

Canadian Aero Service Limited (Plaintiff)
Appellant;

and

Thomas M. O'Malley, J. M. (George)
Zarzycki, James E. Wells, Terra Surveys
Limited (Defendants) Respondents.

1972: May 11, 12, 15, 16, 24, 25; 1973: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Corporations—Officers and directors—Senior officers of appellant company resigning to form another company—Benefit of corporate opportunity wrongfully taken—Breach of fiduciary duty.

The present appeal arose out of a claim by the plaintiff-appellant (C Ltd.) that the defendants had improperly taken the fruits of a corporate opportunity in which C Ltd. had a prior and continuing interest. The allegation against the defendants O and Z was that while directors or officers of C Ltd. they had devoted effort and planning in respect of the particular corporate opportunity as representatives of C Ltd., but had subsequently wrongfully taken the benefit thereof in breach of a fiduciary duty to C Ltd. The defendant W, who had been a director of C Ltd. but never an officer, was brought into the action as an associate of the other individual defendants in an alleged scheme to deprive C Ltd. of the corporate opportunity which it had been developing through O and Z; and the defendant T Ltd. was joined as the vehicle through which the individual defendants in fact obtained the benefit for which C Ltd. had been negotiating.

C Ltd. failed before the trial judge, whose judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed against all defendants save W. The appeal as against W should be dismissed.

Although the defendants O and Z were subject to supervision of the officers of a company controlling C Ltd., their positions as senior officers of a subsidiary, which was a working organization, charged them with initiatives and with responsibilities far removed

Canadian Aero Service Limited
(Demanderesse) Appelante;

et

Thomas M. O'Malley, J. M. (George)
Zarzycki, James E. Wells, Terra Surveys
Limited (Défendeurs) Intimés.

1972: les 11, 12, 15, 16, 24 et 25 mai; 1973: le 29 juin.

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

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

Compagnie—Fonctionnaires et Administrateurs—Fonctionnaires supérieurs de la compagnie appelante démissionnent pour former une autre compagnie—Profit indûment tiré d'une occasion d'affaires—Violation d'une obligation de fiduciaire.

Le pourvoi résulte d'une action intentée par la demanderesse-appelante (C Ltée) selon laquelle les défendeurs ont abusivement tiré les avantages d'une occasion d'affaires dans laquelle C Ltée avait un intérêt prioritaire et permanent. On allègue contre les défendeurs O et Z qu'alors qu'ils étaient administrateurs ou fonctionnaires de C Ltée, ils ont travaillé et fait des plans à l'égard de cette occasion d'affaires, à titre de représentant de C Ltée, mais que, par la suite, ils en ont indûment tiré le profit en violation de leur obligation de fiduciaire envers C Ltée. Le défendeur W, qui avait été administrateur de C Ltée mais jamais fonctionnaire, est partie à l'action en tant qu'associé des autres défendeurs dans leur projet allégué de priver C Ltée de l'occasion d'affaires qu'elle poursuivait par l'entremise de O et Z; et la défenderesse T Ltée a été jointe à l'action en tant que moyen par lequel les défendeurs individuels ont effectivement retiré le bénéfice en vue duquel C Ltée faisait des négociations.

C Ltée n'a pas eu gain de cause devant le Juge de première instance, dont le jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli contre tous les défendeurs, sauf W. Le pourvoi doit être rejeté quant à W.

Bien que les défendeurs O et Z aient été assujettis à la surveillance des fonctionnaires de la compagnie mère, leurs postes de fonctionnaires supérieurs d'une filiale, laquelle était un organisme d'exécution, comportaient des initiatives et des responsabilités très

from the obedient role of servants. It followed that O and Z stood in a fiduciary relationship to C Ltd., which in its generality betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest. A director or a senior officer like O or Z is precluded from obtaining for himself, either secretly or without the approval of the company, any property or business advantage either belonging to the company or for which it has been negotiating; and especially is this so where the director or officer is a participant in the negotiations on behalf of the company.

A strict ethic in this area of the law disqualifies a director or senior officer from usurping for himself or diverting to another person or company with whom or with which he is associated a maturing business opportunity which his company is actively pursuing; he is also precluded from so acting even after his resignation where the resignation may fairly be said to have been prompted or influenced by a wish to acquire for himself the opportunity sought by the company, or where it was his position with the company rather than a fresh initiative that led him to the opportunity which he later acquired.

Unlike the case with O and Z, the findings of fact did not admit of a conclusion of law by which to fix the defendant W with liability.

Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper, [1966] S.C.R. 673, distinguished; *Zwicker v. Stanbury*, [1953] 2 S.C.R. 438; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378; *Phipps v. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46; *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162; *Smith v. Harrison* (1872), 27 L.T.R. 188; *Furs Ltd. v. Tomkies* (1936), 54 C.L.R. 583; *G. E. Smith Ltd. v. Smith*, [1952] N.Z.L.R. 470; *Aberdeen Railway Co. v. Blakie Bros.* (1854), 1 Macq. 461; *Burg v. Horn* (1967), 380 F. 2d 897; *Ex p. James* (1803), 8 Ves. 337; *Pre-Cam. Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Raines v. Toney* (1958), 313 S.W. 2d 802; *Albert A. Volk Inc. v. Fleschner Bros. Inc.* (1945), 60 N.Y.S. 2d 244; *Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v. Noble* (1965), 210 N.E. 2d 12; referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, dismissing an appeal from a judgment of Grant J. Appeal allowed against

¹ [1972] 1 O.R. 592, 23 D.L.R. (3d) 632.

éloignées du rôle d'obéissance des préposés. Il s'ensuit que O et Z étaient liés à C Ltée par des liens fiduciaires qui, d'une manière générale, commandent la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations. Un administrateur ou un fonctionnaire supérieur comme O et Z ne peut s'approprier, en secret ou sans l'approbation de la compagnie, un bien ou avantage commercial qui appartient à celle-ci ou qu'elle a négocié; surtout si l'administrateur ou le fonctionnaire participe aux négociations au nom de la compagnie.

Une éthique stricte dans ce domaine du droit interdit à un administrateur ou à un fonctionnaire supérieur d'usurper à son compte ou de procurer à une autre personne ou compagnie dont il est l'associé, une occasion d'affaires en voie de réalisation que sa compagnie poursuit activement; cette interdiction subsiste même après sa démission, lorsqu'on peut supposer à bon droit que pareille démission a été provoquée ou influencée par un désir de s'approprier l'occasion d'affaires que la compagnie cherchait à réaliser, ou lorsque c'est sa position au sein de la compagnie plutôt qu'une initiative personnelle qui l'a mené à l'occasion d'affaires qu'il a obtenue par la suite.

Contrairement à ce qui est le cas pour O et Z, les conclusions sur les faits ne permettent pas de tirer une conclusion sur le droit par quoi imposer une responsabilité à W.

Distinction faite avec l'arrêt *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673. Arrêts mentionnés: *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378; *Phipps v. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46; *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162; *Smith v. Harrison* (1872), 27 L.T.R. 188; *Furs Ltd. v. Tomkies* (1936), 54 C.L.R. 583; *G.E. Smith Ltd. v. Smith*, (1952) N.Z.L.R. 470; *Aberdeen Railway Co. v. Blakie Bros.* (1854), 1 Macq. 461; *Burg v. Horn* (1967), 380 F. 2d 897; *Ex p. James* (1803), 8 Ves. 337; *Pre-Cam. Exploration & Development Ltd. c. McTavish*, [1966] R.C.S. 551; *Raines v. Toney* (1958), 313 S.W. 2d 802; *Albert A. Volk Inc. v. Fleschner Bros. Inc.* (1945), 60 N.Y.S. 2d 244; *Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v. Noble* (1965), 210 N.E. 2d 12.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'un jugement du juge Grant. Pourvoi accueilli

¹ [1972] 1 O.R. 592, 23 D.L.R. (3d) 632.

all defendants save one.

C. L. Dubin, Q.C., R. W. McKimm and R. A. Blair, for the plaintiff, appellant.

Hon. C. H. Locke, Q.C., and Gordon Blair, for the defendant, respondent, Wells.

John P. Nelligan, Q.C., and Denis Power, for the defendants, respondents, O'Malley, Zarzycki and Terra Surveys Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

LASKIN J.—This appeal arises out of a claim by the plaintiff-appellant (hereinafter referred to as Canaero) that the defendants had improperly taken the fruits of a corporate opportunity in which Canaero had a prior and continuing interest. The allegation against the defendants O'Malley and Zarzycki is that while directors or officers of Canaero they had devoted effort and planning in respect of the particular corporate opportunity as representatives of Canaero, but had subsequently wrongfully taken the benefit thereof in breach of a fiduciary duty to Canaero. The defendant Wells, who had been a director of Canaero but never an officer, was brought into the action as an associate of the other individual defendants in an alleged scheme to deprive Canaero of the corporate opportunity which it had been developing through O'Malley and Zarzycki; and the defendant Terra Surveys Limited was joined as the vehicle through which the individual defendants in fact obtained the benefit for which Canaero had been negotiating.

Canaero failed before Grant J. whose judgment on October 8, 1969, was affirmed by the Ontario Court of Appeal, speaking through MacKay J. A., on June 18, 1971. The trial judge fixed the damages at \$125,000 in the event of a successful appeal, and this determination was implicitly endorsed by the Ontario Court of Appeal. The appeal to this Court is taken in the light of concurrent findings of fact on all points touching the course of events, but the Ontario Court of Appeal did not agree with Grant J. that

contre tous les défendeurs sauf un.

C. L. Dubin, c.r., R. W. McKimm et R. A. Blair, pour la demanderesse, appelante.

Hon. C. H. Locke, c.r., et Gordon Blair, pour le défendeur, intimé, Wells.

