit cependant pas d’un cas où *un ancien* client allègue un manquement au devoir de loyauté, comme dans les affaires *Stewart c. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (C. Ont. (Div. gén.)); *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (C.V.M.O.), et *Chiefs of Ontario c. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335 (C.S.J.). La question de la loyauté envers un ancien client, qui a été examinée dans l’arrêt *Succession MacDonald* (mais non dans l’arrêt *Neil*), soulève des questions complexes, non pertinentes en l’espèce. Monarch était une cliente *actuelle* et continuait indéniablement d’avoir droit à la loyauté de M. Strother et du cabinet Davis.

b) *Représentation de clients ayant des intérêts commerciaux divergents*

Comme l’ont reconnu le juge de première instance et la juge Newbury, les principes applicables

not generally preclude a law firm or lawyer from acting concurrently for different clients who are in the same line of business, or who compete with each other for business. There was no *legal* dispute between Monarch and Sentinel. Monarch relies on the “bright line” rule set out in *Neil* but (leaving aside, for the moment, Strother’s personal financial stake) there is no convincing case for its application here.

The clients’ respective “interests” that require the protection of the duty of loyalty have to do with the practice of law, not commercial prosperity. Here the alleged “adversity” between concurrent clients related to business matters. This is not to say that commercial interests can *never* be relevant. The *American Restatement* offers the example of two business competitors who seek to retain a single law firm in respect of competing applications for a single broadcast licence, i.e. a unique opportunity. The *Restatement* suggests that acting for both without disclosure and consent would be improper because the subject matter of both retainers is the same licence (*Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, at § 121 (2000)). The lawyer’s ability to provide even-handed representation is put in issue. However, commercial conflicts between clients that do *not* impair a lawyer’s ability to properly represent the legal interests of both clients will not generally present a conflict problem. Whether or not a real risk of impairment exists will be a question of fact. In my judgment, the risk did not exist here provided the necessary even-handed representation had not been skewed by Strother’s personal undisclosed financial interest. Condominium lawyers act with undiminished vigour for numerous entrepreneurs competing in the same housing market; oil and gas lawyers advise without hesitation exploration firms competing in the oil patch, provided, of course, that information confidential to a particular client is kept confidential. There is no reason in general why a tax practitioner such as Strother should not take on different clients syndicating tax schemes to the same investor community, notwithstanding the restricted market for these services in a

en matière de conflit d’intérêts n’empêchent généralement pas un cabinet d’avocats ou un avocat de représenter simultanément différents clients qui œuvrent dans le même secteur d’activités ou qui se font concurrence. Aucun différend *juridique* n’opposait Monarch et Sentinel. Monarch invoque la règle de la « démarcation très nette » énoncée dans l’arrêt *Neil*, mais (si on fait abstraction, pour l’instant, de l’intérêt financier personnel de M. Strother) aucune preuve convaincante ne justifie l’application de cette règle en l’espèce.

Les « intérêts » respectifs des clients qui requièrent la protection du devoir de loyauté concernent la pratique du droit et non la prospérité commerciale. En l’espèce, la présumée « opposition » entre des clients concurrents portait sur des questions commerciales. Cela ne veut pas dire que les intérêts commerciaux ne peuvent *jamais* être pertinents. *L’American Restatement* donne l’exemple de deux concurrents commerciaux qui cherchent à retenir les services d’un même cabinet d’avocats relativement à des demandes concurrentes visant un seul permis de radiodiffusion, en d’autres mots une occasion unique. Selon le *Restatement*, il serait inapproprié d’agir simultanément pour le compte des deux concurrents sans préalablement leur faire part de la situation et obtenir leur consentement, du fait que les deux mandats portent sur le même permis (*Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, § 121 (2000)). La capacité de l’avocat d’assurer une représentation impartiale est en cause. Toutefois, les conflits commerciaux entre clients qui *ne* compromettent *pas* la capacité d’un avocat de défendre correctement les intérêts juridiques des deux clients ne soulèvent généralement pas de problème de conflit. La question de savoir s’il existe un risque réel d’atteinte est une question de fait. À mon sens, ce risque n’aurait pas existé, en l’espèce, si la représentation impartiale requise n’avait pas été compromise par l’intérêt financier personnel non divulgué de M. Strother. Les avocats spécialisés en matière de copropriété déploient la même énergie pour les nombreux entrepreneurs qui se font concurrence dans le même marché de l’habitation; les avocats spécialisés dans le domaine du gaz et du pétrole n’hésitent pas à conseiller des entreprises de prospection pétrolière

business in which Sentinel and Monarch competed. In fact, in the case of some areas of high specialization, or in small communities or other situations of scarce legal resources, clients may be taken to have consented to a degree of overlapping representation inherent in such law practices, depending on the evidence: *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), at p. 235; *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205 (P.C.). The more sophisticated the client, the more readily the inference of implied consent may be drawn. The thing the lawyer must *not* do is keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer: *Neil*, at para. 19. As Story J. commented almost two centuries ago:

No man can be supposed to be indifferent to the knowledge of facts, which work directly on his interests, or bear on the freedom of his choice of counsel. When a client employs an attorney, he has a right to presume, if the latter be silent on the point, that he has no engagements, which interfere, in any degree, with his exclusive devotion to the cause confided to him; that he has no interest, which may betray his judgment, or endanger his fidelity.

(*Williams v. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824))

The client cannot be taken to have consented to conflicts of which it is ignorant. The prudent practice for the lawyer is to obtain informed consent.

(c) *The Duty of Loyalty Is Concerned With Client Representation*

56

While the duty of loyalty is focussed on the lawyer's ability to provide proper client representation, it is not fully exhausted by the obligation to avoid conflicts of interest with other concurrent clients. A "conflict of interest" was defined in *Neil* as an interest that gives rise to a

concurrentes, pourvu évidemment que les renseignements confidentiels d'un client particulier ne soient pas divulgués. En général, rien n'empêche un fiscaliste comme M. Strother d'accepter différents clients qui proposent des arrangements consortiaux fiscaux à la même communauté d'investisseurs, malgré le marché restreint qui existe pour ces services dans le secteur où Sentinel et Monarch étaient en concurrence. En fait, dans certains domaines hautement spécialisés, dans de petites collectivités ou dans d'autres situations où les ressources juridiques sont rares, la preuve permet parfois de présumer que les clients ont consenti au chevauchement de représentation inhérent à une telle pratique du droit : *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), p. 235; *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205 (C.P.). Plus le client est averti, plus il est facile d'inférer l'existence d'un consentement implicite. Ce que l'avocat doit *éviter* de faire est de maintenir son client dans l'ignorance au sujet de questions qu'il sait pertinentes quant au mandat : *Neil*, par. 19. Comme le juge Story l'a fait observer il y a presque deux siècles :

[TRADUCTION] Personne n'est censé être indifférent à la connaissance de faits qui influent directement sur ses intérêts ou qui ont une incidence sur sa liberté de choisir un avocat. Quand il retient les services d'un avocat, le client a le droit de présumer, si l'avocat ne mentionne rien à cet égard, que celui-ci n'a aucun engagement qui l'empêche de quelque manière de se consacrer exclusivement à la cause qui lui est confiée, et qu'il n'a aucun intérêt susceptible de compromettre son jugement ou sa loyauté.

(*Williams c. Reed*, 29 F. Cas. 1386 (1824))

On ne saurait présumer qu'un client a consenti à des conflits dont il ignore l'existence. La prudence exige que l'avocat obtienne un consentement éclairé.

c) *Le devoir de loyauté vise la représentation du client*

Le devoir de loyauté est axé sur la capacité de l'avocat de bien représenter son client, mais il ne se limite pas à l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts avec d'autres clients concurrents. La notion de « conflit d'intérêts » a été définie dans l'arrêt *Neil* comme étant

substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person.

(*Neil*, at para. 31, adopting § 121 of the *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, at pp. 244-45)

In *Hilton*, relied on by Davis, failure to disclose to one client prejudicial (but not confidential) information about the other client in a case where the defendant law firm acted for both clients in a joint venture was held to be actionable in contract although the quality of the legal work, as such, was not the subject of criticism. The House of Lords awarded damages as a matter of contract law, but *Martin v. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161 (C.A.), suggests that in this country such a claim could also be brought for breach of fiduciary duty even in the absence of a client-to-client conflict. In that case, an Ontario lawyer was held liable in damages to a client for breach of his fiduciary duty of candour to disclose his knowledge that the client's business adviser had a criminal record.

Exceptional cases should not obscure the primary function of the "bright line" rule, however, which has to do with the lawyer's duty to avoid conflicts that impair the respective representation of the interest of his or her concurrent clients whether in litigation or in other matters, e.g., *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.).

(d) *The Impact on the Representation of Monarch Was "Material and Adverse"*

The spectre is flourished of long-dormant files mouldering away in a lawyer's filing cabinet that are suddenly brought to life for purposes of enabling a strategically minded client to assert a conflict for tactical reasons. But a court is well able to

un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat.

(*Neil*, adoptant, au par. 31, le § 121 de *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, p. 244-245)

Dans l'arrêt *Hilton*, invoqué par le cabinet Davis, la Chambre des lords a jugé que l'omission de divulguer à un client des renseignements préjudiciables (mais non confidentiels) concernant un autre client, dans un cas où le cabinet d'avocats défendeur représentait les deux clients dans le cadre d'une coentreprise, donnait ouverture à une action contractuelle même si, en soi, la qualité du travail juridique effectué n'était pas critiquée. La Chambre des lords a accordé des dommages-intérêts fondés sur le droit des contrats, mais l'arrêt *Martin c. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161 (C.A.), indique que, au Canada, une telle action pourrait également être fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire, même en l'absence de conflit entre clients. Dans cette affaire, un avocat ontarien a été condamné à verser des dommages-intérêts à un client pour le motif qu'il avait manqué à son devoir fiduciaire de franchise en ne révélant pas à ce client qu'il savait que son conseiller d'entreprise avait un casier judiciaire.

Des cas exceptionnels ne devraient toutefois pas occulter la principale fonction de la règle de la « démarcation très nette », qui concerne le devoir de l'avocat d'éviter les conflits qui compromettent la représentation respective des intérêts de ses clients concurrents, que ce soit dans le cadre d'un litige ou autrement; voir, par exemple, *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.).

d) *L'effet sur la représentation de Monarch a été « nuisible et appréciable »*

On brandit le spectre de dossiers inactifs qui moisissent dans le classeur d'un avocat et qui sont soudainement réactivés afin de permettre à un client astucieux d'invoquer l'existence d'un conflit pour des raisons stratégiques. Cependant, les

57

58

59

withhold relief from a claim clearly brought for tactical reasons. Conflict between concurrent clients where no confidential information is at risk can be handled more flexibly than *MacDonald Estate* situations because different options exist at the level of remedy, ranging from disqualification to lesser measures to protect the interest of the complaining client. In each case where no issue of confidential information arises, the court should evaluate whether there is a serious risk that the lawyer's ability to properly represent the complaining client may be adversely affected, and if so, what steps short of disqualification (if any) can be taken to provide an adequate remedy to avoid this result.

tribunaux sont bien en mesure de refuser d'accorder une réparation à l'égard d'une demande clairement présentée pour des raisons stratégiques. Un conflit entre clients concurrents dans lequel aucun renseignement confidentiel ne risque d'être divulgué peut être réglé d'une manière plus souple que les situations visées par l'arrêt *Succession MacDonald*, en raison des différentes réparations susceptibles d'être accordées, qui vont de la déclaration d'inhabilité à occuper à la prise de mesures moins draconiennes afin de protéger les intérêts du client plaignant. Dans chaque cas où aucune question de renseignement confidentiel ne se pose, le tribunal devrait se demander s'il existe un risque sérieux que la capacité de l'avocat de représenter correctement le client plaignant soit compromise et, dans l'affirmative, quelles réparations — sans aller jusqu'à la déclaration d'inhabilité à occuper — pourraient permettre d'éviter ce résultat.

60 There is no doubt that at all material times there was a "current meaningful" solicitor-client relationship between Monarch and Davis/Strother to ground the duty of loyalty (see, e.g., *Uniform Custom Countertops Inc. v. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL) (S.C.J.), at para. 54). The availability of Strother's ongoing tax advice was important to Monarch and is the cornerstone of its claim.

Il ne fait aucun doute qu'à tout moment pertinent le cabinet Davis et M. Strother avaient avec Monarch la relation avocat-client [TRADUCTION] « actuelle et concrète » justifiant le respect du devoir de loyauté (voir, par exemple, la décision *Uniform Custom Countertops Inc. c. Royal Designer Tops Inc.*, [2004] O.J. No. 3090 (QL) (C.S.J.), par. 54). La possibilité de continuer d'obtenir les conseils fiscaux de M. Strother était importante pour Monarch et constitue le fondement de sa demande.

61 Strother is dismissive of the impact his breach had on Monarch's interest (i.e. in obtaining proper legal advice). He is correct that the test requires that the impact must be "material and adverse" (as set out in the definition of conflict adopted in *Neil*). While it is sufficient to show a possibility (rather than a probability) of adverse impact, the possibility must be more than speculation (see *de Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36, at para. 27). That test is met here, for the reasons already discussed. Once the existence of Strother's personal financial interest in Sentinel was established, it was for Strother, not Monarch, to demonstrate the absence of any material adverse effect on Monarch's interest in receiving proper and timely legal advice (*Celanese Canada Inc. v.*

Monsieur Strother se montre indifférent à l'effet que son manquement a eu sur l'intérêt de Monarch (à obtenir des conseils juridiques appropriés). Il a raison de dire que le critère exige que cet effet soit « nuisible et appréciable » (comme le précise la définition de la notion de conflit adoptée dans l'arrêt *Neil*). Bien qu'il suffise de démontrer l'existence d'un risque (plutôt que d'une probabilité) d'effet nuisible, cette possibilité doit être davantage qu'une simple hypothèse (voir la décision *de Guzman c. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (QL), 2004 BCSC 36, par. 27). Pour les raisons exposées précédemment, ce critère est respecté en l'espèce. Une fois établie l'existence de l'intérêt financier personnel de M. Strother dans Sentinel, il appartenait à M. Strother, et non à Monarch, de démontrer

Murray Demolition Corp., [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36).

- (e) *Sentinel's Desire to Secure the Counsel of its Choice Was Also an Important Consideration*

The evidence showed that Strother's special expertise was available from few other firms. Sentinel's Paul Darc had worked successfully with Davis and Strother for years. Our legal system, the complexity of which perhaps reaches its apex in the *ITA*, depends on people with legal needs obtaining access to what they think is the best legal advice they can get. Sentinel's ability to secure the advice of Davis and Strother as counsel of choice is an important consideration (*MacDonald Estate*, at p. 1243; *R. v. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.); *Coutu v. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67, at para. 31; *Neil*, at para. 13). It does not trump the requirement to avoid conflicts of interest but it is nevertheless an important consideration.

2. The Difficulty in Representing Monarch Arose From a Strother Conflict Not a Davis Conflict

Davis did not appreciate what Strother was up to and had no reason to think the Sentinel retainer would interfere with the proper representation of Monarch.

The Court of Appeal upheld Monarch's claim that Strother/Davis was not free to take on Darc/Sentinel for the following reason:

In this case, Mr. Strother should have told Mr. Darc that he "could not accept this business". His failure to do so meant that he could not be candid with his existing client, Monarch, regarding a subject on which he had given clear and unequivocal advice. He would have to "hold back" on what he would normally advise Monarch,

l'absence d'effet nuisible appréciable sur l'intérêt qu'avait Monarch à recevoir des conseils juridiques appropriés en temps utile (*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36).

- e) *Le désir de Sentinel de retenir les services de l'avocat de son choix était aussi un facteur important*

La preuve a démontré que peu d'autres cabinets étaient en mesure d'offrir l'expertise de M. Strother. Paul Darc de Sentinel avait pendant des années accompli un travail fructueux avec le cabinet Davis et M. Strother. Notre système juridique, dont la complexité atteint peut-être son apogée dans la *LIR*, repose sur la capacité des gens ayant des besoins juridiques d'avoir accès à ce qu'ils considèrent comme les meilleurs conseils juridiques qu'ils puissent obtenir. La capacité de Sentinel d'obtenir les conseils du cabinet Davis et de M. Strother en tant qu'avocat de son choix est un facteur important (*Succession MacDonald*, p. 1243; *R. c. Speid* (1983), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.); *Coutu c. Jorgensen* (2004), 202 B.C.A.C. 67, par. 31; *Neil*, par. 13). Elle ne l'emporte pas sur l'exigence d'éviter les conflits d'intérêts, mais elle demeure néanmoins un facteur important.

2. La difficulté de représenter Monarch découlait d'un conflit de M. Strother et non d'un conflit du cabinet Davis

Le cabinet Davis n'était pas conscient de ce que faisait M. Strother et n'avait aucune raison de croire que le mandat de Sentinel empêcherait de représenter correctement Monarch.

La Cour d'appel a retenu pour le motif suivant l'argument de Monarch selon lequel M. Strother et le cabinet Davis n'étaient pas libres de prendre pour clients M. Darc et Sentinel :

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Strother aurait dû dire à M. Darc qu'il « ne pouvait pas accepter ce mandat ». Son omission de le faire signifie qu'il ne pouvait être franc avec sa cliente actuelle, Monarch, à l'égard d'une question au sujet de laquelle il avait donné un avis clair et non équivoque. Pour protéger la confidentialité de

62

63

64

in order to protect the confidentiality of his other client, Mr. Darc (and the Sentinel Hill companies).

(BCCA #1, at para. 25)

65

I believe, with respect, that this draws the prohibition too broadly. In general, Davis and Strother were free to take on Darc and Sentinel as new clients once the “exclusivity” arrangement with Monarch expired at the end of 1997. Issues of confidentiality are routinely dealt with successfully in law firms. Strother could have managed the relationship with the two clients as other specialist practitioners do, by being candid with their legal advice while protecting from disclosure the confidential details of the other client’s business. If the two are so inextricably bound together that legal advice is impossible, then of course the duty to respect confidentiality prevails, but there is nothing here to justify Strother’s artful silence. Strother accepted Sentinel as a new client and the Davis firm was given no reason to think that he and his colleagues could not provide proper legal advice to both clients.

3. Strother Was Not Free to Take a Personal Financial Interest in the Darc/Sentinel Venture

66

The trial judge found that Strother agreed to pursue the tax ruling on behalf of Sentinel in return for an interest in the profits that would be realized by Sentinel if the ruling was granted:

Mr. Strother prepared the request for the ruling without charge in return for Mr. Darc’s agreement that Mr. Strother would participate equally (55% on the first \$2 million) [and 50% thereafter] in any profit realized through a share option should the desired ruling be granted. Responsibility for expenses associated with the request would be equally borne. . . .

son autre client, M. Darc (et les sociétés Sentinel Hill) se devait alors d’« éviter » de donner à Monarch les conseils qu’il lui donnerait normalement.

(C.A.C.-B. n° 1, par. 25)

Avec égards pour l’opinion contraire, je crois que cette conclusion confère à l’interdiction une portée trop large. De façon générale, le cabinet Davis et M. Strother étaient libres de prendre M. Darc et Sentinel comme nouveaux clients dès l’expiration de leur entente d’« exclusivité » avec Monarch à la fin de 1997. Les cabinets d’avocats règlent habituellement avec succès les questions de confidentialité. Monsieur Strother aurait pu gérer la relation avec les deux clients comme le font d’autres avocats spécialisés, c’est-à-dire en donnant des conseils juridiques d’une manière franche tout en évitant de divulguer les aspects confidentiels des activités de l’autre client. Si les deux clients sont si inextricablement liés qu’il est impossible de donner un conseil juridique, il est alors évident que le devoir de respecter la confidentialité l’emporte, mais rien en l’espèce ne justifie le silence astucieux de M. Strother. Celui-ci a accepté de prendre Sentinel comme nouvelle cliente et le cabinet Davis n’avait aucune raison de penser que M. Strother et ses collègues ne pourraient pas conseiller adéquatement les deux clients.

3. Monsieur Strother n’était pas libre d’acquiescer un intérêt financier personnel dans l’entreprise Darc/Sentinel

Le juge de première instance a conclu que M. Strother avait accepté de solliciter la décision fiscale pour le compte de Sentinel en échange d’une part des profits qui seraient réalisés par Sentinel si la décision demandée était obtenue :

[TRADUCTION] M. Strother a préparé gratuitement la demande de décision en échange de quoi M. Darc acceptait que M. Strother touche une part égale (55 pour 100 du premier 2 millions de dollars) [et la moitié par la suite] des profits réalisés grâce à une option d’achat d’actions, si la décision souhaitée était accordée. Les dépenses liées à la demande seraient supportées en parts égales. . . .

... Mr. Strother agreed to seek for him an advance tax ruling and, as indicated, to prepare the request without charge, in return for an equal share in any success ultimately realized. [paras. 23 and 57]

Strother had *at least* an “option” interest in Sentinel from January 30th until at least August 1998 (when he was told by Davis to give up *any* interest). This was during a critical period when Monarch was looking to Strother for advice about what tax-assisted business opportunities were open. The precise nature of Strother’s continuing financial interest in Sentinel between August 1998 and March 31, 1999 (when Strother left Davis) is unclear, but whatever it was it came to highly profitable fruition in the months that followed. The difficulty is not that Sentinel and Monarch were potential competitors. The difficulty is that Strother aligned his personal financial interest with the former’s success. By acquiring a substantial and direct financial interest in one client (Sentinel) seeking to enter a very restricted market related to film production services in which another client (Monarch) previously had a major presence, Strother put his personal financial interest into conflict with his duty to Monarch. The conflict compromised Strother’s duty to “zealously” represent Monarch’s interest (*Neil*, at para. 19), a delinquency compounded by his lack of “candour” with Monarch “on matters relevant to the retainer” (*ibid.*), i.e. his own competing financial interest: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.); *R. v. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1, at paras. 42-43; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455 (Que. C.A.), at p. 465. See generally R. F. Devlin and V. Rees, “Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil*” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 433.

As we have seen, the tax-assisted film production services business was very competitive. Monarch’s TAPSF market share had been cut by 80 percent when Grosvenor and other competitors entered the

... M. Strother a accepté de solliciter pour lui une décision anticipée en matière d’impôt et, comme nous l’avons vu, de préparer gratuitement la demande en échange d’une part égale des profits qui pourraient être réalisés en définitive. [par. 23 et 57]

Monsieur Strother avait *au moins* un intérêt constitué d’une « option » dans Sentinel du 30 janvier jusqu’en août 1998 tout au moins (lorsque le cabinet Davis lui a demandé de renoncer à *tout* intérêt). Cela s’est passé pendant une période cruciale où Monarch s’adressait à M. Strother pour obtenir des conseils sur les occasions d’affaires donnant droit à une aide fiscale qui pouvaient se présenter. La nature précise de l’intérêt financier que M. Strother a possédé dans Sentinel entre août 1998 et le 31 mars 1999 (date à laquelle M. Strother a quitté le cabinet Davis) n’est pas claire, mais quel qu’il puisse avoir été, cet intérêt a grandement porté fruits au cours des mois qui ont suivi. Le problème tient non pas à ce que Sentinel et Monarch étaient des concurrentes potentielles, mais plutôt au fait que M. Strother a aligné son intérêt financier personnel sur la réussite de Sentinel. En acquérant un intérêt financier direct et important dans une cliente (Sentinel) qui cherchait à accéder au marché très restreint des services de production cinématographique dont une autre cliente (Monarch) avait déjà occupé une part importante, M. Strother a fait entrer son intérêt financier personnel en conflit avec son devoir envers Monarch. Ce conflit compromettait le devoir de M. Strother de représenter « avec zèle » les intérêts de Monarch (*Neil*, par. 19), problème aggravé par son manque de « franchise » envers Monarch sur des « questions pertinentes quant au mandat » (*ibid.*), c’est-à-dire son propre intérêt financier divergent : *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.); *R. c. Shamray* (2005), 191 Man. R. (2d) 55, 2005 MBQB 1, par. 42-43; *R. c. Henry*, [1990] A.Q. n° 1629 (QL) (C.A.). Voir, de façon générale, R. F. Devlin et V. Rees, « Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty : from *Martin v. Gray* to *R. v. Neil* » (2005), 84 *R. du B. can.* 433.

Comme nous l’avons vu, le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale était très concurrentiel. Monarch a connu une réduction de 80 pour 100 de sa part du

field. If his “fix” worked, Strother had every incentive to distance Monarch as a potential competitor to Sentinel. The bigger Sentinel’s market share, the more business it did, the more assured would be the initial \$2 million profit and the faster Strother would pocket it.

69 In these circumstances, taking a direct and significant interest in the potential profits of Monarch’s “commercial competitio[r]” (as described by Lowry J., at para. 113) created a substantial risk that his representation of Monarch would be materially and adversely affected by consideration of his own interests (*Neil*, at para. 31). As Newbury J.A. stated, “Strother . . . was ‘the competition’” (BCCA #1, at para. 29 (emphasis in original)). It gave Strother a reason to keep the principals of Monarch “in the dark” (*ibid.*), in breach of his duty to provide candid advice on his changing views of the potential for film production services tax shelters. I agree with Newbury J.A. that Monarch was “entitled to candid and complete advice from a lawyer who was not in a position of conflict” (*ibid.*, at para. 17 (emphasis in original)).

70 Strother could not with equal loyalty serve Monarch and pursue his own financial interest which stood in obvious conflict with Monarch making a quick re-entry into the tax-assisted film financing business. As stated in *Neil*, at para. 24, “[l]oyalty includes putting the client’s business ahead of the lawyer’s business”. It is therefore my view that Strother’s failure to revisit his 1997 advice in 1998 at a time when he had a personal, undisclosed financial interest in Sentinel Hill breached his duty of loyalty to Monarch. The duty was further breached when he did not advise Monarch of the successful tax ruling when it became public on October 6, 1998. Why would a rainmaker like Strother not make rain with as many clients (or

marché des SPCAF lorsque Grosvenor et d’autres concurrents ont accédé à ce marché. Si sa « solution » fonctionnait, M. Strother avait toutes les raisons de tenir Monarch à distance du fait qu’elle était une concurrente potentielle de Sentinel. Plus la part de marché de Sentinel serait grande, plus d’affaires elle ferait, plus les premiers 2 millions de dollars de profits seraient assurés et plus vite M. Strother toucherait la somme à laquelle il aurait droit.

Dans ces circonstances, le fait pour M. Strother d’avoir un intérêt direct et important dans les profits potentiels de la [TRADUCTION] « concurrent[e] commercial[e] » de Monarch (pour reprendre l’expression du juge Lowry, au par. 113) créait un risque sérieux que ses intérêts personnels nuisent de façon appréciable à sa représentation de Monarch (*Neil*, par. 31). Comme l’a affirmé la juge Newbury, [TRADUCTION] « M. Strother [. . .] était “la concurrence” » (C.A.C.-B. n° 1, par. 29 (en italique dans l’original)). Cela donnait à M. Strother un motif de maintenir « dans l’ignorance » les dirigeants de Monarch (*ibid.*), contrairement au devoir qu’il avait de les informer en toute franchise de l’évolution de son opinion sur les abris fiscaux potentiels pour les services de production cinématographique. Je suis d’accord avec la juge Newbury pour dire que Monarch était en [TRADUCTION] « droit d’obtenir d’un avocat qui ne se trouvait pas en situation de conflit d’intérêts des conseils complets donnés en toute franchise » (*ibid.*, par. 17 (en italique dans l’original)).

Monsieur Strother ne pouvait pas servir avec la même loyauté Monarch et son propre intérêt financier, lequel entraînait clairement en conflit avec la reprise rapide des activités de Monarch dans le domaine du financement cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Comme il est précisé dans l’arrêt *Neil*, au par. 24, « [l]a loyauté signifie notamment que l’avocat place les affaires de son client au premier rang, en priorité sur ses propres affaires ». J’estime donc que l’omission de M. Strother de revenir en 1998 — au moment où il avait un intérêt financier personnel non divulgué dans Sentinel Hill — sur l’avis qu’il avait donné en 1997 constituait un manquement à son devoir de loyauté envers Monarch. Il a encore manqué à

potential clients) as possible when the opportunity presented itself (whether or not existing retainers required him to do so)? The unfortunate inference is that Strother did not tell Monarch because he did not think it was in his personal financial interest to do so.

4. Davis Did Not Participate in Strother's Disabling Conflict of Interest

As discussed, Strother did not advise Davis of his January 1998 deal with Darc until August 1998, and even then he did so inaccurately. On the basis of what Davis was told, Davis's managing partner instructed Strother not to exercise the "option" to acquire an interest in Sentinel. Whatever financial arrangement Strother had with Darc and Sentinel, Davis was not aware of it or a party to it.

The conversation between Strother and McLeod, mentioned earlier, is not sufficient to implicate either McLeod or the firm in that breach. Monarch claims that 28 of the same Davis lawyers and students that worked on Sentinel Hill in 1998-1999 had previously worked on Monarch from 1993-1997; and 11 lawyers worked on both Monarch and Sentinel in 1998. Moreover, Monarch points out that several partners and senior officers at Davis appear to have had some level of knowledge about Sentinel, such as McLeod (the "commercial partner in charge" (BCCA #2, at para. 6)), Mr. Elischer (Davis's managing director (BCCA #2, at para. 8)), and, by the summer of 1998, Mr. Buchanan (Davis's managing partner (BCCA #2, at para. 10)). However, there is no evidence that any of these people were aware of Strother's personal financial interest

ce devoir en omettant d'informer Monarch de la décision fiscale favorable lorsqu'elle est devenue publique le 6 octobre 1998. Pourquoi un avocat hyperperformant comme M. Strother n'aurait-il pas fait profiter le plus de clients (ou clients potentiels) possible de ses conseils lorsque l'occasion se présentait (peu importe que des mandats existants l'obligeaient à le faire)? La conclusion qu'il faut malheureusement tirer est que M. Strother n'a rien dit à Monarch parce qu'il ne croyait pas qu'il était dans son intérêt financier personnel de le faire.

4. Le cabinet Davis n'a pas pris part au conflit d'intérêts entraînant l'incapacité de M. Strother

Comme nous l'avons vu, ce n'est qu'en août 1998 que M. Strother a mentionné au cabinet Davis le marché qu'il avait conclu en janvier 1998 avec M. Darc et, même là, il ne l'a pas fait de manière précise. Se fondant sur ce qui avait été dit au cabinet Davis, l'associé directeur général du cabinet Davis a demandé à M. Strother de ne pas exercer l'« option » d'acquisition d'une participation dans Sentinel. Quel qu'ait été l'arrangement financier que M. Strother a conclu avec M. Darc et Sentinel, le cabinet Davis n'était pas au courant de cet arrangement ou n'y était pas partie.

La conversation susmentionnée entre MM. Strother et McLeod n'est pas suffisante pour impliquer M. McLeod ou le cabinet dans ce manquement. D'après Monarch, 28 des avocats et étudiants du cabinet Davis qui ont travaillé sur les dossiers de Sentinel Hill en 1998-1999 avaient déjà travaillé sur ceux de Monarch de 1993 à 1997, et 11 avocats avaient travaillé sur les dossiers de Monarch et Sentinel en 1998. Monarch ajoute que plusieurs associés et hauts dirigeants du cabinet Davis semblaient renseignés jusqu'à un certain point au sujet de Sentinel, dont M. McLeod ([TRADUCTION] « l'associé commercial responsable » (C.A.C.-B. n° 2, par. 6)), M. Elischer (le directeur général du cabinet Davis (C.A.C.-B. n° 2, par. 8)), et, dès l'été de 1998, M. Buchanan (l'associé directeur général du cabinet Davis (C.A.C.-B. n° 2, par. 10)). Toutefois, rien ne prouve que ces personnes étaient au courant

71

72

before August 1998, at which point it was forbidden.

73 Monarch's failure to establish knowledge on the part of other Davis partners of the circumstances giving rise to the conflict is crucial to an assessment of their potential liability as fiduciaries. The Davis firm was as much an innocent victim of Strother's financial conflict as was Monarch. However, though not party to Strother's breach of fiduciary duty, Davis may still be vicariously liable for Strother's "wrongful act" under s. 12 of the *Partnership Act*, as will be discussed.

D. *Fiduciary Remedies*

74 This Court has repeatedly stated that "[e]quitable remedies are always subject to the discretion of the court". See, e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 107; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 444; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-89, and *Côté*, at paras. 9-14. In *Neil*, the Court stated emphatically: "It is one thing to demonstrate a breach of loyalty. It is quite another to arrive at an appropriate remedy" (para. 36).

75 Monarch seeks "disgorgement" of profit earned by Strother and Davis. Such a remedy may be directed to either or both of two equitable purposes. Firstly, is a *prophylactic* purpose, aptly described as appropriating

for the benefit of the person to whom the fiduciary duty is owed any benefit or gain obtained or received by the fiduciary in circumstances where there existed a conflict of personal interest and fiduciary duty or a significant possibility of such conflict: the objective is to preclude the fiduciary from being swayed by considerations of personal interest.

(*Chan v. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178, *per* Deane J., at p. 198)

de l'intérêt financier personnel de M. Strother avant août 1998, au moment où lui était interdit de posséder un tel intérêt.

Le défaut de Monarch d'établir que les autres associés du cabinet Davis étaient au fait des circonstances à l'origine du conflit est crucial pour apprécier leur responsabilité potentielle à titre de fiduciaires. Le cabinet Davis était tout autant que Monarch une victime innocente du conflit financier de M. Strother. Cependant, bien qu'il n'ait pas participé au manquement à l'obligation fiduciaire de M. Strother, le cabinet Davis peut quand même, comme nous le verrons, être responsable du fait d'autrui relativement à l'« acte fautif » — visé par l'art. 12 de la *Partnership Act* — que M. Strother a accompli.

D. *Recours fiduciaires*

Notre Cour a à maintes reprises affirmé que « [les recours en equity] dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal ». Voir, par exemple, les arrêts *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 107; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 444; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 587-589, et *Côté*, par. 9-14. Dans l'arrêt *Neil*, la Cour a affirmé catégoriquement que « [d]émontrer l'existence d'un manquement au devoir de loyauté est une chose, mais [que] c'en est une autre que de déterminer quel est le recours approprié » (par. 36).

Monarch sollicite la « restitution » des profits réalisés par M. Strother et le cabinet Davis. Un tel recours peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs d'equity, ou les deux à la fois. Il y a d'abord l'objectif de *prévention*, décrit avec justesse comme étant l'appropriation

[TRADUCTION] au profit du bénéficiaire de l'obligation fiduciaire de tout avantage ou gain obtenu ou reçu par le fiduciare dans des circonstances où il existait un conflit ou un risque important de conflit entre un intérêt personnel et l'obligation fiduciaire : le but est d'empêcher le fiduciare de se laisser influencer par des considérations d'intérêt personnel.

(*Chan c. Zacharia* (1984), 154 C.L.R. 178, le juge Deane, p. 198)

The second potential purpose is *restitutionary*, i.e. to restore to the beneficiary profit which properly belongs to the beneficiary, but which has been wrongly appropriated by the fiduciary in breach of its duty. This rationale is applicable, for example, to the wrongful acquisition by a fiduciary of assets that should have been acquired for a beneficiary, or wrongful exploitation by the defendant of the plaintiff's intellectual property. The restitutionary purpose is not at issue in the case of Strother's profit. The trial judge rejected Monarch's claim that Darc usurped a corporate opportunity belonging to Monarch (paras. 128, 179 and 187). This finding was upheld on appeal (para. 73).

The concept of the *prophylactic* purpose is well summarized in the Davis factum as follows:

[W]here a conflict or significant possibility of conflict existed between the fiduciary's duty and his or her personal interest in the pursuit or receipt of such profits . . . equity requires disgorgement of any profits received even where the beneficiary has suffered no loss because of the need to deter fiduciary faithlessness and preserve the integrity of the fiduciary relationship. [Emphasis omitted; para. 152.]

Where, as here, disgorgement is imposed to serve a prophylactic purpose, the relevant causation is the breach of a fiduciary duty and the defendant's gain (not the plaintiff's loss). Denying Strother profit generated by the financial interest that constituted his conflict teaches faithless fiduciaries that conflicts of interest do not pay. The *prophylactic* purpose thereby advances the policy of equity, even at the expense of a windfall to the wronged beneficiary.

1. Monarch's Claims

I proceed to consider the claims for disgorgement made by Monarch against Strother and Davis:

- (a) All legal fees paid by Monarch since 1993;
- (b) all legal fees paid by Darc and Sentinel to Davis;

Le deuxième objectif possible est l'objectif de *restitution*, qui consiste à restituer au bénéficiaire les profits qui lui appartiennent à bon droit, mais que le fiduciaire s'est arrogés contrairement à son obligation. Ce raisonnement s'applique notamment à l'acquisition illicite par un fiduciaire de biens qui auraient dû être acquis pour un bénéficiaire ou à l'exploitation illicite par le défendeur de la propriété intellectuelle du demandeur. L'objectif de restitution n'est pas en cause en ce qui concerne le profit réalisé par M. Strother. Le juge de première instance a rejeté l'argument de Monarch selon lequel M. Darc s'est arrogé une occasion d'affaires appartenant à Monarch (par. 128, 179 et 187). Cette conclusion a été maintenue en appel (par. 73).

La notion de l'objectif de *prévention* est bien résumée dans le mémoire du cabinet Davis :

[TRADUCTION] [L]orsqu'il existe un conflit ou un risque important de conflit entre le devoir du fiduciaire et son intérêt personnel dans la quête ou la réception de tels profits [. . .] l'équité exige la restitution de tout profit reçu même si le bénéficiaire n'a subi aucune perte, en raison de la nécessité de décourager la déloyauté fiduciaire et de maintenir l'intégrité de la relation fiduciaire. [Italique omis; par. 152.]

Lorsque, comme en l'espèce, la restitution est ordonnée dans un but de prévention, le lien de causalité pertinent est le manquement à une obligation fiduciaire et le gain réalisé par le défendeur (et non la perte subie par le demandeur). Refuser à M. Strother de toucher les profits générés par l'intérêt financier qui le plaçait en situation de conflit montre aux fiduciaires déloyaux que le conflit d'intérêts ne paie pas. L'objectif de *prévention* favorise l'équité, même au prix d'un gain inattendu pour le bénéficiaire lésé.

1. Les demandes de Monarch

Je passe à l'examen des demandes de restitution que Monarch a présentées contre M. Strother et le cabinet Davis :

- a) Tous les honoraires d'avocat versés par Monarch depuis 1993;
- b) tous les honoraires d'avocat versés au cabinet Davis par M. Darc et Sentinel;

(c) all profits earned by Strother.

I will address each in turn.

(a) *Legal Fees Paid by Monarch*

79

A causal relationship between the breach of fiduciary duty and the profits is required in order for an accounting to be ordered. Monarch paid approximately \$85,000 to Davis in legal fees during 1998. Monarch's claim for the return of these fees rests on the proposition that Davis earned these profits in consequence of Strother's failure to advise Monarch properly or refer it elsewhere. The Court of Appeal ordered "that Davis must return to Monarch all fees (not including disbursements) paid by it from and after January 1, 1998" (BCCA #2, at para. 56).

80

Davis charged Monarch for general corporate services and "clean-up" work on prior transactions. This work was not tainted and I would not order a return of such fees charged to Monarch in 1998 or 1999. However, to the extent Strother personally made a profit under the Davis firm allocation process attributable to hours docketed to Monarch's account, or to fees paid to the firm by Monarch, such profit (earned at a time when Strother was in a position of conflict, and derelict in his duty to Monarch) should form part of Strother's accounting to Monarch.

81

As Davis committed no breach of fiduciary duty to Monarch, and is not responsible for Strother's breach as discussed below, there can be no order for equitable relief against Davis in this or other respects.

c) tous les profits réalisés par M. Strother.

Je vais examiner à tour de rôle chacune de ces demandes.

a) *Honoraires d'avocat versés par Monarch*

Pour qu'une reddition de compte soit ordonnée, il doit exister un lien de causalité entre le manquement à l'obligation fiduciaire et les profits réalisés. En 1998, Monarch a versé au cabinet Davis environ 85 000 \$ à titre d'honoraires d'avocat. La demande de Monarch visant à obtenir la restitution de ces honoraires repose sur la prémisse selon laquelle le cabinet Davis a réalisé ces profits en raison de l'omission de M. Strother de conseiller correctement Monarch ou de la diriger ailleurs. La Cour d'appel a ordonné [TRADUCTION] « que le cabinet Davis rembourse à Monarch tous les honoraires (excluant les débours) que celle-ci lui a versés depuis le 1^{er} janvier 1998 » (C.A.C.-B. n^o 2, par. 56).