John P. Nelligan, c.r., et Denis Power, pour les défendeurs, intimés, O'Malley, Zarzycki et Terra Surveys Ltd.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LASKIN—Le présent appel résulte d'une action intentée par la demanderesse-appelante (ci-après appelée Canaero) selon laquelle les défendeurs ont abusivement tiré les avantages d'une occasion d'affaires dans laquelle Canaero avait un intérêt prioritaire et permanent. On allègue contre les défendeurs O'Malley et Zarzycki qu'alors qu'ils étaient administrateurs ou fonctionnaires de Canaero, ils ont travaillé et fait des plans à l'égard de cette occasion d'affaires, à titre de représentants de Canaero, mais que, par la suite, ils en ont indûment tiré le profit en violation de leur obligation de fiduciaire envers Canaero. Le défendeur Wells, qui avait été administrateur de Canaero mais jamais fonctionnaire, est partie à l'action en tant qu'associé des autres défendeurs dans leur projet allégué de priver Canaero de l'occasion d'affaires qu'elle poursuivait par l'entremise de O'Malley et de Zarzycki; et la défenderesse Terra Surveys Limited a été jointe à l'action en tant que moyen par lequel les défendeurs individuels ont effectivement retiré le bénéfice en vue duquel Canaero faisait des négociations.

Canaero n'a pas eu gain de cause devant le Juge Grant, dont le jugement du 8 octobre 1969 a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario qui s'est prononcée par l'entremise du Juge d'appel MacKay le 18 juin 1971. Le juge de première instance a fixé les dommages-intérêts à \$125,000 si l'appel était accueilli et ce montant a été implicitement approuvé par la Cour d'appel de l'Ontario. L'appel en cette Cour est interjeté à la lumière de conclusions concordantes sur des faits relatives à tous les points se

the relationship of O'Malley and Zarzycki to Canaero, by reason of their positions as senior managerial officers, was of a fiduciary character, like that existing between directors and a company; rather, it was of the view that the relationship was simply that of employees and employer, involving no corresponding fiduciary obligations and, apart from valid contractual restriction, no limitation upon post-employment competition save as to appropriation of trade secrets and enticement of customers, of which there was no proof in this case.

Canaero was incorporated in 1948 under the *Companies Act* of Canada as a wholly-owned subsidiary of Aero Service Corporation, a United States company whose main business, like that of Canaero and other subsidiaries, was topographical mapping and geophysical exploration. In 1961, the parent Aero and its subsidiaries came under the control of another United States corporation, Litton Industries Inc. O'Malley joined Aero Service Corporation in 1936 and, apart from army service, remained with it until 1950 when he became general manager and president of Canaero whose head office was in Ottawa. He returned to the parent Aero company in 1957, but rejoined Canaero in 1964 as president and chief executive officer, and remained as such until he resigned on August 19, 1966. Acknowledgement and acceptance of the resignation followed on August 26, 1966.

Zarzycki, who attained a widely-respected reputation in geodesy, joined Canaero in 1953, soon becoming chief engineer. He was named executive vice-president in 1964 and made a director in March 1965. He resigned these posts on August 22, 1966, and received the acknowledgment and acceptance of his resignation in a letter of August 29, 1966.

rapportant aux événements, mais la Cour d'appel de l'Ontario n'était pas d'accord avec le Juge Grant que la relation de O'Malley et de Zarzycki avec Canaero, en leur qualité de fonctionnaires supérieurs, était de nature fiduciaire semblable à la relation qui existe entre les administrateurs et leur compagnie; elle était plutôt d'avis que la relation était simplement celle d'employeur à employés, qu'elle ne comportait aucune obligation correspondante de nature fiduciaire ni, mises à part les restrictions contractuelles valides, aucune restriction de concurrence après la période d'emploi excepté l'appropriation de secrets professionnels et la sollicitation de clientèle, ce qu'on n'a pas établi en l'espèce.

Canaero a été constituée en 1948 en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Canada comme filiale en propriété exclusive d'Aero Service Corporation, une compagnie américaine dont l'objet principal, à l'instar de Canaero et des autres filiales, était l'établissement de cartes topographiques et la prospection géophysique. En 1961, Litton Industries Inc., une autre compagnie américaine, s'est porté acquéreur de la compagnie mère Aero et de ses filiales. O'Malley est entré au service de Aero Service Corporation en 1936 et, sauf pour faire son service militaire, il y est demeuré jusqu'en 1950, année pendant laquelle il est devenu directeur général et président de Canaero dont le siège social était à Ottawa. Il est retourné à la compagnie mère Aero en 1957, mais est revenu chez Canaero en 1964 comme président et principal fonctionnaire exécutif, poste qu'il a occupé jusqu'à sa démission, le 19 août 1966. On a accusé réception de sa démission et accepté celle-ci le 26 août 1966.