Le cabinet Davis a facturé à Monarch des services administratifs généraux et d'autres services de règlement de questions en suspens relatives à des opérations antérieures. Ce travail n'était pas entaché d'irrégularité et je suis d'avis de ne pas ordonner la restitution de ces honoraires facturés à Monarch en 1998 ou 1999. Cependant, dans la mesure où M. Strother a personnellement réalisé des profits dans le cadre de la répartition par le cabinet Davis des heures facturées au compte de Monarch ou des honoraires que Monarch a versés au cabinet, ces profits (réalisés à un moment où M. Strother était en situation de conflit d'intérêts et manquait à son devoir envers Monarch) devraient faire partie de la reddition de compte que M. Strother devra faire à Monarch.

Étant donné que le cabinet Davis n'a manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch et qu'il n'est pas, comme nous l'avons vu, responsable du manquement de M. Strother, aucune ordonnance accordant une réparation en equity ne peut être rendue contre le cabinet Davis à cet égard ou à d'autres égards.

(b) *Legal Fees Paid by Sentinel to Davis*

The Court of Appeal ordered Davis to “account for and disgorge the profits it earned from acting for Sentinel Hill in breach of its duty to Monarch from and after January 1, 1998” (BCCA #2, at para. 50). Newbury J.A. added:

I am not persuaded there is any principled reason for a cut-off of such accounting as of the date Monarch withdrew from Davis’s clientele . . . in a very real sense, all the fees earned by the firm thereafter [late 1997 or early 1998] from Sentinel Hill were rooted in Mr. Strother’s (and hence Davis’s) preparation of the ruling request. For similar reasons, a cut-off date as of March 1999 when Mr. Strother left Davis must also be rejected, in my view: the foundation for the firm’s substantial fees had been laid the previous year.

In my view, with respect, there was no *Neil*-type conflict *known to Davis* that prevented it from acting for both Sentinel and Monarch. The legal fees paid by Sentinel to Davis cannot therefore be said to be “in consequence” of breaches of fiduciary duties owed by Davis to Monarch. My conclusion on this point differs from that of the Court of Appeal because in my view it was not a breach of fiduciary duty for Davis to take on Sentinel as a client. Profits earned by Davis on the fees paid by Sentinel were a result of Davis properly accepting the Sentinel retainer and Davis lawyers providing the legal services for which the fees were charged. The profits were produced by the skill and expertise of the lawyers at Davis who worked on the Sentinel files. The result well might be different had it been a breach for Davis and Strother to take on Sentinel as a client, but that issue does not arise here.

b) *Honoraires d’avocat versés par Sentinel au cabinet Davis*

La Cour d’appel a ordonné au cabinet Davis de [TRADUCTION] « rendre compte des profits qu’il a réalisés à partir du 1^{er} janvier 1998 en agissant pour le compte de Sentinel Hill contrairement à son obligation envers Monarch, et de restituer ces profits » (C.A.C.-B. n^o 2, par. 50). La juge Newbury a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincue qu’il existe quelque principe justifiant de fixer au moment où Monarch a cessé d’être cliente du cabinet Davis la date butoir applicable à la reddition de compte [. . .] en réalité, tous les honoraires que le cabinet a reçus de Sentinel Hill par la suite [fin de 1997 ou début de 1998] résultaient de la préparation de la demande de décision par M. Strother (et donc par le cabinet Davis). Pour les mêmes raisons, j’estime que la date butoir de mars 1999, correspondant au moment où M. Strother a quitté le cabinet Davis, doit elle aussi être rejetée : les assises des honoraires élevés du cabinet avaient été établies l’année précédente.

En toute déférence pour l’opinion contraire, j’estime qu’il n’existait pas de conflit de type *Neil*, *connu du cabinet Davis*, qui empêchait celui-ci d’agir à la fois pour le compte de Sentinel et pour celui de Monarch. On ne saurait donc affirmer que les honoraires d’avocat versés au cabinet Davis par Sentinel résultent de manquements aux obligations fiduciaires que le cabinet Davis avait envers Monarch. Ma conclusion à cet égard diffère de celle de la Cour d’appel du fait que j’estime que le cabinet Davis n’a pas manqué à une obligation fiduciaire en prenant Sentinel comme cliente. Les profits réalisés par le cabinet Davis grâce aux honoraires que lui a versés Sentinel découlaient de son acceptation, à bon droit, du mandat de Sentinel et des services juridiques que ses avocats avaient fournis en échange de ces honoraires. Ils ont été réalisés grâce à la compétence et à l’expertise des avocats du cabinet Davis qui ont travaillé sur les dossiers de Sentinel. Le résultat pourrait bien être différent si le cabinet Davis et M. Strother avaient commis un manquement en prenant Sentinel comme cliente, mais la question ne se pose pas en l’espèce.

82

83

(c) *Profits Earned by Strother*

84 The expert's final report on the entitlement of Strother and Darc to financial benefits from Sentinel Hill established that the share for the two of them was \$4,132,131 in 1998 and \$22,818,028 in 1999.

85 Strother must account for profit earned from the personal financial opportunity he pursued in breach of his fiduciary duty to Monarch. Whatever form his ongoing relationship or understanding with Sentinel took after August 1998, he had sowed the seeds of Sentinel's success before that date and reaped his reward when the harvest ripened in 1999 and 2000. Sentinel advanced Strother almost \$1 million in February and early March 1999. This was before Strother resigned from the Davis firm on March 31, 1999.

86 Strother characterizes these advances as "loans" which were set off against management fees that serendipitously became payable to Strother later that year. Monarch contends it was Strother's share of the profits earned on the transactions that Sentinel had closed. The fact is that Strother received \$1 million. Even as a "loan" that was a significant benefit. The money was in fact never repaid. If the prophylactic purpose of the equitable remedy is to be achieved, Strother cannot be permitted to pocket the money thus derived from a personal interest in conflict with his fiduciary duty.

87 Once it is determined that Strother must disgorge profits related to his breaches of loyalty to Monarch, and is therefore subject to an accounting in that regard, it is also necessary to determine whether the period during which Strother should be obliged to account extends beyond the date when the tax ruling was made public (October 6, 1998). A further issue on remedy is Strother's request for an apportionment of whatever profits are awarded. His counsel points out, correctly, that "[e]ven where it is found that profits have been derived from a breach, they may nonetheless be apportioned . . . depend-

c) *Profits réalisés par M. Strother*

Le rapport final de l'expert sur le droit de MM. Strother et Darc de tirer des avantages financiers de Sentinel Hill a établi que la part leur revenant s'élevait à 4 132 131 \$ en 1998 et à 22 818 028 \$ en 1999.

Monsieur Strother doit rendre compte des profits réalisés en raison des avantages financiers personnels qu'il a obtenus en manquant à son obligation fiduciaire envers Monarch. Quelle que soit la forme qu'ait revêtu sa relation ou son entente avec Sentinel après août 1998, M. Strother avait, avant cette date, pavé la voie au succès de Sentinel, dont il a récolté les fruits en 1999 et 2000. Sentinel a avancé à M. Strother près d'un million de dollars en février et au début de mars 1999, soit avant que celui-ci démissionne de son poste dans le cabinet Davis le 31 mars 1999.

Monsieur Strother qualifie ces avances de « prêts » qui ont été déduits des frais de gestion, lesquels, par un heureux hasard, lui sont devenus payables plus tard cette année-là. Monarch soutient qu'il s'agissait de la part revenant à M. Strother des profits tirés des opérations effectuées par Sentinel. Il reste que M. Strother a touché un million de dollars. Même comme « prêt », cela représentait un avantage important. En fait, cette somme n'a jamais été remboursée. Si l'objectif de prévention du recours en equity doit être atteint, on ne saurait permettre à M. Strother de toucher l'argent ainsi gagné grâce à un intérêt personnel incompatible avec son obligation fiduciaire.

Une fois qu'il a été établi que M. Strother doit restituer les profits liés aux manquements à son devoir de loyauté envers Monarch et qu'il est, par conséquent, astreint à une reddition de compte à cet égard, il devient également nécessaire de déterminer si la période visée par la reddition de compte de M. Strother devrait s'étendre au-delà de la date à laquelle la décision fiscale est devenue publique (6 octobre 1998). Une autre question qui se pose au sujet de la réparation à accorder concerne la demande de M. Strother qu'il y ait répartition des profits, quel qu'en soit le montant. Son avocat

ing on the extent to which the profits are attributable to the breach” (Strother factum, at para. 132). I will deal first with the issue of a cut-off date and then return to the question of apportionment.

2. The “Accounting Period” Defined

The Court of Appeal, despite its observation that the accounting remedy itself should not become “an instrument of injustice” (BCCA #1, at para. 52), nevertheless concluded that the “accounting period” should be open-ended:

After much anxious consideration, I have therefore concluded that Mr. Strother must be required to account for and disgorge to Monarch all benefits, profits, interests and advantages he has received or which he may hereafter be entitled to receive, directly or indirectly (i.e., through a corporation, trust, or other vehicle), from or through any of the Sentinel Hill Entities. [Emphasis added.]

(BCCA #1, at para. 61, *per* Newbury J.A.)

An accounting of profits is an equitable remedy and, as La Forest J. noted in a different context:

... equity is not so rigid as to be susceptible to being used as a vehicle for punishing defendants with harsh damage awards out of all proportion to their actual behaviour.

(*Hodgkinson*, at p. 444)

To the same effect, the High Court of Australia noted in *Warman International Ltd. v. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201, at pp. 211-12:

... the stringent rule requiring a fiduciary to account for profits can be carried to extremes and ... in cases outside the realm of specific assets, the liability of the fiduciary should not be transformed into a vehicle for the unjust enrichment of the plaintiff.

souligne à juste titre que, [TRADUCTION] « [m]ême lorsqu’on conclut que des profits ont résulté d’un manquement, il est néanmoins possible de les répartir [...] selon la mesure dans laquelle ils sont attribuables au manquement » (mémoire de M. Strother, par. 132). Je vais d’abord examiner la question de la date butoir et je reviendrai ensuite à celle de la répartition.

2. Définition de la « période visée par la reddition de compte »

Même si elle a fait remarquer que la reddition de compte ne devrait pas devenir un [TRADUCTION] « un instrument d’injustice » (C.A.C.-B. n° 1, par. 52), la Cour d’appel a néanmoins conclu que la « période visée par la reddition de compte » devrait être indéterminée :

[TRADUCTION] Après mûre réflexion, je conclus donc que M. Strother doit être tenu de rendre compte à Monarch de tous les bénéfices, profits, intérêts et avantages qu’il a reçus ou qu’il peut dorénavant avoir le droit de recevoir, directement ou indirectement (c’est-à-dire par l’intermédiaire d’une société, d’une fiducie ou d’un autre vecteur), des entités Sentinel Hill ou par l’intermédiaire de celles-ci, et de les lui restituer. [Je souligne.]

(C.A.C.-B. n° 1, par. 61, la juge Newbury)

Une reddition de compte est une réparation en equity et, comme le juge La Forest l’a fait observer dans un autre contexte :

... l’*equity* n’est pas rigide au point de pouvoir être utilisée pour imposer à des défendeurs de lourds dommages-intérêts disproportionnés à leur conduite véritable.

(*Hodgkinson*, p. 444)

Dans le même ordre d’idées, la Haute Cour d’Australie a dit ceci dans l’arrêt *Warman International Ltd. c. Dwyer* (1995), 128 A.L.R. 201, p. 211-212 :

[TRADUCTION] ... la règle stricte qui exige qu’un fiduciaire rende compte des profits peut être poussée à l’extrême et [...] dans les cas qui débordent le domaine des éléments d’actif précis, la responsabilité du fiduciaire ne devrait pas être transformée en un vecteur d’enrichissement sans cause du demandeur.

In *Warman* itself, the Court found that two years was the appropriate period for which defendants should be ordered to account. From the profits so determined, an allowance for the expenses, skill, expertise, effort and resources contributed by the defendants was to be deducted.

Dans l'arrêt *Warman*, la cour a conclu qu'une période de deux ans était la période à l'égard de laquelle il convenait d'ordonner aux défendeurs de rendre compte. Une fois le montant des profits ainsi établi, il fallait déduire de ceux-ci une somme pour les dépenses, la compétence, l'expertise et les efforts des défendeurs, ainsi que les ressources mises à contribution par ceux-ci.

90 In my view, a "cut off" is appropriate in this case as well. At some point, intervention of other events and actors (as well as the behaviour of the claimant) dissipates the effect of the breach. A number of cut-off dates are suggested:

À mon avis, il convient également en l'espèce d'établir une « date butoir ». À un certain moment, le concours d'autres événements ou acteurs (ainsi que le comportement du demandeur) vient dissiper l'effet du manquement. Un certain nombre de dates butoirs sont proposées :

- (i) the date the advance tax ruling was issued (October 6, 1998) plus a reasonable time for Monarch to put its house in order to pursue tax-assisted film production services opportunities;
- (ii) the date Monarch actually learned of the tax ruling (February or early March 1999) plus time to put its house in order, etc.;
- (iii) the date Monarch fired Davis (on or about March 8, 1999, when Monarch sent a claim letter to Davis);
- (iv) the date Sherman and other participants in the Sentinel group transformed Darc's original structure into its eventual highly profitable form in the late spring of 1999;
- (v) the date Strother left Davis and ceased to have a solicitor-client relationship with Monarch (March 31, 1999);
- (vi) the date Monarch ceased serious efforts to get back into the tax-assisted film production services business in September 1999.

- (i) la date à laquelle a été rendue la décision anticipée en matière d'impôt (6 octobre 1998), plus un délai raisonnable pour que Monarch puisse mettre de l'ordre dans ses affaires afin de poursuivre ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale;
- (ii) la date à laquelle Monarch a réellement pris connaissance de la décision en matière d'impôt (février ou début de mars 1999), plus un délai pour qu'elle puisse mettre de l'ordre dans ses affaires, etc.;
- (iii) la date à laquelle Monarch a mis fin à sa relation avec le cabinet Davis (le 8 mars 1999 ou vers cette date, lorsque Monarch a fait envoyer par ses avocats une mise en demeure au cabinet Davis);
- (iv) la date à laquelle M. Sherman et d'autres participants du groupe Sentinel ont modifié la structure initiale de M. Darc pour lui faire prendre une forme qui s'est révélée très rentable en définitive, à la fin du printemps de 1999;
- (v) la date à laquelle M. Strother a quitté le cabinet Davis et a cessé d'avoir une relation avocat-client avec Monarch (31 mars 1999);
- (vi) la date à laquelle Monarch a cessé de s'efforcer sérieusement de reprendre ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale en septembre 1999.

By failing to advise Monarch, or at the very least to refer it elsewhere in the spring of 1998, Strother pursued his own interest and denied Monarch the timely opportunity to find new counsel and advance the possibility of reviving in modified form its tax-assisted film production services business. Further, in October 1998, Strother failed to advise his client of the tax ruling when it was made public. Strother denies that Monarch would have benefited from the opportunity even if it had been offered in a timely way, but the evidence is that Monarch *did* try to get back into the tax-assisted film business through another law firm once it found out about the Sentinel ruling, as noted by the trial judge (paras. 33 and 182). By September 1999, Monarch's new tax counsel, Allan Beach, had prepared a structure that could have been used to obtain a tax ruling. However, the trial judge found that after September 1999, Monarch did not proceed with serious diligence (para. 182). By that time, of course, Strother had long since left the Davis firm (March 1999) thus terminating the conflict.

I now propose to consider which of the options represents the most appropriate cut off.

The advance tax ruling became public shortly after it was issued on October 6, 1998. Counsel to Monarch's former competitors seized upon it, advised their clients, and began developing structures to re-enter the market. However, Strother was counsel to Monarch and said nothing. As the evidence indicated, the silence was deliberate at a time when his financial interests were now aligned with Sentinel. In the absence of that conflict it is difficult to believe that Strother, as an experienced and successful rainmaker for the Davis firm, would not have picked up the telephone and called Monarch to give them the good news and correct the earlier negative advice he had provided. At least by the time the ruling became public, whatever the duty of confidentiality Strother believed he owed

En omettant de conseiller Monarch ou à tout le moins de la diriger ailleurs au printemps de 1998, M. Strother a servi ses propres intérêts et a privé Monarch de la possibilité de se trouver un nouvel avocat en temps utile et de reprendre, sous une nouvelle forme, ses activités dans le domaine des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. De plus, M. Strother n'a pas avisé sa cliente de la décision fiscale au moment où elle est devenue publique en octobre 1998. Monsieur Strother nie que Monarch aurait profité de l'occasion même si elle lui avait été offerte en temps utile, mais la preuve révèle que, comme l'a souligné le juge de première instance (par. 33 et 182), Monarch a *effectivement* tenté de réintégrer le secteur des services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale en recourant aux services d'un autre cabinet d'avocats dès qu'elle a entendu parler de la décision relative à Sentinel. Dès septembre 1999, le nouvel avocat fiscaliste de Monarch, Allan Beach, avait conçu une structure qui aurait pu servir à obtenir une décision en matière d'impôt. Le juge de première instance a toutefois conclu qu'après septembre 1999 Monarch n'avait pas vraiment agi avec diligence (par. 182). Il va sans dire qu'à l'époque M. Strother avait quitté depuis longtemps le cabinet Davis (mars 1999), ce qui avait eu pour effet de mettre mis fin au conflit.

Je compte maintenant examiner quelle option présente la date butoir la plus convenable.

La décision anticipée en matière d'impôt est devenue publique peu après avoir été rendue le 6 octobre 1998. Les avocats des anciennes concurrentes de Monarch en ont pris connaissance, ont conseillé leurs clientes et ont commencé à concevoir des structures qui leur permettraient de réintégrer le marché. Toutefois, M. Strother était l'avocat de Monarch et n'a rien dit. Comme l'indiquait la preuve, le silence était délibéré à un moment où les intérêts financiers de M. Strother étaient alignés sur ceux de Sentinel. Il est difficile de croire qu'en l'absence de ce conflit M. Strother, avocat chevronné, prospère et hyperperformant du cabinet Davis, n'aurait pas téléphoné à Monarch pour lui annoncer la bonne nouvelle et corriger l'avis négatif qu'il lui avait donné antérieurement. Tout devoir

91

92

93

to Sentinel in relation to the prospective ruling had disappeared.

94 Bradley Sherman became a consultant to Sentinel in February 1999. The trial judge found that Sentinel would not have been as successful as it became without his innovations. At some point, profits earned by Strother were attributable in substantial part to Sherman's business acumen and Sentinel's later affiliation with Alliance. Disgorgement of that money to Monarch would be punitive, not prophylactic.

95 In my view, the prophylactic purpose would be served if Strother is required to account to Monarch for all monies (including the \$1 million "loan" which should be treated as monies beneficially received by Strother on the date "loaned") received during or attributable to his period with Davis between January 1, 1998 and March 31, 1999. At that point, both Monarch and Strother had severed their links with Davis. The conflict was spent.

3. Should Strother's Profit Be Apportioned?

96 In my view, this is not a case for apportionment. The Court's purpose here is prophylactic rather than restitutionary. We are not therefore engaged in allocating an amount of profit amongst different contributing sources (or "profit drivers"). Strother acquired a personal financial interest in one client that conflicted with his duty to provide full and candid advice to another concurrent client. He should not be permitted to profit from that conflicting interest even though it is justly said that his own skill and experience were major contributors to those profits. Apportionment in these circumstances would reward the breach and undermine achievement of the *prophylactic* purpose.

de confidentialité que M. Strother croyait avoir envers Sentinel quant à la décision éventuelle avait cessé d'exister au plus tard lorsque cette décision est devenue publique.

Bradley Sherman a commencé à agir comme consultant de Sentinel en février 1999. Le juge de première instance a conclu que Sentinel n'aurait pas connu autant de succès sans son apport créatif. À un certain moment, les profits réalisés par M. Strother étaient attribuables en grande partie au sens des affaires de M. Sherman et à l'affiliation subséquente de Sentinel avec Alliance. La restitution de cet argent à Monarch serait punitive et non préventive.

J'estime que l'objectif de prévention serait atteint si M. Strother était tenu de rendre compte à Monarch de toutes les sommes (y compris le « prêt » d'un million de dollars qui devrait être considéré comme une somme que M. Strother a reçue à titre bénéficiaire à la date où elle lui a été « prêtée ») reçues pendant son séjour dans le cabinet Davis entre le 1^{er} janvier 1998 et le 31 mars 1999, ou attribuables à ce séjour. À ce moment, Monarch et M. Strother avaient rompu tous leurs liens avec le cabinet Davis. Il n'y avait plus de conflit.

3. Devrait-il y avoir répartition du profit réalisé par M. Strother?

À mon avis, il ne s'agit pas d'une affaire où il y a lieu de procéder à une répartition. En l'espèce, la Cour vise un objectif de prévention plutôt qu'un objectif de restitution. Il n'est donc pas question que nous répartissions un profit entre différentes sources qui ont contribué à le réaliser (ou différents « générateurs de profits »). Monsieur Strother a acquis, dans un client, un intérêt financier personnel qui entrainait en conflit avec le devoir qu'il avait de conseiller, de manière franche et complète, un autre client concurrent. Il ne devrait pas pouvoir profiter de cet intérêt conflictuel même si on a raison d'affirmer que ses propres compétence et expérience ont contribué de façon importante à la réalisation de ces profits. Procéder à une répartition dans de telles circonstances aurait pour effet de récompenser le manquement et de compromettre la réalisation de l'objectif de *prévention*.

4. Strother May Be Entitled to Reasonable Deductions

Monarch is awarded, within the limits stated above, “profits”. From whatever portion of profit is awarded to Monarch should be deducted, if established, Strother’s reasonable and necessary expenses incurred by him to earn the profit: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255 (B.C.S.C.), at p. 294. The parties have agreed that such deductions are to be determined in a post-trial reference.

5. Is Davis Liable for Strother’s Fiduciary Breach and if so to What Extent?

I have already concluded that Davis did not breach its fiduciary duty to Monarch. The Davis partners were innocent of Strother’s breach. The firm cannot be held to have breached a fiduciary duty on the basis of facts of which its partners were ignorant. Nevertheless, Monarch claims that Davis is vicariously liable for Strother’s personal profits. This aspect of the claim was rejected by the Court of Appeal on the basis that Strother was “on a frolic of his own” (BCCA #2, at para. 42). Newbury J.A. concluded that:

... the partners of Davis were not shown to have known of, or to have been wilfully blind to, or reckless regarding, Mr. Strother’s taking an interest in Sentinel Hill. When Mr. Strother informed his firm of a supposed option, the managing partner clearly forbade his having *any* interest, and he appeared to accept that direction. Whilst in hindsight it might be said the firm should have been alerted to the possibility that Mr. Strother would nevertheless proceed to take (or retain) an interest, the authorities are clear that the test is not an objective one. [Emphasis in original; BCCA #2, at para. 63.]

4. Monsieur Strother pourrait avoir droit à des déductions raisonnables

Monarch aura droit, dans les limites susmentionnées, à des « profits ». Quelle que soit la part des profits qui sera accordée à Monarch, il faut déduire de celle-ci, si elles sont par ailleurs établies, les dépenses raisonnables et nécessaires engagées par M. Strother pour réaliser ces profits : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255 (C.S.C.-B.), p. 294. Les parties ont convenu que le montant de ces déductions devra être déterminé dans le cadre d’un renvoi postérieur au procès.

5. Le cabinet Davis est-il responsable du manquement à l’obligation fiduciaire de M. Strother et, dans l’affirmative, jusqu’à quel point l’est-il?

J’ai déjà conclu que le cabinet Davis n’avait pas manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch. Les associés du cabinet Davis n’avaient rien à se reprocher en ce qui concernait le manquement de M. Strother. On ne saurait considérer que le cabinet a manqué à une obligation fiduciaire en raison de faits dont ses associés ignoraient l’existence. Monarch prétend néanmoins que le cabinet Davis est responsable du fait d’autrui à l’égard des profits personnels de M. Strother. La Cour d’appel a rejeté cet aspect de la demande pour le motif que M. Strother agissait [TRADUCTION] « uniquement de son propre chef » (C.A.C.-B. n° 2, par. 42). La juge Newbury a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] ... on n’a pas démontré que les associés du cabinet Davis savaient que M. Strother acquerrait une participation dans Sentinel Hill, ni qu’ils ont fait preuve d’aveuglement volontaire ou d’insouciance à cet égard. Quand M. Strother a fait part d’une supposée option à son cabinet, l’associé directeur général lui a clairement interdit de détenir *toute* participation et M. Strother a paru accepter cette directive. Même si, après coup, on pouvait dire que le cabinet aurait dû être conscient de la possibilité que M. Strother décide malgré tout d’acquérir (ou de conserver) une participation, la jurisprudence indique clairement que le critère applicable n’est pas un critère objectif. [En italique dans l’original; C.A.C.-B. n° 2, par. 63.]

99

I agree that not only was Davis unaware of Strother's financial interest but Davis had no reason to think that Strother had failed to comply with the managing partner's direction not to take an interest in Sentinel. Nevertheless, Monarch contends that even in the absence of direct fault on the part of Davis and its partners, it is entitled to a statutory recovery under the following provisions of the B.C. *Partnership Act*:

11 A partner in a firm is liable jointly with the other partners for all debts and obligations of the firm incurred while he or she is a partner, and after his or her death his or her estate is also severally liable in a due course of administration for those debts and obligations, so far as they remain unsatisfied, but subject to the prior payment of his or her separate debts.

12 If, by any wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the firm or with the authority of his or her partners, loss or injury is caused to any person who is not a partner in the firm or any penalty is incurred, the firm is liable for that loss, injury or penalty to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

. . .

14 A partner is jointly and severally liable with his or her partners for everything for which the firm, while he or she is a partner in it, becomes liable under either section 12 or 13.

Monarch's claim in this respect extends both to Strother's profit under his arrangement with Darc/Sentinel as well as Strother's share of the Davis profits from billings to Monarch. The claim is purely statutory.

100

The words "wrongful act or omission" in s. 12 are broad enough to embrace an equitable wrong. There is nothing in the language of s. 12 to confine vicarious liability to common law torts: *McDonic*

Je suis d'accord pour dire que non seulement le cabinet Davis n'était pas au courant de l'intérêt financier personnel de M. Strother, mais encore qu'il n'avait aucune raison de croire que celui-ci n'avait pas suivi la directive de l'associé directeur général de ne pas acquérir une participation dans Sentinel. Monarch prétend néanmoins que, même en l'absence de faute directe de la part du cabinet Davis et de ses associés, elle a le droit d'être indemnisée en vertu des dispositions suivantes de la *Partnership Act* de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION]

11 L'associé d'une entreprise est responsable, conjointement avec ses coassociés, de toutes les dettes et obligations de l'entreprise contractées pendant qu'il est associé, et, après son décès, sa succession est solidairement responsable dans le cours normal de l'administration de ces dettes et obligations dans la mesure où il n'y est pas satisfait, sous réserve toutefois du paiement préalable de ses dettes personnelles.

12 Si, à la suite d'un acte ou d'une omission fautifs d'un associé agissant dans le cours normal des affaires de l'entreprise ou avec l'autorisation de ses coassociés, une perte ou un préjudice est causé à une personne qui n'est pas un associé de l'entreprise ou encore une pénalité est imposée, l'entreprise est responsable de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité dans la même mesure que l'associé qui a ainsi agi ou omis d'agir.

. . .

14 L'associé est responsable, conjointement et solidairement avec ses coassociés, de tout ce dont l'entreprise devient responsable aux termes de l'article 12 ou 13, pendant qu'il en est un des associés.

La demande de Monarch à cet égard vise à la fois le profit que M. Strother a réalisé en vertu de son entente avec M. Darc et Sentinel et la part des profits revenant à M. Strother que le cabinet Davis a tiré des services facturés à Monarch. Cette demande repose purement et simplement sur la loi.

Les termes « acte ou [. . .] omission fautifs » à l'art. 12 sont assez généraux pour englober une faute en equity. Rien dans le libellé de l'art. 12 ne limite la responsabilité du fait d'autrui aux délits

Estate v. Hetherington (Litigation Guardian of) (1997), 31 O.R. (3d) 577 (C.A.), at p. 580; *Dubai Aluminium Co. v. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366 (H.L.), at p. 375.

The legislature has imposed liability where “loss or injury is caused”. The trial judge found that Monarch had not proven that Strother’s breaches of fiduciary duty had caused it financial loss, but Monarch certainly suffered *injury* by being denied the legal advice to which it was entitled, and the compensation at issue was awarded in relation to that injury. Section 12 differentiates between a “loss” and an “injury”. The legislature has said that a “loss” is not necessary to ground recovery under s. 12. An injury without loss is sufficient.

What then is the nature and extent of the innocent partners’ liability? The firm is liable “for that loss, injury or penalty”. The inclusion of a “penalty” in s. 12 indicates that even statutory impositions are included (*Dubai Aluminium*, at para. 103). The combination of “loss, injury or penalty” suggests that the legislative purpose is to ensure that a delinquent partner’s liability incurred “to any person who is not a partner”, with the firm’s authority or in the ordinary course of the firm’s business, is to be treated as the obligation of the firm regardless of its legal origin. A money judgment resulting from an accounting of profits against the delinquent partner comes within this description, in my opinion.

Davis argues that where a partner’s fault has not occasioned economic loss to the client, and the accounting of profit is imposed for *prophylactic* rather than restitutionary purposes, vicarious liability serves no useful purpose. Davis argues:

The rule is intended to deter and not to punish. It seeks to deter fiduciaries from breach of their duty by

de common law : *McDonic Estate c. Hetherington (Litigation Guardian of)* (1997), 31 O.R. (3d) 577 (C.A.), p. 580; *Dubai Aluminium Co. c. Salaam*, [2003] 2 A.C. 366 (H.L.), p. 375.

Le législateur a prévu qu’il y a responsabilité lorsque « une perte ou un préjudice est causé ». Le juge de première instance a conclu que Monarch n’avait pas prouvé qu’elle a subi une perte financière par suite des manquements de M. Strother à une obligation fiduciaire. Cependant, Monarch a sûrement subi un *préjudice* en étant privée des conseils juridiques auxquels elle avait droit, et l’indemnité en cause a été accordée en fonction de ce préjudice. L’article 12 établit une différence entre « perte » et « préjudice ». Le législateur a affirmé qu’une « perte » n’est pas nécessaire pour justifier une indemnisation fondée sur l’art. 12. La seule existence d’un préjudice, même sans perte, suffit.

Quelles sont alors la nature et l’étendue de la responsabilité des associés innocents? Le cabinet est responsable « de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité ». L’inclusion du terme « pénalité » à l’art. 12 indique que même les sommes découlant d’obligations imposées par la loi sont visées (*Dubai Aluminium*, par. 103). La combinaison de « perte, [. . .] préjudice ou [. . .] pénalité » tend à indiquer que l’objectif du législateur est de faire en sorte que toute obligation assumée par un associé fautif à l’endroit d’« une personne qui n’est pas un associé », avec l’autorisation du cabinet ou dans le cours normal de ses affaires, soit considérée comme une obligation du cabinet, peu importe son origine légale. J’estime que cette description vise un jugement pécuniaire résultant d’un recours en reddition de compte relative à des profits exercé contre l’associé fautif.

Le cabinet Davis fait valoir que, dans le cas où la faute d’un associé n’a causé aucune perte financière au client, et où la reddition de compte est ordonnée dans un but de *prévention* plutôt que de restitution, la responsabilité du fait d’autrui n’est d’aucune utilité. Le cabinet Davis prétend ceci :

[TRADUCTION] La règle a pour but de dissuader et non de punir. Elle vise à dissuader les fiduciaires de

101

102

103

making them aware that they cannot retain any profit made thereby, thus removing any incentive to disloyalty. That purpose can be achieved only when the fiduciary [i.e., the other partners] is sufficiently knowledgeable of the facts on which breach of duty is alleged to realize that a breach has occurred, or may occur.

(Davis factum, at para. 154)

This argument is persuasive as a matter of equity but at this point Monarch is demanding a *statutory* remedy. Nowhere in s. 12 is it suggested that prior knowledge of the delinquency by the other partners is a condition precedent to liability. On the contrary, proof of prior knowledge by the partners would raise questions of direct liability and, if found, would render unnecessary resort to vicarious liability under s. 12 of the *Partnership Act*. It is in the nature of vicarious liability under s. 12 that the firm may be innocent of any fault other than the misfortune of having on board a rogue partner at the time of his or her delinquency.

104 Monarch must still show that Strother acted “with the authority of his or her partners” or “in the ordinary course of the business of the firm” (s. 12).

105 Clearly, Strother did not act “with the authority” of his partners. The more difficult question is whether it can be said that Strother’s wrongful act was “in the ordinary course of the business” of Davis. The Court of Appeal held that it was not, but I do not think that such a conclusion is consistent with the now well-established principles of vicarious liability established in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and applied in cases such as *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58, and *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British*

manquer à leur devoir en leur faisant prendre conscience qu’ils ne peuvent pas conserver un profit réalisé de cette manière, et à éliminer ainsi tout intérêt à être déloyaux. Cet objectif ne peut être atteint que si le fiduciaire [c’est-à-dire les autres associés] connaît suffisamment les faits qui donneraient lieu à un manquement à un devoir pour se rendre compte qu’un manquement est survenu ou peut survenir.

(mémoire du cabinet Davis, par. 154)

Cet argument est convaincant du point de vue de l’équité, mais, à ce stade-ci, Monarch sollicite une réparation *légale*. Rien dans le libellé de l’art. 12 n’indique que la responsabilité est assujettie à la connaissance préalable de la faute par les autres associés. Au contraire, la preuve de la connaissance préalable par les coassociés soulèverait des questions relatives à la responsabilité directe et, si la connaissance préalable était établie, il deviendrait inutile de recourir à la responsabilité du fait d’autrui prévue à l’art. 12 de la *Partnership Act*. Il est normal, de par la nature de la responsabilité du fait d’autrui prévue à l’art. 12, que le seul reproche qui puisse être fait à l’entreprise soit d’avoir eu la malchance de compter dans ses rangs l’associé peu scrupuleux au moment où celui-ci a commis sa faute.

Monarch doit encore démontrer que M. Strother a agi « avec l’autorisation de ses coassociés » ou « dans le cours normal des affaires [du cabinet] » (art. 12).

Il est évident que M. Strother n’a pas agi « avec l’autorisation » de ses coassociés. La question plus difficile est de savoir si l’on peut dire que l’acte fautif de M. Strother a été accompli « dans le cours normal des affaires » du cabinet Davis. La Cour d’appel a conclu par la négative, mais je ne crois pas que cette conclusion soit conforme aux principes désormais bien établis de la responsabilité du fait d’autrui qui ont été formulés dans l’arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et appliqués notamment dans les arrêts *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58, et *E.B. c. Order*

Columbia, [2005] 3 S.C.R. 45, 2005 SCC 60. In *Dubai Aluminium*, the House of Lords, at para. 23, referred with approval to the principles of vicarious liability set out by McLachlin J. in *Bazley* as an aid to the interpretation of the English equivalent of s. 12. These principles were summarized by McLachlin J. (as she then was) in *Bazley*, at paras. 37 and 41, as follows:

... the policy purposes underlying the imposition of vicarious liability on employers are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization).

. . . .

Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated to the employer's desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of provision of an adequate and just remedy and deterrence. [Emphasis in original.]

Section 12 of the *Partnership Act* should be interpreted in a manner consistent with these principles. The "ordinary course of the business" test thus requires Strother's wrong to be "so connected" with the partnership business that it can be said that Davis introduced the risk of the wrong that befell its client Monarch and is thereby fairly and usefully charged "with its management and minimization".

While, of course, the Court of Appeal is correct that acceptance of personal financial benefits by a rogue partner was not in the ordinary course of the business of Davis, the fact is that the wrongful act in this case was "so connected" with Davis's ordinary business that it led to a contractual breach of Monarch's retainer of Davis. *Both* Monarch and Sentinel retained Davis to provide professional services. Darc did not approach Strother in January

of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, [2005] 3 R.C.S. 45, 2005 CSC 60. Dans le cadre de l'interprétation d'une disposition législative anglaise correspondant à l'art. 12, au par. 23 de l'arrêt *Dubai Aluminium*, la Chambre des lords s'est référée, en les approuvant, aux principes de la responsabilité du fait d'autrui formulés par la juge McLachlin dans l'arrêt *Bazley*. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a résumé ainsi ces principes dans l'arrêt *Bazley*, aux par. 37 et 41 :

... les objectifs de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire).

. . . .

La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle, même si elle n'a rien à voir avec les souhaits de l'employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d'autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. [Souligné dans l'original.]

L'article 12 de la *Partnership Act* doit être interprété d'une manière conforme à ces principes. Le critère du « cours normal des affaires » exige donc que la faute de M. Strother soit « si étroitement liée » aux affaires de la société de personnes qu'il est possible de dire que le cabinet Davis a créé le risque de faute pour sa cliente Monarch et qu'il est donc équitablement et utilement chargé « de le gérer et de le réduire ».

Bien que la Cour d'appel ait évidemment raison d'affirmer que l'acceptation d'avantages financiers personnels par un associé peu scrupuleux ne faisait pas partie du cours normal des affaires du cabinet Davis, il reste que l'acte fautif en l'espèce était « si étroitement lié » aux affaires normales du cabinet Davis qu'il a entraîné une violation contractuelle du mandat confié à ce dernier par Monarch. Monarch et Sentinel ont *toutes les deux* retenu les services

1998 to do a little frolic on the side. The January 30, 1998 memo between Darc and Strother called for the provision by the Davis firm of legal services, e.g.:

Davis & Company will form two limited partnerships and two corporations as the initial entities which will be used in the structure. . . .

Davis & Company will apply for an advance income tax ruling, the application for which will be supported by draft agreements, reviewed by you and the participating film or television studio (likely a Viacom entity). . . .

. . . .

If we are successful in obtaining an advance income tax ruling from Revenue Canada, we will retain Davis & Company to prepare and file an offering memorandum and prepare relevant transaction documents to effect a syndication offering to implement the transactions described in the ruling. . . .

(Monarch's A.R., at pp. 888-89)

107

As to Monarch, the provision of timely and candid legal advice was the essence of the retainer. Davis's failure to perform this retainer properly is explainable, as Newbury J.A. found, by Strother's decision to keep Monarch "in the dark", which resulted from his conflicting personal financial interest. It is not possible, in my view, to disentangle Strother's wrongful act from the "ordinary business" of Davis so as to hold that Strother was off "on a frolic of his own". In these circumstances the "twin objectives" of compensation of the wronged client and deterrence of faithless fiduciaries will generally be furthered by vicarious liability, e.g., by encouraging greater vigilance by other partners, even though in some cases (as here) it may be difficult to know what more the other partners ought to have done to keep Strother out of trouble.

professionnels du cabinet Davis. Monsieur Darc ne s'est pas adressé à M. Strother en janvier 1998 pour lui confier un petit travail d'appoint. Dans la note de service du 30 janvier 1998 échangée entre MM. Darc et Strother, on sollicitait la prestation de services juridiques par le cabinet Davis :

[TRADUCTION] Davis & Company formera deux sociétés en commandite et deux sociétés par actions étant donné que les entités initiales seront utilisées dans la structure. . .

Davis & Company présentera une demande de décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, laquelle demande sera appuyée d'avant-projets de contrat, examinés par vous et le studio cinématographique ou de télévision participant (vraisemblablement une entité Viacom). . .

. . . .

Si nous réussissons à obtenir de Revenu Canada une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nous retiendrons les services de Davis & Company pour qu'il rédige et dépose une notice d'offre et prépare les documents relatifs à des opérations requis pour présenter une offre de consortialisation applicable aux opérations décrites dans la décision. . .