Zarzycki, qui s'est taillé une solide réputation en géodésie, est entré au service de Canaero en 1953 où il est devenu peu de temps après ingénieur en chef. Il a été nommé vice-président administratif en 1964 et administrateur en mars 1965. Il a démissionné de ces postes le 22 août 1966; on a accusé réception de sa démission et accepté celle-ci dans une lettre datée du 29 août 1966.

Wells, a solicitor in Ottawa, knowledgeable about external aid programmes and the opportunities open in that connection to aeroplane companies, became a director of Canaero on March 15, 1950, at the same time as O'Malley. He was never an officer and was, on the evidence, an inactive director. When Survair Limited was incorporated in 1960 at Canaero's instance to provide it with flying services (at first, exclusively, but not so after February 1, 1966), Wells became a shareholder by reason of his association with Canaero. He submitted his resignation as a director of Canaero at the request of Litton Industries Inc. when the latter took control, the resignation to be effective at its pleasure. No such pleasure was indicated, and Wells submitted a resignation on his own on February 5, 1965. There is an uncontested finding that he ceased to be a director after that date.

The defendant Terra Surveys Limited was incorporated on August 16, 1966, following a luncheon meeting of O'Malley, Zarzycki and Wells on August 6, 1966, at which the suggestion to form a company of their own was made by Wells to O'Malley and Zarzycki. To Wells' knowledge, the latter were discontented at Canaero by reason of the limitations upon their authority and the scope of independent action imposed by the Litton company, and they also feared loss of position if Canaero should fail to get contracts. Nominal directors and officers of the new company were appointed, but O'Malley and Zarzycki became major shareholders when common stock was issued on September 12, 1966. One share was issued to Wells at this time but he made a further investment in the new company on November 6, 1966. There is no doubt that Terra Surveys Limited was conceived as a company through which O'Malley and Zarzycki could pursue the same objects that animated Canaero. O'Malley became president of Terra Surveys Limited and Zarzycki became executive vice-president shortly after its incorporation.

Wells, avocat d'Ottawa versé dans les programmes d'aide extérieure et dans les occasions d'affaires qui s'offrent aux compagnies aériennes dans ce domaine, est devenu administrateur de Canaero le 15 mars 1950 en même temps que O'Malley. Il n'en a jamais été fonctionnaire et, d'après les témoignages, était un administrateur non actif. Lorsque Survair Limited a été constituée en 1960 à la demande de Canaero pour fournir à cette dernière des services aériens (d'abord des services exclusifs, mais non après le 1^{er} février 1966), Wells est devenu actionnaire de Survair en raison de son association avec Canaero. Il a démissionné de son poste d'administrateur de Canaero à la demande de Litton Industries Inc. lorsque cette dernière a obtenu le contrôle de Canaero, la date d'entrée en vigueur de sa démission devant être fixée selon le bon plaisir de Litton Industries Inc. Celle-ci n'a pas indiqué de date et Wells a remis une démission de son propre chef le 5 février 1965. Il est incontesté qu'il a cessé d'être administrateur à compter de ce jour-là.

La défenderesse Terra Surveys Limited a été constituée le 16 août 1966, suite à un entretien entre O'Malley, Zarzycki et Wells le 6 août 1966, lors du repas du midi, au cours duquel Wells a proposé à O'Malley et Zarzycki de former leur propre compagnie. D'après Wells, O'Malley et Zarzycki étaient mal disposés à l'égard de Canaero en raison des restrictions imposées à leur autorité et à leur initiative par la compagnie Litton; ils craignaient aussi de perdre leur emploi si Canaero n'obtenait pas de contrats. La nouvelle compagnie a nommé pour la forme des administrateurs et des fonctionnaires, mais O'Malley et Zarzycki sont devenus actionnaires majoritaires à l'émission d'actions ordinaires le 12 septembre 1966. À ce moment-là, une seule action a été émise au nom de Wells, mais celui-ci a acheté d'autres actions de la nouvelle compagnie le 6 novembre 1966. Il ne fait aucun doute que Terra Surveys Limited a été conçue comme une compagnie par laquelle O'Malley et Zarzycki pourraient poursuivre les mêmes objets que Canaero. O'Malley est devenu président de Terra Survey Limited et

The legal issues in this appeal concern what I shall call the Guyana project, the topographical mapping and aerial photographing of parts of Guyana (known as British Guiana until its independence on May 25, 1965) to be financed through an external aid grant or loan from the Government of Canada under its programme of aid to developing countries. Terra Surveys Limited, in association with Survaïr Limited and another company, succeeded in obtaining the contract for the Guyana project which Canaero had been pursuing through O'Malley and Zarzycki, among others, for a number of years. There is a coincidence of dates and events surrounding the maturing and realization of that project, and the departure of O'Malley and Zarzycki from Canaero, their involvement with Wells in the incorporation of Terra Surveys Limited and its success, almost immediately thereafter, in obtaining the contract for the project. The significance of this coincidence is related, first, to the nature of the duty owed to Canaero by O'Malley and Zarzycki by reason of their positions with that company and, second, to the continuation of the duty, if any, upon a severance of relationship.

The coincidence aforementioned emerges from a review of the activities of Canaero in respect of the Guyana project. The business in which Canaero and other like companies were engaged involved technical, administrative and even diplomatic capabilities because, in the main, their dealings were with governments, both of countries seeking foreign aid for development and of countries, like United States and Canada, which had programmes for such aid. Companies like Canaero risked initiative and expenditure in preparatory work for projects without any assurance of return in the form of contracts; they saw their business as not only bidding on projects ripe for realization, but as also embracing suggestion and development of projects for which they would later

Zarzycki vice-président exécutif peu de temps après sa constitution.

Les questions de droit dans le présent appel portent sur ce que j'appellerai le projet de la Guyane, soit l'établissement de cartes topographiques et la photographie aérienne de certaines parties de la Guyane (appelée Guyane Britannique jusqu'à son indépendance le 25 mai 1965) dont le financement devait être assuré par un octroi ou un prêt du gouvernement canadien en vertu du programme d'aide extérieure aux pays en voie de développement. Terra Surveys Limited, de concert avec Survaïr Limited et une autre compagnie, a réussi à obtenir le contrat du projet de la Guyane que Canaero cherchait à obtenir par l'entremise de O'Malley et Zarzycki, entre autres, depuis de nombreuses années. Il y a coïncidence de dates et d'événements dans l'élaboration et la réalisation du projet, le départ de O'Malley et de Zarzycki de Canaero, leur association avec Wells dans la constitution de Terra Surveys Limited et l'obtention, presque immédiatement après, du contrat du projet. L'importance de cette coïncidence est reliée, premièrement, à la nature de l'obligation que O'Malley et Zarzycki avaient envers Canaero en raison de leur poste au sein de cette compagnie et, deuxièmement, au maintien de cette obligation, si obligation il y avait, après leur départ de cette compagnie.

La coïncidence susmentionnée se dégage de l'examen des activités de Canaero relativement au projet de la Guyane. Le domaine dans lequel œuvrent Canaero et d'autres compagnies semblables exige des aptitudes d'ordre technique, administratif et même diplomatique, vu qu'elles traitent essentiellement avec des gouvernements, ceux des pays qui demandent l'aide extérieure pour leur développement et ceux de pays, comme les États-Unis et le Canada, qui appliquent ces programmes. Les compagnies du genre de Canaero font des démarches et encourrent des dépenses dans le travail préparatoire des projets, sans être assurées de se voir adjudger les contrats; elles considèrent que leur travail ne consiste pas seulement à présenter des soumissions pour des projets prêts à être réali-

seek approval and contracts to carry them out. In this latter aspect, the development of a project involved negotiation with officials of the country for whose benefit it was intended and the establishment of a receptive accord with a country offering aid for such matters. Of course, a suggested project was more likely to be viewed favourably if its technical and administrative aspects were well worked out in the course of its presentation for governmental approval.

Canaero's interest in promoting a project in Guyana for the development of its natural resources, and in particular electrical energy, began in 1961. It had done work in nearby Surinam (or Dutch Guiana) where conditions were similar. It envisaged extensive aerial photography and mapping of the country which, apart from the populated coastal area, was covered by dense jungle. Promotional work to persuade the local authorities that Canaero was best equipped to carry out the topographical mapping was done by O'Malley and by another associate of the parent Aero. A local agent, one Gavin B. Kennard, was engaged by Canaero. In May 1962, Zarzycki spent three days in Guyana in the interests of Canaero, obtaining information, examining existing geographical surveys and meeting government officials. He submitted a report on his visit to Canaero and to the parent Aero company.

Between 1962 and 1964 Canaero did magnetometer and electromagnetometer surveys in Guyana on behalf of the United Nations, and it envisaged either the United Nations or the United States as the funding agency to support the topographical mapping project that it was evolving as a result of its contacts in Guyana and Zarzycki's visit and report. Political conditions in Guyana after Zarzycki's visit in May 1962 did not conduce to furtherance of the project and activity thereon was suspended.

sés mais encore à proposer et élaborer des projets qu'elles chercheront ensuite à faire approuver et pour l'exécution desquels elles chercheront à obtenir des contrats. A cet égard, la mise en œuvre d'un projet donne lieu à des négociations avec les représentants du pays bénéficiaire et à des pourparlers avec le pays qui offre de l'aide dans ces domaines en vue de faire accepter le projet. Bien entendu, il y avait plus de chances qu'un projet soit accepté si, lors de sa présentation pour approbation gouvernementale, ses aspects techniques et administratifs étaient bien au point.