(d.a. Monarch, p. 888-889)

Quant à Monarch, la fourniture de conseils juridiques en temps utile et en toute franchise constituait l'élément fondamental du mandat. Comme l'a conclu la juge Newbury, le défaut du cabinet Davis d'exécuter correctement ce mandat peut s'expliquer par la décision de M. Strother de maintenir Monarch « dans l'ignorance », décision qui résultait de son intérêt financier personnel conflictuel. Il n'est pas possible, selon moi, de dissocier l'acte fautif de M. Strother du « cours normal des affaires » du cabinet Davis et de conclure, sur cette base, que M. Strother agissait « uniquement de son propre chef ». Dans ces circonstances, la responsabilité du fait d'autrui favorisera généralement l'atteinte du « double objectif » de l'indemnisation du client lésé et de la dissuasion des fiduciaires déloyaux, en encourageant notamment les autres associés à être plus vigilants, même si dans certains cas (comme en l'espèce) il peut se révéler difficile de savoir ce que les autres associés auraient dû faire de plus pour éviter que M. Strother s'attire des ennuis.

If Davis is called on to pay monies to Monarch on the basis of vicarious liability, Davis will no doubt seek to claim indemnity from Strother. If, in the circumstances, the claim is allowed and the rogue partner can pay, the firm is protected. If the rogue partner cannot pay, the legislature has decided that there is no good reason why the loss or injury should be inflicted on the innocent client rather than on the partnership which put the rogue partner in a professional position to do what he or she did.

6. Abuse of Monarch's Confidential Information

It is common ground that while Davis and Strother were free to put their legal skills at the service of their other clients, they could not in doing so make use of information provided in confidence by Monarch (or, for that matter, Sentinel).

The Court of Appeal agreed with the trial judge that “no real element of confidentiality had been proven by Monarch as inherent in the transactional documents created by Davis for Monarch and that Monarch had not succeeded in establishing a breach of confidence ‘based on similarity of documentation alone’” (BCCA #2, at para. 62). However, it did conclude with respect to Monarch’s “production services deal memo” (or as it was later called, the “Production Services Agreement”) that

some of the clauses in the Sentinel Hill documents are almost identical. In respect of this document as well, the evidence seems clear that it originated with Mr. Cheikes, as Mr. Darc admitted using the “Production Services Agreement” to create Monarch documents before leaving that company’s employ.

(BCCA #2, at para. 60)

Si le cabinet Davis est appelé à verser de l’argent à Monarch sur le fondement de la responsabilité du fait d’autrui, il n’y a pas de doute qu’il cherchera à se faire indemniser par M. Strother. Si, dans ces circonstances, cette demande était accueillie et que l’associé peu scrupuleux était en mesure de payer, le cabinet serait alors protégé. Le législateur a décidé que, si l’associé peu scrupuleux n’est pas en mesure de payer, rien ne justifie de faire supporter la perte ou le préjudice par le client innocent plutôt que par la société de personnes qui, en tant qu’employeur de l’associé peu scrupuleux, a placé ce professionnel dans une situation où il a pu faire ce qu’il a fait.

6. Abus des renseignements confidentiels de Monarch

Nul ne conteste que si le cabinet Davis et M. Strother étaient libres de mettre leurs compétences juridiques au service d’autres clients, ils ne pouvaient toutefois pas le faire en utilisant des renseignements confidentiels fournis par Monarch (ou, du reste, par Sentinel).

La Cour d’appel a souscrit à l’opinion du juge de première instance voulant que [TRADUCTION] « Monarch n’[ait] pas prouvé que les documents relatifs à des opérations que le cabinet Davis avait préparés pour elle comportaient un véritable élément de confidentialité et que Monarch n’[ait] pas réussi à établir l’existence d’un abus de confiance “en se fondant uniquement sur la similitude de certains documents” » (C.A.C.-B. n° 2, par. 62). Toutefois, en ce qui concerne le [TRADUCTION] « protocole d’entente sur les services de production » de Monarch (par la suite appelé l’« accord relatif aux services de production »), la cour a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . certaines clauses des documents de Sentinel Hill sont presque identiques. En ce qui concerne ce document aussi, la preuve semble clairement indiquer qu’il provenait de M. Cheikes, étant donné que M. Darc a admis avoir utilisé l’« accord relatif aux services de production » pour préparer les documents de Monarch avant de cesser de travailler pour cette société.

(C.A.C.-B. n° 2, par. 60)

108

109

110

111 The Court of Appeal went on to conclude that “the production services deal memorandum of Sentinel Hill had its genesis in the ‘Cheikes package’ of documents” (BCCA #2, at para. 61). In my view, with respect, it is not enough to show that a particular transaction document has its “genesis” in a prior transaction document. Recycling precedents is the life-blood of corporate law practice. A document prepared for Client A is part of the lawyer’s work product and may go through numerous iterations in the service of other clients. The practice of law would be hopelessly inefficient and costly for clients if transactional documents had to be reinvented rather than customized. Provided confidential information is not employed, it seems to me that Monarch cannot complain on this account. I would not give Monarch relief on the basis of the genesis of a document where the successor document does not itself disclose confidential information of the claimant contained in the earlier document.

E. Monarch’s Cross-Appeal Against Paul Darc

112 I would dismiss Monarch’s claim against Darc for the reasons given by Newbury J.A.

V. Disposition

113 I would dismiss the Strother appeals against the finding that, in 1998, Strother put himself in a position of conflict between his duty to Monarch and his personal financial interest. To further this interest, he failed to provide Monarch in 1998 with the legal advice to which Monarch was entitled. With respect to remedy, the Strother appeals are allowed in part. Strother must account to Monarch for the personal profit gained directly from the Sentinel group and indirectly through his earnings as a Davis partner on account of billings to Monarch, but only for the period January 1, 1998 to March 31, 1999. As agreed by the parties, a reference is directed to determine the appropriate calculation

La Cour d’appel a ajouté que [TRADUCTION] « le protocole d’entente sur les services de production de Sentinel Hill émanait de l’«ensemble des documents» de M. Cheikes » (C.A.C.-B. n° 2, par. 61). Avec égards pour l’opinion contraire, je suis d’avis qu’il ne suffit pas de démontrer qu’un document relatif à une opération « émane » d’un document antérieur de même nature. La réutilisation de précédents est un aspect essentiel de la pratique du droit des sociétés. Un document préparé pour le client A fait partie des préparatifs de l’avocat et peut être modifié de nombreuses fois pour servir d’autres clients. La pratique du droit serait désespérément inefficace et coûteuse pour les clients s’il fallait chaque fois recréer des documents relatifs à des opérations plutôt que de personnaliser ceux qui existent déjà. À moins que des renseignements personnels n’aient été utilisés, il me semble que Monarch ne peut pas se plaindre à cet égard. J’estime qu’il n’y a pas lieu d’accorder à Monarch une réparation fondée sur les origines d’un document si le document en question ne divulgue pas au sujet de Monarch des renseignements confidentiels qui figuraient dans le document antérieur.

E. Pourvoi incident de Monarch contre Paul Darc

Pour les motifs exposés par la juge Newbury, je suis d’avis de rejeter la demande de Monarch visant M. Darc.

V. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter les pourvois formés par M. Strother à l’égard de la conclusion selon laquelle, en 1998, il s’est placé en situation de conflit d’intérêts du fait de son obligation envers Monarch et de son intérêt financier personnel. Pour favoriser cet intérêt, il a omis, en 1998, de donner à Monarch les conseils juridiques auxquels celle-ci avait droit. Quant à la réparation, les pourvois de M. Strother sont accueillis en partie. Monsieur Strother doit rendre compte à Monarch du profit personnel qu’il a tiré directement du groupe Sentinel et indirectement grâce au revenu qu’il a touché en tant qu’associé du cabinet Davis pour les services facturés à Monarch, mais uniquement pour la période du

of Strother's profit. Monarch is to have a money judgment against Strother in the sum thus ascertained.

The appeal by Davis against the decision of the Court of Appeal is allowed in part. Davis committed no breach of fiduciary duty to Monarch and is not liable for Strother's breaches of fiduciary duty, of which its partners are innocent, except under the terms of s. 12 of the *Partnership Act*. The liability of Davis is limited to vicarious liability for the sum found to be due by Strother to Monarch under the preceding paragraph.

Monarch's cross-appeal is dismissed with costs.

Except as aforesaid, all parties and the intervenor will bear their own costs in light of the divided success.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Abella JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part on the appeals) —

I. Introduction

It is fundamental to the practice of law that a lawyer acts for many clients. It is equally basic that specialized lawyers act for many clients in the same line of business, some of whom may be competitors. Lawyers and law firms are permitted to act for multiple clients in the same line of business, provided they avoid conflicts of interest.

The issue before us is whether, on the facts of this case, a conflict arose. Justice Binnie concludes that it did, and holds as a consequence that the

1^{er} janvier 1998 au 31 mars 1999. Comme l'ont convenu les parties, un renvoi est ordonné aux fins de détermination du profit réalisé par M. Strother. Un jugement condamnant M. Strother à verser à Monarch la somme ainsi déterminée sera rendu.

Le pourvoi du cabinet Davis contre la décision de la Cour d'appel est accueilli en partie. Le cabinet Davis n'a manqué à aucune obligation fiduciaire envers Monarch et n'est pas responsable des manquements de M. Strother à cet égard, au sujet desquels ses associés n'ont rien à se reprocher, sous réserve des dispositions de l'art. 12 de la *Partnership Act*. Le cabinet Davis est uniquement responsable du fait d'autrui à l'égard de la somme qui, dans le paragraphe précédent, est déclarée due à Monarch par M. Strother.

Le pourvoi incident de Monarch est rejeté avec dépens.

Sous réserve de ce qui précède, toutes les parties et l'intervenante supporteront leurs propres dépens compte tenu du succès partagé obtenu en l'espèce.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel et Abella rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie quant aux pourvois) —

I. Introduction

Un aspect fondamental de la pratique du droit est qu'un avocat agit pour le compte de nombreux clients. Il est également normal que les avocats spécialisés représentent de nombreux clients dans un même secteur d'activité, dont certains peuvent être des concurrents. Les avocats et les cabinets d'avocats ont le droit d'agir pour le compte de multiples clients œuvrant dans un même secteur d'activité, pourvu toutefois qu'ils évitent les conflits d'intérêts.

La question que nous devons trancher est de savoir si, à la lumière des faits de la présente affaire, il y avait conflit. Le juge Binnie conclut que oui

114

115

116

117

118

lawyer, Mr. Robert C. Strother, must pay to his first client, Monarch, a significant portion of the money he earned with the second client. I respectfully disagree. In my view, whether a conflict between two clients exists is dependent on the scope of the retainer between the lawyer and the client in question. The fiduciary duties owed by the lawyer are molded by this retainer, as they must be in a world where lawyers represent more than one client.

119 The trial judge made clear findings of fact as to the limited scope of the retainer between Davis and Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, at paras. 10 and 106-8), and on this basis concluded that no conflict arose when Strother took on a second client in the same line of business. It is not open to this Court to revisit the trial judge's findings, absent a palpable and overriding error. There are no such errors. Nor is it open to us to superimpose a broad fiduciary obligation independent of and inconsistent with the retainer. It follows that the trial judge's conclusion that no conflict arose should be upheld and Strother's appeals allowed. I would dismiss the cross-appeal.

II. Background

120 The *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), in the 1990s permitted tax-sheltered investments in Canadian-made films. Monarch established a business putting together film makers and investors who wished to take advantage of such tax shelters. Strother, a tax lawyer in the firm Davis & Company, a partnership (also referred to as "Davis"), acted as Monarch's lawyer in connection with this business; indeed, in the mid-90s Monarch was Strother's biggest client.

121 Effective October 1997, the government ended the tax-shelter scheme by introducing new

et statue, en conséquence, que l'avocat, Robert C. Strother, doit verser à sa première cliente, Monarch, une partie importante de l'argent qu'il a gagné avec sa deuxième cliente. En toute déférence, je suis en désaccord avec mon collègue. À mon avis, la question de savoir s'il existe un conflit entre deux clients dépend de la portée du mandat conclu entre l'avocat et le client concerné. Les obligations fiduciaires de l'avocat sont façonnées par ce mandat, comme elles doivent l'être dans un milieu où les avocats représentent plus d'un client.

Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait claires sur la portée limitée du mandat conclu entre le cabinet Davis et Monarch ((2002), 26 B.L.R. (3d) 235, 2002 BCSC 1179, par. 10 et 106-108) et a, sur ce fondement, estimé qu'aucun conflit n'a pris naissance lorsque M. Strother a accepté une deuxième cliente provenant du même secteur d'activité. Il n'appartient pas à notre Cour de revenir sur les conclusions du juge de première instance, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Aucune erreur de cette nature n'a été commise. Il ne nous est pas non plus loisible de superposer au mandat une obligation fiduciaire générale qui soit indépendante de ce mandat et incompatible avec celui-ci. Il s'ensuit que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y avait pas de conflit devrait être maintenue, et que les pourvois de M. Strother devraient être accueillis. Je rejette-rais le pourvoi incident.

II. Contexte

Au cours des années 1990, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), permettait d'effectuer des investissements exempts d'impôt dans la production de films canadiens. Monarch a mis sur pied une entreprise qui réunissait des cinéastes et des investisseurs qui souhaitaient profiter de ces abris fiscaux. Monsieur Strother, avocat fiscaliste du cabinet Davis & Company, société de personnes (ci-après le « cabinet Davis »), a agi pour le compte de Monarch à cet égard; en fait, au milieu des années 1990, Monarch était la principale cliente de M. Strother.

Le gouvernement a mis fin à ce régime d'abris fiscaux en introduisant de nouvelles règles sur les

Matchable Expenditures Rules. Strother advised Monarch that he saw no way to get around these rules. He had no technical fix, and even if he could devise one, he did not consider that any advance tax ruling could be obtained, given the new rules. This advice was consistent with advice being given by other tax lawyers to other clients at the time. The trial judge found that the advice Strother gave Monarch at the end of 1997 was correct at the time and that Strother “concealed nothing from Monarch in 1997 in order to take a benefit for himself” (para. 91).

Monarch wound down its business. Its exclusive written retainer with Davis ended as of December 31, 1997 and was not renewed. That retainer had been a comprehensive written document addressing all aspects of the legal services Davis was to provide to Monarch. It required Strother to stay apprised, and to keep Monarch apprised, of all legal developments that could affect Monarch’s ability to continue to promote tax-assisted film production services, and remunerated him for this duty. The new retainer was, as the trial judge put it, “decidedly different” (para. 104).

The trial judge made the following specific findings on the terms of the new retainer between Davis and Monarch. It did not provide for ongoing remuneration. Strother was to provide advice to Monarch only if Monarch specifically asked for it, and only if Strother agreed to provide it. Strother was free to act for competitors and was not obliged to disclose any information of a competitive nature to Monarch.

Throughout 1998 and into 1999, Davis & Company performed “clean-up” and corporate services for Monarch, for which it was paid approximately \$98,000. Monarch’s executives testified

dépenses à rattacher, qui ont pris effet en octobre 1997. Monsieur Strother a informé Monarch qu’il ne voyait aucun moyen de contourner ces règles. Il n’avait pas de solution technique à proposer, et même s’il pouvait en trouver une, il n’estimait pas pouvoir obtenir une décision anticipée en matière d’impôt en raison des nouvelles règles. Cet avis concordait avec celui que d’autres avocats fiscalistes donnaient à d’autres clients à l’époque. Le juge de première instance a conclu que l’avis que M. Strother a donné à Monarch à la fin de 1997 était juste à l’époque et que [TRADUCTION] « en 1997 M. Strother n’[avait] rien dissimulé à Monarch dans le but de tirer un avantage personnel » (par. 91).

Monarch a mis fin à ses activités. Le mandat d’exclusivité écrit qu’elle avait conclu avec le cabinet Davis a expiré le 31 décembre 1997 et n’a pas été renouvelé. Ce mandat expiré était un document exhaustif qui régissait tous les aspects des services juridiques que le cabinet Davis devait fournir à Monarch. Aux termes de ce document, M. Strother devait, contre rémunération, rester informé et garder Monarch informée de toute évolution de la loi qui pourrait avoir une incidence sur la capacité de Monarch de continuer à faire la promotion d’investissements dans les services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale. Comme l’a affirmé le juge de première instance, le nouveau mandat était [TRADUCTION] « nettement différent » (par. 104).

Le juge de première instance a tiré les conclusions particulières suivantes au sujet des conditions du nouveau mandat conclu entre le cabinet Davis et Monarch. Ce mandat ne prévoyait pas de rémunération continue. Monsieur Strother devrait donner des conseils à Monarch uniquement si celle-ci les sollicitait expressément et s’il acceptait de les lui donner. Celui-ci était libre d’agir pour le compte de concurrents et n’était pas tenu de divulguer à Monarch des renseignements de nature concurrentielle.

Tout au long de 1998 et au début de 1999, le cabinet Davis a fourni à Monarch, moyennant la somme approximative de 98 000 \$, des services administratifs et d’autres services de règlement

122

123

124

that they relied on Strother during this period to advise if there was a way around the new rules. The trial judge held, however, that under the narrow 1998 retainer, Strother was under no on-going duty to provide Monarch with any advice on these matters. The trial judge saw Strother's fiduciary duty as tied to the limited duties imposed by the retainer. In his view, Strother's fiduciary duty "did not serve to broaden his contractual duty in the sense of requiring him to give advice or [to] provide information beyond what his firm's retainer required" (para. 45).

125 In late 1997 or early 1998, a new client, Mr. J. Paul Darc, a former employee of Monarch, approached Strother with a new idea that he had come up with on his own for a film production tax-shelter business that he believed might not be barred by the government's new rules. The trial judge found that the limited terms of the Davis-Monarch retainer at this time permitted Strother to take Darc on as a new client and to act for his company, Sentinel Hill Entertainment Corporation ("Sentinel Hill" or "Sentinel"), and that Strother was not obliged to advise Monarch of anything he learned from this new client. While skeptical of Darc's idea (the trial judge found Strother honestly believed the film production tax-shelter business dead for good), Strother agreed to help Darc. In lieu of fees, Strother agreed to take a percentage of any profit. Strother drafted a proposal based on Darc's idea and submitted it in the name of Sentinel Hill to Revenue Canada in March 1998.

126 In October 1998, Revenue Canada responded to the Sentinel Hill proposal with a favourable ruling, followed by a further ruling addressing studio

de questions en suspens. Les cadres de Monarch ont témoigné que, pendant cette période, ils comptaient sur M. Strother pour les informer s'il existait un moyen de contourner les nouvelles règles. Le juge de première instance a cependant conclu que, aux termes du mandat limité de 1998, M. Strother n'avait aucune obligation continue de donner à Monarch des conseils à cet égard. Le juge de première instance considérait que l'obligation fiduciaire de M. Strother était liée aux devoirs limités imposés par le mandat. À son avis, l'obligation fiduciaire de M. Strother [TRADUCTION] « n'avait pas pour effet d'élargir son obligation contractuelle au point de l'obliger à donner des conseils ou à fournir des renseignements au-delà de ce qui était requis par le mandat confié à son cabinet » (par. 45).

À la fin de 1997 ou au début de 1998, un nouveau client, J. Paul Darc, ancien employé de Monarch, s'est adressé à M. Strother pour lui faire part d'une nouvelle idée qu'il avait eue concernant des activités relatives à des abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique qui, selon lui, ne seraient peut-être pas interdites par les nouvelles règles du gouvernement. Le juge de première instance a estimé que les conditions limitées du mandat qui liait alors Monarch et le cabinet Davis permettaient à M. Strother de prendre M. Darc comme nouveau client et d'agir pour le compte de son entreprise Sentinel Hill Entertainment Corporation (« Sentinel Hill » ou « Sentinel »), et que M. Strother n'était pas tenu d'informer Monarch de ce qu'il apprendrait de ce nouveau client. Bien que M. Strother ait accueilli avec scepticisme l'idée de M. Darc (le juge de première instance a conclu que M. Strother croyait sincèrement que les activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique avaient cessé définitivement), il a accepté d'aider M. Darc. Au lieu d'honoraires, il a consenti à toucher un pourcentage des profits qui pourraient être réalisés. Il a rédigé une proposition fondée sur l'idée de M. Darc, qu'il a soumise, au nom de Sentinel Hill, à Revenu Canada en mars 1998.

En octobre 1998, Revenu Canada a répondu à la proposition de Sentinel Hill en rendant une décision favorable à cette dernière, laquelle décision a

concerns in December 1998. Acting on these rulings, Sentinel Hill closed \$260 million in studio production transactions by the end of 1998. Strother's involvement with Sentinel's business led to his leaving Davis & Company as of March 31, 1999. Ultimately, Strother's share of Sentinel's profits appears to have been about \$32 million.