C'est en 1961 que Canaero a commencé à s'intéresser à la promotion d'un projet de mise en valeur des ressources naturelles de la Guyane, et, en particulier, de son énergie électrique. Elle avait déjà travaillé dans un pays voisin, le Surinam (Guyane hollandaise) où les conditions étaient semblables. Elle se proposait d'entreprendre un programme étendu de photographie aérienne et de cartographie dans le pays qui, excepté la région côtière peuplée, était couvert d'une jungle dense. Le travail de promotion destiné à persuader les autorités locales que Canaero était la mieux en mesure d'exécuter les travaux de topographie a été fait par O'Malley et un autre associé de la société mère Aero. Canaero a engagé un agent local, un nommé Gavin B. Kennard. En mai 1962, Zarzycki a passé trois jours en Guyane pour le compte de Canaero afin d'obtenir des renseignements, d'étudier les levés géographiques existants et de rencontrer les représentants gouvernementaux. Il a présenté un rapport de sa visite à Canaero et à la société mère Aero.

De 1962 à 1964, Canaero a fait des levés magnétométriques et électromagnétométriques en Guyane pour le compte des Nations Unies et elle songeait aux Nations Unies ou aux États-Unis pour se procurer les fonds nécessaires au projet de topographie qu'elle élaborait à la suite de ses contacts en Guyane et de la visite et du rapport de Zarzycki. Après la visite de Zarzycki en mai 1962, la situation politique en Guyane ne favorisait pas la poursuite du projet et les démarches à ce sujet ont été suspendues.

It was resumed in 1965 when it appeared that funds for it might be made available under Canada's external aid programme. The United States had adopted a policy in this area of awarding contracts to United States firms. The record in this case includes a letter of October 22, 1968, after the events which gave rise to this litigation, in which the Canadian Secretary of State for External Affairs wrote that Canada's external aid policy was to require contractors to be incorporated in Canada, managed and operated from Canada and to employ Canadian personnel; and although preference in awarding external aid contracts was given to Canadian controlled firms, this was not an absolute requirement of eligibility to obtain such contracts. Canaero would hence have been eligible at that time for an award of a contract and, inferentially, in 1966 as well.

Zarzycki returned to Guyana on July 14, 1965, and remained there until July 18, 1965. By July 26, 1965, he completed a proposal for topographical mapping of the country, a proposal that the Government thereof might use in seeking Canadian financial aid. Copies went to a Guyana cabinet minister, to the Canadian High Commissioner there and to the External Aid Office in Ottawa. Zarzycki in his evidence described the proposal as more sales-slanted than technical. The technical aspects were none the less covered; for example, the report recommended the use of an aerodist, a recently invented airborne electronic distance-measuring device. Zarzycki had previously urged that Canaero purchase one as a needed piece of equipment which other subsidiaries of Litton Industries Inc. could also use. Canaero placed an order for an aerodist, at a cost of \$75,000, on or about July 15, 1966.

A few days earlier, on July 10, 1966, to be exact, an internal communication to the acting director-general of the Canadian External Aid

Elles ont été reprises en 1965 quand on s'est aperçu que les fonds nécessaires étaient peut-être disponibles en vertu du programme d'aide extérieure du Canada. Dans ce domaine, les États-Unis avaient l'habitude d'accorder les contrats à des firmes américaines. Le dossier en l'espèce contient une lettre du 22 octobre 1968, soit postérieure aux événements qui ont donné lieu au présent litige, dans laquelle le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures du Canada déclarait que la politique canadienne en matière d'aide extérieure était d'exiger que les entrepreneurs soient des compagnies constituées au Canada, gérées et exploitées depuis le Canada et employant des Canadiens; bien qu'on préférât adjuger aux firmes contrôlées par des Canadiens les contrats d'aide extérieure, ce n'était pas une condition sine qua non pour obtenir ces contrats. Canaero aurait donc pu obtenir un contrat à ce moment-là et également, par déduction, en 1966.

Zarzycki est retourné en Guyane le 14 juillet 1965 et il y est resté jusqu'au 18 juillet 1965. Le 26 juillet 1965, il avait mis au point un projet pour l'établissement de cartes topographiques du pays, un projet dont pouvait se servir le gouvernement du pays pour obtenir une aide financière du Canada. Des copies ont été envoyées à un ministre du Cabinet de la Guyane, au Haut Commissaire canadien en Guyane et au Bureau de l'aide extérieure à Ottawa. Dans son témoignage, Zarzycki a décrit le projet comme étant plus orienté vers la vente que la technique. On parlait néanmoins des aspects techniques; par exemple, le rapport recommandait l'utilisation d'un aérodist, un nouvel appareil électronique aéroporté, destiné à mesurer les distances. Zarzycki avait déjà insisté pour que Canaero en achète un, car c'était un appareil essentiel que les autres filiales de Litton Industries Inc. pouvaient aussi utiliser. Canaero a commandé un aérodist, au coût de \$75,000, le 15 juillet 1966 ou vers cette date.

Quelques jours plus tôt, le 10 juillet 1966 pour être exact, une communication interne adressée au directeur général intérimaire du

Office, one Peter Towe, informed him that the Governments of Guyana and Canada had agreed in principle on a loan to Guyana for a topographical survey and mapping. The Prime Minister of Guyana had come to Ottawa early in July, 1966, for discussion on that among other matters. O'Malley had felt that if the assistance from Canada was by way of a loan Guyana would have the major say in naming the contractor, and this would make Canaero's chances better than if the assistance was by way of grant because then the selection would be determined by Canada. Although a loan was authorized, its terms were very liberal, and it was decided that Canada would select the contractor with the concurrence of Guyana, after examining proposals from a number of designated companies which would be invited to bid. An official of the Department of Mines and Technical Surveys visited Guyana and prepared specifications for the project which was approved by the Cabinet on August 10, 1966. Towe was informed by departmental letter of August 18, 1966, of a recommendation that Canaero, Lockwood Survey Corporation, Spartan Air Services Limited and Survoir Limited be invited to submit proposals for the project. There was a pencilled note on the side of the letter, apparently added later, of the following words: "general photogrammy Terra Ltd."

The Canadian External Aid Office by letter of August 23, 1966, invited five companies to bid on the Guyana project. Survoir Limited was dropped from the originally recommended group of four companies, and Terra Surveys Limited and General Photogrammetric Services Limited were added. A briefing on the specifications for the project was held by the Department of Mines and Technical Surveys on August 29, 1966. Zarzycki and another represented Terra Surveys Limited at this briefing.

O'Malley and Zarzycki pursued the Guyana project on behalf of Canaero up to July 25,

Bureau de l'aide extérieure du Canada, un certain Peter Towe, l'informait que les gouvernements de la Guyane et du Canada s'étaient mis d'accord, en principe, sur le consentement d'un prêt à la Guyane pour l'exécution de levés et de cartes topographiques. Le premier ministre de la Guyane était venu à Ottawa au début de juillet 1966 pour discuter, entre autres, de cette question. O'Malley pensait que si l'aide du Canada prenait la forme d'un prêt, la Guyane aurait le dernier mot à dire quant au choix de l'entrepreneur, et ainsi les chances de Canaero étaient plus grandes que si l'aide était sous forme de subside, le choix appartenant alors au Canada. Un prêt fut autorisé, dont les conditions étaient très avantageuses, et il fut décidé que le Canada choisirait l'entrepreneur sous réserve de l'assentiment de la Guyane, après une étude des projets venant d'un certain nombre de compagnies désignées qui seraient appelées à soumissionner. Un fonctionnaire du ministère des Mines et des Relevés techniques s'est rendu en Guyane et a préparé un devis descriptif du projet qui a été approuvé par le cabinet le 10 août 1966. Une lettre du ministère en date du 18 août 1966 a informé Towe d'une recommandation voulant que Canaero, Lockwood Survey Corporation, Spartan Air Services Limited et Survoir Limited soient appelées à présenter des propositions. En marge de la lettre, la note suivante était écrite au crayon, apparemment ajoutée par la suite: [TRADUCTION] ««photogramie» générale Terra Ltd.».

Dans une lettre du 23 août 1966, le Bureau de l'aide extérieure du Canada a invité cinq compagnies à soumissionner le projet de la Guyane. Survoir Limited a été retranchée du groupe des quatre compagnies recommandées à l'origine, et Terra Surveys Limited et General Photogrammetric Services Limited ont été ajoutées. Le ministère des Mines et des Relevés techniques a tenu une séance d'information sur le devis descriptif du projet le 29 août 1966. Zarzycki et une autre personne y représentaient Terra Surveys Limited.

O'Malley et Zarzycki ont continué de travailler au projet de la Guyane pour le compte de

1966, but did nothing thereon for Canaero thereafter. On July 9, 1966, they had met with the Prime Minister of Guyana during his visit to Ottawa, and on July 13, 1966, they had met with Towe (who had previously been informed of the inter-governmental agreement in principle on the Guyana project) and learned from him that the project was on foot. O'Malley had written to Kennard, Canaero's Guyana agent, on July 15, 1966, that he felt the job was a certainty for Canaero. By letter of the same date to Towe, O'Malley wrote that Zarzycki had spent about 20 days in Georgetown, Guyana, on two successive visits to inventory the data available and determine the use to which the control survey and mapping would be put, and that he had subsequently prepared a proposal for a geodetic network and topographical mapping which was submitted to the Honourable Robert Jordan (the appropriate Guyanese cabinet minister) on July 27, 1965. On July 22, 1966, O'Malley wrote to an officer of the parent company that the Prime Minister of Guyana had advised him that "the Canadian Government would honour the project". Finally, on July 25, 1966, O'Malley wrote to Kennard to ask if he could learn what position Guyana was taking on the selection of a contractor, that is whether it proposed to make the selection with Canada's concurrence or whether it would leave the selection to Canada subject to its concurrence.