Strother never told Monarch about Darc's idea. Monarch learned of the favourable tax ruling obtained by Sentinel four months after its issuance. The trial judge found that even if Monarch had been told of the new possibility, it would not have re-entered the film production tax-shelter business in 1998. Monarch was less competitive than others at the time, in part because it had dismantled its operations. The trial judge found that Monarch's claim was essentially based on hindsight.

Monarch's case rests on its contention that it continued to look to Strother for advice on film tax shelters in late 1997 and up to September 1998. The trial judge accepted that there were some conversations between Strother and Monarch's principals, Harry Knutson and Stephen Cheikes, in this period. However, consistent with his finding that Monarch had effectively wound up its film production tax-shelter business, he concluded the conversations related to other kinds of business. Because they are critical to the case, I set out the trial judge's findings on the issue:

What was said at the meetings in 1997 and 1998 was obviously said in the context of the government's termination of tax shelters and of Monarch having stopped doing that business in the same way as had both Grosvenor Park and Alliance. In other words, Mr. Knutson and Mr. Cheikes were not consulting

été suivie, en décembre 1998, d'une autre décision portant sur les préoccupations des studios. Forte de ces décisions, Sentinel Hill avait effectué, à la fin de 1998, des opérations de production en studio de 260 millions de dollars. La participation de M. Strother aux activités de Sentinel a amené celui-ci à quitter le cabinet Davis le 31 mars 1999. En définitive, la part des profits de Sentinel touchée par M. Strother paraît s'être élevée à environ 32 millions de dollars.

Monsieur Strother n'a jamais fait part à Monarch de l'idée de M. Darc. Monarch a entendu parler de la décision fiscale favorable obtenue par Sentinel quatre mois après qu'elle eut été rendue. Le juge de première instance a estimé que, même si on lui avait parlé de la nouvelle possibilité, Monarch n'aurait pas repris, en 1998, ses activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique. À l'époque, Monarch était moins compétitive que d'autres entreprises, notamment parce qu'elle avait mis fin à ses activités. Le juge de première instance a conclu que la demande de Monarch était essentiellement fondée sur la connaissance d'événements ultérieurs.

La thèse de Monarch repose sur sa prétention qu'elle a continué de s'adresser à M. Strother pour obtenir des conseils sur les abris fiscaux dans le domaine cinématographique à partir de la fin de 1997 jusqu'en septembre 1998. Le juge de première instance a reconnu que, pendant cette période, M. Strother avait eu des conversations avec les dirigeants de Monarch, Harry Knutson et Stephen Cheikes. Toutefois, conformément à sa conclusion que Monarch avait effectivement cessé ses activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique, il a jugé que ces conversations avaient porté sur d'autres sujets. En raison de leur caractère crucial en l'espèce, je reproduis les conclusions du juge de première instance à cet égard :

[TRADUCTION] Les propos échangés lors des réunions de 1997 et de 1998 l'ont de toute évidence été au moment où le gouvernement mettait fin aux abris fiscaux et après que Monarch eut cessé ses activités dans ce domaine, comme l'avaient fait Grosvenor Park et Alliance. Autrement dit, MM. Knutson et Cheikes ne

127

128

Mr. Strother for advice on the Rules that had put an end to their tax shelter business or to explore whether there was any possibility of that business in some way being continued. They had no reason to do so and had no expectation of receiving any advice in that regard. What they wanted to know was whether Monarch could do anything else apart from tax-sheltered financing. Mr. Strother says that, in general terms, the focus of the meetings he had with Mr. Knutson in January was to consider what Monarch might do, and Mr. Knutson says that it was not until the end of January that he was able to get Mr. Strother to sit down and focus on talking about new business opportunities. The subject of tax-shelter financing never arose. The only real advice Mr. Strother appears to have given was with respect to the loss-co idea. He was not asked to advise on tax-shelters and he did not do so. [Emphasis added; para. 100.]

129 Monarch sued Strother and Davis & Company for breach of fiduciary duty and breach of confidence. (Other claims and counter-claims need not be considered here.) The trial judge dismissed these claims on the basis of the 1998 Davis-Monarch retainer, and on the basis that nothing confidential to Monarch had been used in services provided to Darc and Sentinel Hill.

130 The Court of Appeal, *per* Newbury J.A., allowed Monarch's appeal in part ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35). It held that the trial judge erred in holding that Strother's duty did not extend beyond what the firm's retainer required. Since Monarch was still a client of the firm, Strother had an ongoing duty to advise Monarch of any developments in the field even under the narrow 1998 retainer. Taking Darc and Sentinel on as clients thus resulted in a conflict of interest: he had a duty to Monarch to tell it about Darc's idea, and a duty to Darc and Sentinel not to do so. In the court's view, the trial judge's conclusion that Monarch would likely not have taken up the opportunity to re-enter the business, had it been advised of the possibility in 1998, did not prevent recovery of equitable remedies against Strother for breach of his fiduciary duty. The court ordered disgorgement

consultaient pas M. Strother pour obtenir un avis sur les règles qui avaient mis fin à leurs activités relatives aux abris fiscaux ni pour étudier la possibilité de poursuivre de quelque façon ces activités. Ils n'avaient aucune raison de le faire et ne s'attendaient pas à recevoir des conseils à cet égard. Ce qu'ils voulaient savoir c'était si Monarch pouvait faire autre chose que du financement exonéré d'impôt. Monsieur Strother dit que, de façon générale, les rencontres qu'il a eues en janvier avec M. Knutson portaient sur la question de savoir ce que Monarch pourrait faire, et M. Knutson affirme que ce n'est qu'à la fin de janvier qu'il a réussi à s'asseoir avec M. Strother pour parler de nouvelles occasions d'affaires. La question du financement exonéré d'impôt n'a jamais été soulevée. Le seul véritable conseil que M. Strother paraît avoir donné concernait l'idée de la « société-perte ». On ne lui a pas demandé son avis sur les abris fiscaux et il ne l'a pas donné. [Je souligne; par. 100.]

Monarch a intenté contre M. Strother et le cabinet Davis une action pour manquement à une obligation fiduciaire et abus de confiance. (Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner les autres demandes et demandes reconventionnelles.) Le juge de première instance a rejeté ces demandes en raison du mandat de 1998 liant le cabinet Davis et Monarch et parce que les services fournis à M. Darc et à Sentinel Hill n'avaient comporté l'utilisation d'aucun renseignement confidentiel de Monarch.

La Cour d'appel a, sous la plume de la juge Newbury, accueilli en partie l'appel de Monarch ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 159, 2005 BCCA 35). Elle a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que l'obligation de M. Strother n'allait pas au-delà de ce qui était requis par le mandat du cabinet. Comme Monarch était toujours une cliente du cabinet, M. Strother avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine, et ce, même suivant les termes du mandat limité de 1998. Ainsi, le fait de prendre M. Darc et Sentinel comme clients a donné naissance à un conflit d'intérêts : M. Strother avait, envers Monarch, le devoir de l'informer de l'idée de M. Darc et, envers M. Darc et Sentinel, le devoir de ne pas informer Monarch de son idée. Selon la cour, la conclusion du juge de première instance, selon laquelle Monarch n'aurait probablement pas

to Monarch of all benefit and profit, direct and indirect, received from Sentinel Hill.

III. Analysis

In my view, the Court of Appeal erred in holding that Strother's duty to Monarch extended beyond the terms of the 1998 retainer agreement with Monarch, grounding an on-going duty to advise Monarch of any developments in the film production tax-shelter business.

A. *Strother's Duty to Monarch*

When does a conflict of interest arise? This is the question at the heart of Strother's appeals. The answer is that a conflict arises when a lawyer puts himself or herself in a position of having irreconcilable duties or interests: *Hilton v. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.); *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70. It follows that the first question where conflict of interest is alleged is what duty the lawyer owed to the client alleging the conflict. The second question is whether the lawyer owed a duty to another client, or held a personal interest, that conflicted with the first duty.

Turning to the first question, how is the fiduciary duty owed to a particular client to be determined? In a case such as this, one looks to the contract between the parties. As La Forest J. put it in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 407:

... many contractual agreements are such as to give rise to a fiduciary duty. The paradigm example of this class of contract is the agency agreement, in which the allocation of rights and responsibilities in the contract

saisi l'occasion de reprendre les activités en question si elle avait été informée de la possibilité qui s'offrait en 1998, n'empêchait pas d'exercer contre M. Strother des recours en equity fondés sur le manquement à son obligation fiduciaire. La cour a ordonné la restitution à Monarch de tous les bénéfices et profits reçus directement et indirectement de Sentinel Hill.

III. Analyse

À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en jugeant que le devoir de M. Strother envers Monarch débordait les conditions du mandat de 1998 confié par celle-ci et faisait qu'il avait l'obligation continue de l'informer de toute évolution dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique.

A. *L'obligation de M. Strother envers Monarch*

Dans quelles circonstances un conflit d'intérêts prend-il naissance? Cette question est au cœur des pourvois de M. Strother. La réponse est qu'un conflit prend naissance lorsqu'un avocat se place dans une situation où il a des obligations ou intérêts inconciliables : *Hilton c. Barker Booth and Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.); *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70. Il s'ensuit que, en cas d'allégation de conflit d'intérêts, il faut d'abord déterminer la nature de l'obligation que l'avocat avait envers le client qui allègue l'existence du conflit. Il faut ensuite se demander si l'avocat avait envers un autre client une obligation ou encore un intérêt personnel qui entraînait en conflit avec la première obligation.

En ce qui concerne la première question, comment détermine-t-on la nature de l'obligation fiduciaire d'un avocat envers un client donné? Dans un cas comme la présente affaire, il faut examiner le contrat conclu par les parties. Comme l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 407 :

... de nombreux contrats sont de nature à faire naître une obligation fiduciaire. L'exemple type de cette catégorie de contrats est le mandat dans lequel la répartition des droits et responsabilités donne lieu à des attentes

131

132

133

itself gives rise to fiduciary expectations; see *Johnson v. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod v. Swezey*, [1944] S.C.R.111; P. D. Finn, “Contract and the Fiduciary Principle” (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.

A retainer between lawyer and client is essentially an agency agreement, albeit a special one attracting a duty of loyalty. The lawyer commits to doing certain things for the client. It is to this commitment that the fiduciary duty of loyalty attaches.

134

It follows that in a case such as this, one begins by asking what the lawyer and client have agreed the lawyer will do and on what terms. Where the retainer is written, one looks to the words of the retainer. Where it is oral, one asks what the oral terms were. Sometimes, where duties are attached to a task for which the lawyer is retained, but not precisely specified, it may be a question of implying duties. Where, as here, the lawyer and the client do not agree on the terms of the retainer, the trial judge must determine what they are and the case must be judged on that basis unless a palpable and overriding error is established. As Laskin C.J. stated, the nature and scope of a lawyer’s retainer is “purely a factual question on which the findings of the trial judge should not ordinarily be upset on appeal save for error arising from misapprehension of the evidence” (*Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357, at pp. 1360-61). This is especially true where, as in this case, the alleged breach is an ethical one. The inquiry is inherently fact-based, within the domain of the trial judge.

135

The lawyer owes the client a duty to act loyally for the client in performing as agreed in the retainer. The duty of loyalty is not a duty in the air. It is attached to the obligations the lawyer has undertaken pursuant to the retainer. It is not conflict of loyalties in the abstract that raises problems, but conflicting *duties* — duties that are determined by the retainer. The problem, to use the language

de nature fiduciaire; voir *Johnson c. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod c. Swezey*, [1944] R.C.S. 111; P. D. Finn, « Contract and the Fiduciary Principle » (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.

Un mandat entre un avocat et son client est essentiellement une entente de représentation, entente particulière qui commande certes un devoir de loyauté. L’avocat s’engage à faire certaines choses pour son client. C’est à cet engagement que se rapporte le devoir fiduciaire de loyauté.

Il s’ensuit que, dans un cas comme la présente affaire, il faut commencer par se demander ce que l’avocat et le client ont convenu que l’avocat ferait et à quelles conditions. Si le mandat est écrit, il faut en regarder le libellé. S’il est verbal, il faut s’interroger sur les conditions fixées verbalement. Parfois, lorsque des obligations se rattachent à une tâche pour laquelle les services de l’avocat ont été retenus, mais que ces obligations n’ont pas été expressément définies, il peut se révéler nécessaire de déduire quelles sont ces obligations. Lorsque, comme dans le présent pourvoi, l’avocat et le client ne s’entendent pas sur les conditions du mandat, le juge de première instance doit déterminer quelles sont ces conditions et trancher l’affaire en fonction de celles-ci, à moins que l’existence d’une erreur manifeste et dominante ne soit établie. Comme l’a affirmé le juge en chef Laskin, la nature et la portée du mandat d’un avocat est « une simple question de fait; les conclusions du juge de première instance ne doivent ordinairement pas être infirmées en appel sauf s’il y a eu erreur dans l’interprétation de la preuve » (*Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357, p. 1361). Cela est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l’espèce, le manquement reproché est un manquement à la déontologie. L’examen est essentiellement factuel et relève de la compétence du juge de première instance.

L’avocat a, envers son client, le devoir d’agir loyalement en fournissant les services convenus dans le mandat. Ce devoir de loyauté n’est pas quelque chose de vague. Il se rattache aux obligations que l’avocat a assumées conformément au mandat. Ce ne sont pas les conflits de loyauté dans l’abstrait qui posent des problèmes, mais les *obligations* conflictuelles — des obligations qui sont

of *Hilton*, arises when the lawyer “has conflicting duties to two clients” (para. 44) and cannot prefer one to the other — that in performing his “contractual duties” (para. 35) to one (or taking a personal interest in the matter), he will be in breach of his contractual duties to the other.

Insistence on actual conflicting duties or interests based on what the lawyer has contracted to do in the retainer is vital. If the duty of loyalty is described as a general, free-floating duty owed by a lawyer or law firm to every client, the potential for conflicts is vast. Indeed, it is difficult to see how a lawyer or law firm could ever act for two competitors. Consider, as in this case, a specialized tax lawyer who acts for client A and B, where A and B are competitors. Client A may ask for help in minimizing capital gains tax. Client B may seek advice on a tax shelter. The lawyer owes both A and B contractual and associated fiduciary duties. If the duty that the lawyer owes to each client is conceived in broad general terms, it may well preclude the lawyer from acting for each of them; at the very least, it will create uncertainty. If the duty is referenced to the retainer, by contrast, these difficulties do not arise. The lawyer is nonetheless free to act for both, provided the duties the lawyer owes to client A do not conflict with the duties he owes to client B.

This manner of viewing a lawyer’s duties conforms to the realities of the legal profession and the needs of clients. Modern commerce, taxation and regulation flow together in complex, sometimes murky streams. To navigate these waters, clients require specialized lawyers. The more specialized the field, the more likely that the lawyer will act for clients who are in competition with each other. Complicating this reality is the fact that particular types of economic activity may be concentrated in

déterminées par le mandat. Pour reprendre les termes de l’arrêt *Hilton*, le problème se pose lorsque l’avocat [TRADUCTION] « a des obligations conflictuelles envers deux clients » (par. 44) et ne peut favoriser l’un au détriment de l’autre — en ce sens que, s’il s’acquitte de ses « obligations contractuelles » (par. 35) envers l’un (ou qu’il acquiert un intérêt personnel dans l’affaire), il manquera alors à ses obligations contractuelles envers l’autre.

Il est essentiel de mettre l’accent sur l’existence d’un conflit d’obligations ou d’intérêts fondé sur ce que l’avocat s’est engagé à faire dans le mandat. Si le devoir de loyauté est décrit comme un devoir général et variable qu’un avocat ou un cabinet d’avocats a envers chacun de ses clients, le risque de conflit est élevé. En fait, il est difficile d’imaginer comment un avocat ou un cabinet d’avocats pourrait, à quelque moment que ce soit, agir pour le compte de deux concurrents. Prenons l’exemple, comme en l’espèce, d’un avocat fiscaliste qui agit pour le compte des clients A et B, des concurrents. Le client A peut lui demander de l’aider à réduire au minimum son impôt sur les gains en capital. Le client B peut solliciter un avis sur un abri fiscal. L’avocat a, tant envers A qu’envers B, des obligations contractuelles et des obligations fiduciaires connexes. Si l’obligation que l’avocat a envers chaque client est formulée en des termes larges et généraux, il est fort possible qu’elle empêche l’avocat d’agir pour chacun d’eux; à tout le moins, elle créera de l’incertitude. Par contre, si cette obligation est rattachée au mandat, ces problèmes ne se posent pas. L’avocat est néanmoins libre d’agir pour les deux clients, pourvu que les obligations qu’il a envers le client A n’entrent pas en conflit avec celles qu’il a envers le client B.

Cette conception des obligations de l’avocat tient compte des réalités de la profession juridique et des besoins des clients. De nos jours, le commerce, la fiscalité et la réglementation des différents secteurs d’activité forment des méandres complexes et parfois obscurs. Pour naviguer dans ces eaux, les clients ont besoin d’avocats spécialisés. Plus le domaine est spécialisé, plus l’avocat est susceptible d’agir éventuellement pour le compte de clients concurrents. Le fait que certaines formes d’activité

particular regions. The obligation of the legal profession is to provide the required services. Yet in doing so, lawyers and law firms must inevitably act for competitors.

138 Practical considerations such as these cannot be used to dilute the rigor of the fiduciary duties that the law rightly demands of lawyers. Rather, they explain why the law has developed a precise conception of the lawyer's duty grounded in the contract of retainer. Our law rightly imposes rigorous fiduciary duties on lawyers, but it also recognizes the need to ensure that fiduciary obligations remain realistic and meaningful in the face of the realities of modern practice.

139 Binnie J., speaking for the Court, captured these realities when he wrote in *Neil*, at para. 29:

... a bright line is required. The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client [Emphasis added.]

140 Whether an interest is "directly" adverse to the "immediate" interests of another client is determined with reference to the duties imposed on the lawyer by the relevant contracts of retainer. This precision protects the clients, while allowing lawyers and law firms to serve a variety of clients in the same field. This is in the public interest. As Binnie J. observed in *Neil*, at para. 15:

An unnecessary expansion of the duty may be as inimical to the proper functioning of the legal system as would its attenuation. The issue always is to determine what rules are sensible and necessary and how best to achieve an appropriate balance among the competing interests.

141 This view of the matter does not conflict with the traditional view of the fiduciary duty owed by lawyer to client. The fiduciary duty between lawyer and client is rooted in the contract between them.

économique puissent être concentrées dans certaines régions vient compliquer encore davantage cette réalité. Les membres de la profession juridique ont l'obligation de fournir les services requis. Cependant, lorsqu'ils s'acquittent de cette obligation, les avocats et cabinets d'avocats sont inévitablement appelés à agir pour le compte de concurrents.

De telles considérations pratiques ne sauraient être invoquées pour atténuer les obligations fiduciaires que le droit impose à juste titre aux avocats. Elles expliquent plutôt pourquoi le droit a adopté une conception précise de l'obligation de l'avocat qui repose sur le mandat. Notre droit impose à juste titre aux avocats des obligations fiduciaires strictes, tout en reconnaissant la nécessité de faire en sorte que ces obligations demeurent réalistes et utiles eu égard aux réalités de la pratique moderne.

S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a cerné ainsi ces réalités dans l'arrêt *Neil*, par. 29 :

... une ligne de démarcation très nette est requise. Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel [Je souligne.]

Pour déterminer si un intérêt est « directement » opposé aux intérêts « immédiats » d'un autre client, il faut se reporter aux obligations que les mandats pertinents imposent à l'avocat. Cette précision protège les clients tout en permettant aux avocats et aux cabinets d'avocats de fournir leurs services à divers clients du même secteur. Il est dans l'intérêt public qu'il en soit ainsi. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans l'arrêt *Neil*, par. 15 :

Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents.

Cette façon d'envisager la question n'entre pas en conflit avec la perception traditionnelle de l'obligation fiduciaire de l'avocat envers son client. L'obligation fiduciaire qui existe entre un avocat et

It enhances the contract by imposing a duty of loyalty with respect to the obligations undertaken, but it does not change the contract's terms. Rather, it must be molded to those terms. The classic statement of Mason J. of the High Court of Australia in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, at p. 97, has been endorsed by the Privy Council in *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205, at p. 215 (*per* Lord Browne-Wilkinson), and in *Hilton*, at para. 30:

... the existence of a basic contractual relationship has in many situations provided a foundation for the erection of a fiduciary relationship. In these situations it is the contractual foundation which is all important because it is the contract that regulates the basic rights and liabilities of the parties. The fiduciary relationship, if it is to exist at all, must accommodate itself to the terms of the contract so that it is consistent with, and conforms to, them. The fiduciary relationship cannot be superimposed upon the contract in such a way as to alter the operation which the contract was intended to have according to its true construction. [Emphasis added.]

For these reasons, I conclude that the starting point in determining whether a conflict of interest arose in a particular case is the contract of retainer between the lawyer and the complaining party. The question then is whether these duties conflicted with the lawyer's duties to a second client, or with his personal interests. If so, the lawyer's duty of loyalty is violated, and breach of fiduciary duty is established. This is the position on the authorities which the courts must follow. This does not, of course, preclude law societies from imposing additional ethical duties on lawyers. They are better attuned than the courts to the modern realities of legal practice and to the needs of clients. If the obligations of lawyers are to be extended beyond their established bounds, it is for these bodies, not the courts, to do so.

Here, the trial judge was correct to begin by asking what the contract obliged Strother to do for

son client trouve sa source dans le contrat qui le lie. Elle renforce le contrat en imposant un devoir de loyauté à l'égard des obligations contractées, mais elle ne change rien aux conditions du contrat. Au contraire, elle doit être adaptée à ces conditions. L'énoncé classique du juge Mason de la Haute Cour d'Australie dans la décision *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, p. 97, a été approuvé par le Conseil privé dans l'arrêt *Kelly c. Cooper*, [1993] A.C. 205, p. 215 (lord Browne-Wilkinson), et dans l'arrêt *Hilton*, par. 30 :

[TRADUCTION] ... l'existence d'une relation contractuelle de base a, dans de nombreux cas, servi de fondement à l'établissement d'une relation fiduciaire. Dans ces cas, c'est le fondement contractuel qui importe, car c'est le contrat qui régit les droits et obligations fondamentaux des parties. Si elle doit exister, la relation fiduciaire doit s'adapter aux conditions du contrat de façon à être compatible avec celles-ci et à s'y conformer. Elle ne peut pas se superposer au contrat de façon à modifier l'effet qu'il est censé avoir selon son sens véritable. [Je souligne.]

Pour ces motifs, j'estime que, pour décider si un conflit d'intérêts a pris naissance dans un cas donné, il faut commencer par examiner le mandat liant l'avocat et la partie plaignante. Il s'agit alors de déterminer si ces obligations entraînent en conflit soit avec les obligations que l'avocat avait envers un deuxième client soit avec les intérêts personnels de cet avocat. Dans l'affirmative, il y a manquement au devoir de loyauté de l'avocat et l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire est établie. Tel est le point de vue que la jurisprudence a adopté et que les tribunaux doivent suivre. Il est évident que cela n'empêche pas les barreaux d'imposer à leurs membres des obligations déontologiques supplémentaires. Ils sont plus au fait que les tribunaux des réalités modernes de la pratique du droit et des besoins des clients. S'il se révèle nécessaire d'élargir au-delà des limites existantes les obligations des avocats, il appartient à ces organismes, et non aux tribunaux, de le faire.

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison de commencer par se demander ce que le

Monarch. Whatever he undertook to do, he was bound to do it with complete loyalty in accordance with his fiduciary obligation. He could not acquire other duties to other clients or personal interests that might conflict with his duties to Monarch under the retainer. But by the same token, he was entitled to take on duties to other clients or acquire personal interests that were not directly adverse to his duties to Monarch, as defined by the firm's contract of retainer with Monarch.

144

The trial judge, as discussed, found that after the end of 1997, a new and limited retainer was in effect with Monarch. He found that the retainer was "decidedly different" from what it was in 1997 in a number of important respects. Monarch was completely out of the tax-shelter business and the whole basis for the pre-1998 retainer had disappeared. There was no contractual obligation for Strother to provide any advice to Monarch that was not specifically sought and no longer any provision for Davis to be remunerated for advice that was not specifically sought. Strother's only duty on this retainer was to do what Monarch specifically requested and what he, Strother, agreed to take on. There was no duty to provide continuing advice on developments of interest, and no provision for remuneration for being available to provide such advice. There was no contractual requirement for Strother to act exclusively for Monarch, and Strother was free to take on competing clients.

145

The trial judge did not misapprehend the evidence and therefore there is no basis to overturn his findings. Accepting the limited nature of the Davis-Monarch retainer as found by the trial judge, the remaining question is whether Strother's obligation to Darc and Sentinel Hill, or his taking of a personal interest in Sentinel Hill's profits, directly

contrat obligeait M. Strother à faire pour Monarch. Peu importe ce qu'il entreprenait de faire, il devait le faire en toute loyauté conformément à son obligation fiduciaire. Il devait s'abstenir d'assumer d'autres obligations envers d'autres clients ou d'acquiescer des intérêts personnels susceptibles d'entrer en conflit avec les obligations qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat. Mais, du même coup, il pouvait assumer des obligations envers d'autres clients ou acquiescer des intérêts personnels qui n'étaient pas directement opposés aux obligations qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat que cette dernière avait confié au cabinet d'avocats.

Comme nous l'avons vu, le juge de première instance a conclu qu'après la fin de 1997 il existait un nouveau mandat limité avec Monarch. Le juge a estimé que ce mandat était, à un certain nombre d'égards importants, [TRADUCTION] « nettement différent » de celui de 1997. Monarch avait complètement cessé ses activités dans le domaine des abris fiscaux, de sorte que toute la raison d'être du mandat antérieur à 1998 avait disparu. Monsieur Strother n'avait aucune obligation contractuelle de donner à Monarch des conseils qu'elle n'avait pas expressément sollicités et plus rien n'obligeait Monarch à rémunérer le cabinet Davis pour des conseils non sollicités expressément. Aux termes de ce nouveau mandat, M. Strother était uniquement tenu de faire ce que Monarch lui demandait expressément de faire et ce que lui-même acceptait de faire. Il n'existait aucune obligation continue de fournir des conseils sur des changements intéressants et aucune rémunération n'était prévue pour la fourniture de tels conseils sur une base continue. Monsieur Strother n'avait aucune obligation contractuelle d'agir exclusivement pour le compte de Monarch et il était libre de représenter des clients qui étaient ses concurrents.

Le juge de première instance n'a pas mal saisi la preuve et il n'y a donc aucune raison d'écarter ses conclusions. Une fois admise la nature limitée du mandat liant le cabinet Davis et Monarch à laquelle a conclu le juge de première instance, il reste à se demander si l'obligation de M. Strother envers M. Darc et Sentinel Hill ou l'acquisition par le premier

conflicted with his duties to Monarch. The trial judge correctly answered this question in the negative. The retainer permitted Strother to take on new clients or interests. Only if Monarch had specifically asked Strother for advice on new film tax-shelter opportunities and Strother had agreed to give that advice, could Strother have been under any duty to provide Monarch with such advice, placing him in a conflict of interest with Sentinel Hill. On the trial judge's findings, these things never happened. Unlike Binnie J., I accept the trial judge's findings of fact and conclude that there was no conflict between what Strother agreed to do for Monarch and what he was doing for Darc and himself with Sentinel Hill. Given the changed nature of the lawyer-client relationship, there is no reason to conclude that Strother's capacity to loyally and zealously perform the very limited duties owed to Monarch under the 1998 oral retainer would be affected by his taking a personal interest in Sentinel Hill.

The findings of fact that compel this conclusion were open to the trial judge and have not been impugned. The Court of Appeal was bound to proceed on the basis of these findings, unless there was a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. It purported to do so (para. 3). However, and with great respect, it went on to commit critical errors. It held, in effect, that Strother owed Monarch a duty of loyalty that extended beyond the retainer. Instead of asking what duties Strother owed Monarch under the contract of retainer, it simply asked whether Strother was "still acting for" Monarch when he went into business with Sentinel Hill (para. 3). The Court of Appeal did not ask whether the *actual duties* Strother owed to Monarch and to Sentinel Hill respectively, conflicted, as the authorities discussed above required it to do. Rather, it simply asked whether Strother and Davis were in some broad sense "acting for" Monarch and Sentinel Hill

d'un intérêt personnel dans les profits de Sentinel Hill entrant directement en conflit avec ses obligations envers Monarch. Le juge de première instance a eu raison de répondre à cette question par la négative. Le mandat permettait à M. Strother de prendre de nouveaux clients ou d'acquérir de nouveaux intérêts. Ce n'est que si Monarch avait expressément demandé à M. Strother de la conseiller au sujet de nouvelles possibilités d'abri fiscal dans le domaine cinématographique et si celui-ci avait accepté de le faire que M. Strother aurait pu être tenu de donner de tels conseils à Monarch, ce qui l'aurait placé en situation de conflit d'intérêts avec Sentinel Hill. Selon les conclusions du juge de première instance, cela ne s'est jamais produit. Contrairement au juge Binnie, je retiens les conclusions de fait du juge de première instance et je conclus qu'il n'y avait pas de conflit entre ce que M. Strother a accepté de faire pour Monarch et ce qu'il faisait pour M. Darc et lui-même avec Sentinel Hill. Vu la nature nouvelle de la relation avocat-client, il n'y a aucune raison de conclure que la capacité de M. Strother de s'acquitter avec loyauté et zèle des obligations très limitées qu'il avait envers Monarch aux termes du mandat verbal de 1998 était compromise par le fait qu'il avait acquis un intérêt personnel dans Sentinel Hill.

Les constatations de fait qui commandent cette conclusion pouvaient être tirées par le juge de première instance et elles n'ont pas été contestées. La Cour d'appel était tenue de se fonder sur ces constatations, sauf s'il y avait erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. La cour a voulu le faire (par. 3), mais, en toute déférence, elle a en ce faisant commis des erreurs déterminantes. En effet, elle a estimé que M. Strother avait envers Monarch un devoir de loyauté qui débordait le cadre du mandat. Au lieu de se demander quelles étaient les obligations que l'avocat avait envers Monarch aux termes du mandat, la Cour d'appel s'est seulement demandé si M. Strother [TRADUCTION] « agissait encore pour le compte de » Monarch lorsqu'il a commencé à faire affaire avec Sentinel Hill (par. 3). Elle ne s'est pas demandé — comme elle aurait dû le faire selon la jurisprudence analysée plus haut — si les *obligations réelles* que M. Strother avait

at the same time. Nor, as required by the authorities, did the Court of Appeal mold Strother's duty of loyalty to the terms of the contract of retainer; instead, it envisioned an abstract duty of loyalty that would preclude lawyers acting for two competing clients, even though the particular duties owed to each of them do not in fact conflict. Grounding its reasoning in the wrong question and uprooting the duty of loyalty from its contractual context, the Court of Appeal inevitably arrived at the erroneous conclusion that Strother was in breach of his fiduciary duty to Monarch.

147 In this Court, Binnie J. essentially concurs in this reasoning, although he places greater emphasis on Strother's interest in Sentinel Hill, which in his view made Strother a competitor of Monarch, for whom he was "still acting". But the underlying difficulty is the same as in the Court of Appeal, in my respectful opinion; the reasons do not ask whether there was a direct conflict between Strother's duties under his retainer with Monarch and what he was doing, but rather whether there was a decontextualized potential or past conflict.

148 Binnie J. seeks to deal with the trial judge's findings on Strother's limited duties to Monarch by stating that the retainer was not reduced to writing and suggesting that "no exclusions [were] agreed upon", leading him to conclude that "the scope of the retainer may be unclear" — a situation in which one "should not . . . strain to resolve the ambiguities in favour of the lawyer over the client" (para. 40). The trial judge erred in so straining, he concludes (para. 41). But the trial judge expressly found that exclusions were agreed upon, and found no ambiguity. Having made clear, unambiguous findings as to the precise scope of the retainer, he can hardly be accused of failing to resolve non-existent ambiguity in the wrong way. At the end of the day, the

envers Monarch et Sentinel Hill, respectivement, entraient en conflit. Elle s'est plutôt simplement demandé si, de manière générale, M. Strother et le cabinet Davis « agissaient » en même temps pour le compte de Monarch et pour celui de Sentinel Hill. Contrairement à ce qu'exigeait la jurisprudence, la Cour d'appel n'a pas non plus adapté aux conditions du mandat le devoir de loyauté de M. Strother; elle a plutôt pris en compte un devoir de loyauté abstrait qui empêcherait un avocat de représenter deux clients concurrents, même si, en fait, ses obligations particulières envers chacun d'eux n'entraient pas en conflit. En fondant son raisonnement sur la mauvaise question et en sortant le devoir de loyauté de son contexte contractuel, la Cour d'appel est forcément arrivée à la conclusion erronée que M. Strother avait manqué à son obligation fiduciaire envers Monarch.

Devant notre Cour, le juge Binnie souscrit pour l'essentiel à ce raisonnement, quoiqu'il insiste davantage sur l'intérêt de M. Strother dans Sentinel Hill, qui, selon lui, en faisait un concurrent de Monarch, pour le compte de qui M. Strother « agissait encore ». Cependant, j'estime que cela pose le même problème fondamental qu'en Cour d'appel : dans ses motifs, le juge Binnie se demande non pas s'il existait un conflit direct entre les obligations de M. Strother aux termes de son mandat avec Monarch et ce que M. Strother faisait, mais plutôt si, dans l'abstrait, il avait pu exister un conflit ou s'il pourrait en exister un.

Le juge Binnie tente de régler la question des constatations du juge de première instance sur les obligations limitées de M. Strother envers Monarch en affirmant que le mandat n'était pas consigné par écrit et en indiquant qu'« aucune exclusion n'[avait été] convenue », ce qui l'amène à conclure que « la portée du mandat peut être ambiguë » — situation dans laquelle on « ne devrait pas s'efforcer de dissiper les ambiguïtés d'une manière favorable à l'avocat, au détriment du client » (par. 40). Selon lui, le juge de première instance a commis une erreur en s'efforçant de faire cela (par. 41). Cependant, le juge de première instance a expressément conclu que des exclusions avaient été convenues et il n'a décelé aucune ambiguïté. Comme il a tiré des conclusions

trial judge's findings of fact stand firm and unimpeached, and must be accepted as the foundation of the case.

Binnie J. argues that it was wrong for Strother to take an interest in a competitor's business when his firm had worked for Monarch in the past and, indeed, was still continuing to do "clean-up" work for Monarch. The fact that Strother stood to make a great deal of money from the business interest he took in Sentinel Hill might well raise a concern that his personal interest might have led him to be less diligent than he should have been to potential competitors like Monarch. Careful scrutiny is justified when a lawyer takes a personal interest in a business in which a client was previously engaged. Monarch's difficulty is that the trial judge subjected Strother's conduct to this scrutiny, and found no fault in his dealings with Monarch. He found that Strother had honestly and competently advised Monarch that there was no more film production tax-shelter business to be had in the autumn of 1997. He found that Strother believed this to be true, and that other advisers were giving the same advice at the time. He concluded that "the origin of the Sentinel Hill tax credit/shelter concept, which underlay its request for an advance tax ruling based on the s. 15(b) exception, was substantially as described by Mr. Darc and Mr. Strother" (para. 91) and that it was Darc's novel idea, an idea not previously contemplated by anyone. It was not until the tax ruling was issued that Strother knew about the exception (para. 94). Finally, he found that after the expiry of the retainer in 1997, Strother owed no duty to Monarch to advise it of business opportunities, and that the only discussions he had with Monarch related to other types of business, Monarch by then being out of the film production tax-shelter business. The fact that Strother took an interest in Darc's business instead of charging fees, whether one approves of this or not, does not change the trial judge's finding that Strother completely fulfilled his duty to Monarch and was free

claires et nettes sur la portée précise du mandat, on peut difficilement lui reprocher d'avoir dissipé de la mauvaise façon des ambiguïtés inexistantes. En fin de compte, les conclusions du juge de première instance sont solides et incontestées et elles doivent être reconnues comme constituant les assises de l'affaire.

Le juge Binnie soutient que M. Strother a eu tort d'acquérir une participation dans l'entreprise d'un concurrent alors que son cabinet d'avocats avait travaillé pour Monarch dans le passé et qu'il continuait, en fait, de lui fournir des services de règlement de questions en suspens. Le fait que M. Strother avait la possibilité de gagner beaucoup d'argent en raison de l'intérêt financier qu'il avait acquis dans Sentinel Hill pourrait bien faire craindre que son intérêt personnel l'ait amené à se montrer moins diligent qu'il devait l'être à l'égard de concurrents potentiels comme Monarch. Un examen attentif est justifié lorsqu'un avocat acquiert un intérêt personnel dans un secteur dans lequel un client faisait antérieurement affaires. La difficulté à laquelle se bute Monarch réside dans le fait que le juge de première instance a examiné attentivement la conduite de M. Strother et n'a relevé aucune faute dans les rapports que celui-ci a eus avec cette société. Il a estimé que M. Strother avait, de façon honnête et compétente, avisé Monarch que les activités relatives aux abris fiscaux dans le domaine de la production cinématographique n'étaient plus possibles à l'automne de 1997. Il a conclu que M. Strother s'était alors exprimé de façon sincère et que cet avis concordait avec celui que d'autres conseillers donnaient à l'époque. Il a ajouté que [TRADUCTION] « MM. Darc et Strother ont décrit pour l'essentiel l'origine du concept "abri fiscal-crédit d'impôt" de Sentinel Hill, qui soutient la demande présentée par celle-ci en vue d'obtenir une décision anticipée en matière d'impôt fondée sur l'exception prévue à l'al. 15b) » (par. 91), et qu'il s'agissait d'une idée nouvelle de M. Darc, une idée que personne n'avait eue auparavant. Ce n'est que lorsque la décision en matière d'impôt a été rendue que M. Strother a pris connaissance de l'exception (par. 94). Enfin, il a conclu qu'après l'expiration du mandat en 1997 M. Strother n'était plus tenu d'informer Monarch de l'existence d'occasions

to engage in the new endeavour with Darc and Sentinel Hill.

d'affaires et que les seules discussions qu'il avait eues avec elle avaient porté sur d'autres sujets, Monarch ayant alors déjà cessé d'œuvrer dans le domaine des abris fiscaux relatifs à la production cinématographique. Qu'on approuve ou non la décision de M. Strother d'acquérir une participation dans l'entreprise de M. Darc au lieu d'exiger des honoraires, cette décision ne change rien à la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Strother s'était entièrement acquitté de son obligation envers Monarch et était libre de se lancer dans la nouvelle entreprise avec M. Darc et Sentinel Hill.

150 I conclude that the trial judge's findings stand unimpeached and that on the applicable law, he correctly concluded that Strother did not breach his contractual or fiduciary duty to Monarch.

J'estime que les constatations du juge de première instance demeurent valides et que, selon le droit applicable, il a eu raison de conclure que M. Strother n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire envers Monarch.

B. *Remedy*

B. *Réparation*

151 The Court of Appeal ordered Strother to account for all profits made as a result of his participation in Sentinel Hill. It based this on the traditional order for accounts imposed by equity on a trustee who uses the beneficiary's property for his own interest, according to the general rule that when "a fiduciary reaps a benefit as a result of a breach of the duty of loyalty owed to the principal, an action for an accounting of profits will lie": P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), at § 27:500.

La Cour d'appel a ordonné à M. Strother de rendre compte de tous les profits découlant de sa participation dans Sentinel Hill. Elle s'est alors fondée sur l'obligation traditionnelle de reddition de compte à laquelle est tenu, en equity, le fiduciaire qui utilise à des fins personnelles les biens du bénéficiaire, conformément à la règle générale selon laquelle le [TRADUCTION] « fiduciaire qui récolte un bénéfice en raison d'un manquement au devoir de loyauté qu'il a envers le mandant peut faire l'objet d'une action en reddition de compte relative aux profits qu'il a réalisés » : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), § 27:500.

152 The conclusion that Strother did not breach his contractual or fiduciary duty makes it unnecessary to consider whether the Court of Appeal's remedy was appropriate. However, it may not be amiss to suggest that it is far from clear that an accounting for profits is the appropriate remedy for the breach alleged by Monarch. For the reasons that follow, and without deciding the issue, I simply wish to register the caveat that the matter may not be as free from doubt as the Court of Appeal assumed.

Compte tenu de la conclusion que M. Strother n'a pas manqué à son obligation contractuelle ou fiduciaire, il n'est pas nécessaire de se demander si la réparation ordonnée par la Cour d'appel était convenable. Toutefois, il n'est peut-être pas inopportun d'affirmer qu'il est loin d'être clair qu'une reddition de compte relative à des profits soit la réparation convenable pour le manquement reproché par Monarch. Pour les motifs qui suivent, et sans trancher cette question, je tiens simplement à préciser que l'affaire n'est peut-être pas aussi claire que ce qu'a supposé la Cour d'appel.

The trial judge, after a careful review of the evidence, found that even if Strother had acted as Monarch contends he should have, and even if Strother had never taken an interest in Sentinel Hill, Monarch's position would be the same as it is today. The alleged breach, even if it were made out, caused Monarch no loss, since it would not have gone into the business in any event. The question is whether the remedy of account and disgorgement of profits is appropriate in a case where the breach did not arise from the management of property, where it did not cause the plaintiff any loss, and where viewing the same facts through the lens of contract law, the plaintiff would have recovered nothing.

The first question is whether the remedy of account is appropriate where the breach related not to the management of the plaintiff's assets, but to an opportunity that arises to him as trustee or fiduciary.

There is some doubt on this matter. It is clear that an accounting for profits is available for breach of fiduciary duty in the classic situation of the management of assets. "However, where the trustee's profit is not made out of the trust property but out of an opportunity that arises to him in his office as trustee . . . many have questioned whether it is equitable or fair that the trust beneficiaries should have a proprietary interest in that profit (rather than a mere personal claim)" (D. Hayton, "Unique Rules for the Unique Institution, the Trust", in S. Degeling and J. Edelman, eds., *Equity in Commercial Law* (2005), 279, at p. 284). Where a fiduciary uses the plaintiff's asset to make a profit for himself, the logic of the remedy of account is clear; presumptively the profits the trustee earned would have been earned for the plaintiff, but for the breach. The plaintiff is simply claiming what is rightfully his. The link between the breach and the remedy of account is arguably less clear where the breach involves using information or an opportunity which the plaintiff would not have enjoyed in any event (as is the case with the profit Strother earned from

Après avoir examiné attentivement la preuve, le juge de première instance a conclu que, même si M. Strother avait agi comme il aurait dû le faire, selon ce que prétend Monarch, et même s'il n'avait jamais acquis une participation dans Sentinel Hill, Monarch aurait été dans la même situation que celle dans laquelle elle se trouve aujourd'hui. Même s'il était établi, le manquement reproché n'a causé aucune perte à Monarch, étant donné que de toute façon celle-ci n'aurait pas exercé les activités en question. La question est de savoir si la réparation consistant à rendre compte des profits et à les restituer est convenable dans un cas où le manquement ne découlait pas de la gestion de biens, où il n'a causé aucune perte au demandeur et où, dans les mêmes circonstances, ce dernier n'aurait rien recouvré en vertu du droit des contrats.

La première question consiste à se demander si la reddition de compte est une réparation appropriée lorsque le manquement reproché concernait non pas la gestion des biens du demandeur, mais plutôt une occasion qui s'offrait à lui en sa qualité de fiduciaire.

Il existe des doutes à cet égard. Il est clair qu'un recours en reddition de compte relative à des profits peut être exercé pour manquement à une obligation fiduciaire dans le cas classique de la gestion de biens. [TRADUCTION] « Cependant, lorsque le profit du fiduciaire résulte non pas du bien en fiducie, mais d'une occasion qui s'offre à lui en sa qualité de fiduciaire, [. . .] plusieurs se sont demandé s'il était juste ou équitable que les bénéficiaires de la fiducie aient à l'égard de ce profit un intérêt propriétaire (plutôt qu'un simple recours personnel) » (D. Hayton, « Unique Rules for the Unique Institution, the Trust », dans S. Degeling et J. Edelman, dir., *Equity in Commercial Law* (2005), 279, p. 284). Lorsqu'un fiduciaire utilise les biens du demandeur pour réaliser un profit personnel, la logique de la réparation que constitue la reddition de compte est claire; on présume que, n'eût été le manquement, c'est le demandeur qui aurait réalisé les profits réalisés par le fiduciaire. Le demandeur ne fait que réclamer ce qui lui revient de droit. On peut soutenir que le lien entre le manquement et la réparation que constitue la reddition de compte est

153

154

155

Darc's idea). Moreover, as Hayton and others have pointed out, the effect may be to give the plaintiff priority over other creditors, should the trustee be insolvent, heightening the unfairness of the remedy of account in these circumstances. See R. Goode, "Proprietary Restitutionary Claims", in W. R. Cornish et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future* (1998), 63, at p. 69; S. Worthington, *Equity* (2003), at pp. 125-26. It thus may be questioned whether a non-proprietary claim such as Monarch's should attract the remedy of an account for profits.

moins clair lorsque le manquement consiste à utiliser des renseignements ou à saisir une occasion dont le demandeur n'aurait de toute façon pas profité (comme dans le cas du profit que M. Strother a tiré de l'idée de M. Darc). De plus, comme l'ont souligné Hayton et d'autres auteurs, cela peut avoir pour effet de conférer au demandeur priorité de rang sur d'autres créanciers en cas d'insolvabilité du fiduciaire, et d'accroître l'iniquité de la réparation que constitue la reddition de compte accordée dans ces circonstances. Voir R. Goode, « Proprietary Restitutionary Claims », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future* (1998), 63, p. 69; S. Worthington, *Equity* (2003), p. 125-126. Par conséquent, on peut se demander si une action non fondée sur un droit de propriété, comme celle de Monarch, peut donner lieu à une reddition de compte relative à des profits.

156

This particular debate is part of a larger discussion throughout the Commonwealth as to the role causation, and other limiting factors used at common law should play in devising appropriate remedies for breach of equitable or fiduciary duties, particularly where, as here, the fiduciary duty arises from the same facts as a concomitant contractual duty. Underlying this debate is the tension between the need to deter fiduciaries from abusing their trust on the one hand, and the goal of achieving a remedy that is fair to all those affected, on the other. Complicating this discussion is the suggestion that if an accounting is ordered without a corresponding loss to the plaintiff, the award takes on the appearance of punitive damages. Where extra deterrence is required, it is better achieved by remedies such as exemplary damages, which unlike account, can be tailored to the particular situation.

Ce débat particulier s'inscrit dans un débat plus large, à l'échelle du Commonwealth, sur le rôle que la causalité et d'autres facteurs limitatifs utilisés en common law devraient jouer dans la conception de réparations convenables pour le manquement à une obligation d'equity ou fiduciaire, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, l'obligation fiduciaire découle des mêmes faits qu'une obligation contractuelle concomitante. L'élément qui sous-tend ce débat est la tension entre, d'une part, la nécessité de dissuader les fiduciaires d'abuser de la fiducie dont ils sont responsables et, d'autre part, l'objectif de trouver une réparation juste pour toutes les parties visées. Ce qui complique la présente analyse, c'est l'idée que, si une reddition de compte est ordonnée sans que le demandeur ait subi une perte correspondante, la somme accordée s'apparente alors à des dommages-intérêts punitifs. Lorsqu'il est nécessaire de dissuader davantage, il vaut mieux accorder des réparations comme des dommages-intérêts exemplaires qui, contrairement à une reddition de comptes, peuvent être adaptés à la situation particulière.

157

In England, a distinction is now made between contractual duties of skill and care, and the fiduciary duties that may accompany them: *Bristol and West Building Society v. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698 (C.A.); *Armitage v. Nurse*, [1997] 2 All E.R. 705

En Angleterre, on fait maintenant une distinction entre les obligations contractuelles d'aptitude et de diligence et les obligations fiduciaires dont elle peut être assortie : *Bristol and West Building Society c. Mothew*, [1996] 4 All E.R. 698 (C.A.);

(C.A.), *per* Lord Millett. This position, now seen as “close to orthodoxy”, has been described as “the first and essential doctrinal step in opening the way to common law control mechanisms within equitable compensation”, inviting “the application of like rules for gauging causation and measure of damages”: J. Getzler, “Am I My Beneficiary’s Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies”, in *Equity in Commercial Law*, 239, at p. 251. Lord Millett himself has stated:

We should not integrate equity and the common law by fusing them; but we should seek to harmonise them wherever possible. . . . There is no justification for retaining different rules to deal with the same factual situation, which may happen where the case falls within equity’s concurrent jurisdiction. [Emphasis added.]

(P. Millett, “Proprietary Restitution”, in *Equity in Commercial Law*, 309, at p. 311)

In Canada, this Court in recent cases has likewise emphasized the need for harmonizing common law and equitable remedies where the same facts give rise to concurrent duties at equity and law. In *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, the majority, *per* La Forest J., rejected full equitable compensation in favour of the tort measure of damages for deceit, while the dissent, *per* McLachlin J., insisted on a causal connection between the wrongdoing and the equitable compensation awarded. This fair, flexible approach was affirmed in *Hodgkinson*, *per* La Forest J. where compensation for breach of fiduciary duty was awarded on a contractual basis, on the principle that the party wronged is entitled to be put in as good a position as it would have been in had the breach not occurred. These cases were concerned with equitable compensation, not the equitable remedy of account. But at the very least they raise the question whether the remedy of account, like equitable compensation, should be harmonized with common law remedies where the facts support concurrent equitable and legal claims. Since Monarch would have recovered nothing at common

Armitage c. Nurse, [1997] 2 All E.R. 705 (C.A.), lord Millett. Cette position, maintenant considérée comme « proche de l’orthodoxie », a été décrite comme étant, [TRADUCTION] « sur le plan doctrinal, le premier pas essentiel vers l’application à l’indemnisation en equity des mécanismes de contrôle de la common law », situation qui ouvre la voie à « l’application de règles semblables pour jauger la causalité et calculer les dommages-intérêts » : J. Getzler, « Am I My Beneficiary’s Keeper? Fusion and Loss-Based Fiduciary Remedies », dans *Equity in Commercial Law*, 239, p. 251. Lord Millett a lui-même affirmé :

[TRADUCTION] Nous ne devrions pas intégrer l’equity et la common law en les fusionnant; nous devrions plutôt chercher à les harmoniser chaque fois que c’est possible. [. . .] Rien ne justifie que l’on retienne des règles différentes pour traiter de la même situation factuelle, ce qui peut arriver lorsque l’affaire relève également de l’equity. [Je souligne.]

(P. Millett, « Proprietary Restitution », dans *Equity in Commercial Law*, 309, p. 311)

Au Canada, notre Cour a également insisté, dans des arrêts récents, sur la nécessité d’harmoniser les réparations de common law et d’equity lorsque les mêmes faits donnent naissance à des obligations concurrentes en equity et en common law. Dans l’arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, le juge La Forest, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, a rejeté l’indemnisation complète fondée sur l’equity au profit d’un mode de calcul des dommages-intérêts fondé sur la responsabilité délictuelle pour le délit de dol, alors que, dans des motifs dissidents, la juge McLachlin a insisté sur l’existence d’un lien de causalité entre l’acte fautif et l’indemnité accordée en equity. Le juge La Forest a confirmé cette méthode juste et souple dans l’arrêt *Hodgkinson* où l’indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire a été accordée sur une base contractuelle, conformément au principe selon lequel la partie lésée a le droit d’être placée dans une situation aussi avantageuse que celle dans laquelle elle se serait trouvée n’eût été le manquement. Ces arrêts portaient sur l’indemnisation en equity et non sur la reddition de compte en tant que réparation en equity. Mais

law given the trial judge's finding that the alleged breach caused it no loss, the result of harmonization would be to deny Monarch the remedy of account and disgorgement of profits.

C. *Other Issues*

159 My conclusion that breach of fiduciary duty resulting in a loss to Monarch has not been established makes it unnecessary to consider the position of Davis & Company. However, I would like to address a question of interpretation in relation to the *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348.

160 Section 12 of the *Partnership Act* provides:

12 If, by any wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the firm or with the authority of his or her partners, loss or injury is caused to any person who is not a partner in the firm or any penalty is incurred, the firm is liable for that loss, injury or penalty to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

161 I note first that in the absence of loss or injury, there can be no claim under s. 12 against Davis. The trial judge concluded that Monarch had not suffered any loss or injury (para. 186) and even if it had learned of the advance tax ruling in 1998, Monarch's position would be the same as it is today (paras. 180 ff.). His findings stand unimpeached. This renders academic the question of whether Davis is vicariously liable.

162 However, a few words may be apt in relation to the approach taken by Binnie J. In considering

ils soulèvent à tout le moins la question de savoir si, à l'instar de l'indemnisation en equity, la reddition de compte devrait être harmonisée avec des réparations de common law lorsque les faits justifient des recours concurrents fondés sur l'equity et la common law. Comme Monarch n'aurait rien recouvré en common law en raison de la conclusion du juge de première instance selon laquelle le manquement reproché ne lui avait fait subir aucune perte, l'harmonisation aurait pour résultat de priver Monarch de la réparation que constituent la reddition de compte et la restitution de profits.

C. *Autres questions*

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire ayant fait subir une perte à Monarch n'a pas été établie, il n'est nécessaire d'examiner la position du cabinet Davis. J'aimerais toutefois aborder une question d'interprétation relative à la *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 348.

L'article 12 de la *Partnership Act* prévoit :

[TRADUCTION]

12 Si, à la suite d'un acte ou d'une omission fautifs d'un associé agissant dans le cours normal des affaires de l'entreprise ou avec l'autorisation de ses coassociés, une perte ou un préjudice est causé à une personne qui n'est pas un associé de l'entreprise ou encore une pénalité est imposée, l'entreprise est responsable de cette perte, de ce préjudice ou de cette pénalité dans la même mesure que l'associé qui a ainsi agi ou omis d'agir.

Je souligne d'abord que, en l'absence d'une perte ou d'un préjudice, le cabinet Davis ne peut faire l'objet d'aucun recours fondé sur l'art. 12. Le juge de première instance a conclu que Monarch n'avait subi aucune perte ni aucun préjudice (par. 186) et que, même si l'entreprise avait connu la décision anticipée en matière d'impôt en 1998, sa situation serait la même aujourd'hui (par. 180 et suiv.). Sa conclusion est incontestée. La question de savoir si le cabinet Davis est responsable du fait d'autrui devient en conséquence théorique.

Cependant, il n'est peut-être pas inutile d'ajouter quelques mots au sujet de l'approche adoptée

Davis' liability under the *Partnership Act*, Binnie J. looks to the principles of vicarious liability established by this Court in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and subsequent cases. In my respectful opinion, it may not be helpful or necessary to look to these principles when considering the partnership's liability under the *Partnership Act*. In *Bazley*, and the other cases referred to by Binnie J., the Court was considering when to impose, at common law, vicarious liability on employers for the acts of employees. Here, however, the basis for vicarious liability of the partnership for an act of a partner is contained in the statute.

In determining whether Strother was acting in the ordinary course of Davis' business when he committed the allegedly wrongful act or omission, the nature of the activity, and not the manner in which that activity is performed will determine whether that activity falls within the scope of the firm's ordinary business. As the authors note in *Lindley & Banks on Partnership* (18th ed. 2002), at p. 308, "[i]t is perfectly possible for a solicitor to commit a fraud or other wrong in the usual course of his firm's practice"; it is the nature of the underlying transaction that is critical. See also R. Burgess and G. Morse, *Partnership Law and Practice* (1980), at pp. 118-19.

On the cross-appeal, I agree with the Court of Appeal and Binnie J.

IV. Conclusion

I would allow the appeals and restore the order of the trial judge dismissing all claims against Strother and Davis & Company. I would also dismiss Monarch's cross-appeal and award Strother and Davis & Company their costs in this Court and in the courts below.

par le juge Binnie. Dans l'examen de la question de la responsabilité du cabinet Davis au regard de la *Partnership Act*, le juge Binnie évoque les principes de la responsabilité du fait d'autrui que notre Cour a établis dans l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et d'autres arrêts subséquents. À mon humble avis, il n'est peut-être pas utile ou nécessaire de considérer ces principes dans l'examen de la responsabilité de la société de personnes au regard de la *Partnership Act*. Dans l'arrêt *Bazley* et les autres arrêts mentionnés par le juge Binnie, la Cour se demandait dans quels cas, en common law, l'employeur doit être tenu responsable du fait d'autrui des actes accomplis par ses employés. En l'espèce, cependant, le fondement de la responsabilité du fait d'autrui de la société de personnes à l'égard d'un acte accompli par un associé est prévu par le texte de loi.

Pour déterminer si M. Strother agissait dans le cours normal des affaires du cabinet Davis au moment de l'acte ou de l'omission fautifs qu'on lui reproche, c'est la nature de l'activité — et non la manière de l'exercer — qui détermine si cette activité se situe dans le cours normal des affaires du cabinet. Comme le font observer les auteurs dans *Lindley & Banks on Partnership* (18^e éd. 2002), p. 308, [TRADUCTION] « [i] est tout à fait possible qu'un avocat commette une fraude ou une autre faute dans le cours normal des affaires de son cabinet »; c'est la nature de l'opération en cause qui est cruciale. Voir également R. Burgess et G. Morse, *Partnership Law and Practice* (1980), p. 118-119.

Pour ce qui est du pourvoi incident, je partage l'opinion de la Cour d'appel et du juge Binnie.

IV. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance rejetant toutes les demandes présentées contre M. Strother et le cabinet Davis. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident de Monarch et d'accorder à M. Strother et au cabinet Davis leurs dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

163

164

165

Appeals allowed in part, McLACHLIN C.J. and BASTARACHE, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent Davis & Company, a partnership: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant 3464920 Canada Inc. (formerly known as Monarch Entertainment Corporation): Holmes & King, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent Robert C. Strother, the appellants Strother Family Trust (Trust No. 1) and University Hill Holdings Inc. (formerly known as 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), and the respondents Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 and Trust No. 10: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc and Leslie Marie Darc, Trustees of the Darc Family Trust, and the said Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 and Company No. 10: Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitors for the respondents Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill

Pourvois accueillis en partie, la juge en chef McLACHLIN et les juges BASTARACHE, LEBEL et ABELLA sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée Davis & Company, société de personnes : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante 3464920 Canada Inc. (auparavant connue sous le nom de Monarch Entertainment Corporation) : Holmes & King, Vancouver.

Procureurs de l'appelant/intimé Robert C. Strother, des appelantes Strother Family Trust (Trust No. 1) et University Hill Holdings Inc. (auparavant connue sous le nom de 589918 British Columbia Ltd.) (Company No. 1), et des intimées Partnership No. 1, Partnership No. 2, Partnership No. 3, Partnership No. 4, Partnership No. 5, Partnership No. 6, Partnership No. 7, Partnership No. 8, Partnership No. 9, Partnership No. 10, Trust No. 1, Trust No. 2, Trust No. 3, Trust No. 4, Trust No. 5, Trust No. 6, Trust No. 7, Trust No. 8, Trust No. 9 et Trust No. 10 : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimés J. Paul Darc, Pacific Cascadia Capital Corporation, Sentinel Hill Entertainment Corporation, Sentinel Hill Productions Corporation, Sentinel Hill Productions II Corporation, Sentinel Hill Management Corporation, J. Paul Darc et Leslie Marie Darc, fiduciaires de Darc Family Trust, et ledit Darc Family Trust, Company No. 1, Company No. 2, Company No. 3, Company No. 4, Company No. 5, Company No. 6, Company No. 7, Company No. 8, Company No. 9 et Company No. 10 : Macaulay McColl, Vancouver.

Procureurs des intimées Sentinel Hill Productions (1999) Corporation, Sentinel Hill 1999-1 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-3 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-4 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1999-5 Master Limited Partnership, Sentinel Hill

1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership and Sentinel Hill GP Corporation: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

1999-6 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998 Master Limited Partnership, Sentinel Hill 1998-2 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 5 Limited Partnership, Sentinel Hill Productions No. 7 Limited Partnership, Sentinel Hill 1999 Master Limited Partnership, Sentinel Hill Ventures Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Millenium Limited Partnership, Sentinel Hill Productions III Corporation, Sentinel Hill Alliance Atlantis Equicap Limited Partnership et Sentinel Hill GP Corporation : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.