Thereafter the record of events, subject to one exception, concerns the involvement of O'Malley and Zarzycki with Wells in the incorporation of Terra Surveys Limited, their resignations from their positions with Canaero and their successful intervention through Terra Surveys Limited into the Guyana project. As of the date of O'Malley's letter of resignation, August 19, 1966, Terra Surveys Limited had a post office box and a favourable bank reference. Zarzycki had then not yet formally resigned as had O'Malley but had made the decision to do so. O'Malley informed the Canadian External Aid Office on August 22, 1966, of the new

Canaero jusqu'au 25 juillet 1966, mais ils n'ont rien fait après cette date pour Canaero. Le 9 juillet 1966, ils avaient rencontré le premier ministre de la Guyane au cours de sa visite à Ottawa, et le 13 juillet 1966, ils avaient rencontré Towe (qui avait déjà été informé de l'accord de principe entre les deux gouvernements sur le projet de la Guyane) qui leur avait appris que le projet avançait. Le 15 juillet 1966, O'Malley avait écrit à Kennard, l'agent de Canaero en Guyane, pour lui faire savoir qu'il pensait que Canaero décrocherait le contrat à coup sûr. Dans une lettre datée du même jour et adressée à Towe, O'Malley disait que Zarzycki avait passé environ vingt jours à Georgetown (Guyane) lors de deux visites consécutives pour répertorier les données disponibles et déterminer l'usage qui serait fait des levés de contrôle et cartes et qu'il avait ensuite préparé un projet de réseau géodésique et de topographie présenté à l'honorable Robert Jordan (le ministre compétent du cabinet guyanais) le 27 juillet 1965. Dans une lettre du 22 juillet 1966 adressée à un fonctionnaire de la société mère, O'Malley disait que le premier ministre de la Guyane lui avait annoncé que [TRADUCTION] «le Gouvernement canadien honorerait le projet». Finalement, le 25 juillet 1966, O'Malley a écrit à Kennard pour lui demander de chercher à connaître la position de la Guyane quant au choix de l'entrepreneur, c'est-à-dire, si elle se proposait de faire le choix avec l'assentiment du Canada ou si elle laisserait le choix au Canada, sous réserve de son assentiment.

Par la suite, sauf une exception, les faits pertinents se rapportent à l'association de O'Malley et Zarzycki avec Wells dans la constitution de Terra Surveys Limited, à leur démission de chez Canaero et à leur intervention heureuse, par l'entremise de Terra Surveys Limited, dans le projet de la Guyane. Le jour où O'Malley a signé sa lettre de démission, le 19 août 1966, Terra Surveys Limited avait un casier postal et des références favorables de la banque. Zarzycki n'avait pas encore officiellement démissionné comme O'Malley, mais il avait décidé de le faire. Le 22 août 1966, O'Malley a informé le Bureau de l'aide exté-

company which he, Zarzycki and Wells had formed.

The exception in the record of events just recited concerns a visit of Zarzycki, his "regular trip to the External Aid Office" (to use his own words), to the man in charge of the Caribbean area. This was on or about August 13, 1966, after his return from holidays and after the luncheon meeting with O'Malley and Wells that led to the incorporation of Terra. The purpose of the visit related to two project possibilities in the Caribbean area for Canaero, that in Guyana and one in Ecuador. Zarzycki then received confirmation of what he had earlier learned from Towe, namely, that the Guyana project had been approved in principle.

Despite having lost O'Malley and Zarzycki and also a senior employee Turner (who joined the Terra venture and attended the briefing session on August 29, 1966, on its behalf with Zarzycki), Canaero associated itself with Spartan Air Services Limited in the latter's proposal on the Guyana project which was submitted under date of September 12, 1966. Prior to this submission, representatives of these two companies visited Guyana to assure officials there that Canaero was involved in the preparation of the Spartan proposal and was supporting it.

Terra Surveys Limited submitted its proposal on September 12, 1966, through Zarzycki, having sent a letter on that date to the External Aid Office setting out its qualifications. A report on the various proposals submitted was issued on September 16, 1966, by the Canadian government officer who had visited Guyana and had prepared the specifications for the project. He recommended that Terra Surveys Limited be the contractor, and included in his report the following observations upon its capabilities:

This project is one of the most demanding that has been undertaken in the Canadian technical assistance program. The parts of the operation most seriously

rieure de Canada qu'il avait formé une nouvelle compagnie avec Zarzycki et Wells.

L'exception, dans la suite des faits précités, concerne une visite de Zarzycki, sa [TRADUCTION] «visite régulière au Bureau de l'aide extérieure» (pour employer ses propres termes), au fonctionnaire chargé de la région des Antilles. Cela se passait le 13 août 1966 ou vers cette date, après son retour de vacances et après l'entretien de repas de midi avec O'Malley et Wells qui a conduit à la constitution de Terra. Le but de la visite avait trait à deux possibilités de projet pour Canaero dans la région des Antilles, celle de Guyane et une autre en Équateur. Zarzycki a alors reçu confirmation de ce qu'il avait appris plus tôt de Towe, à savoir, que le projet de la Guyane avait été approuvé en principe.

Malgré la perte de O'Malley et de Zarzycki, ainsi que de Turner, un employé supérieur (qui s'est joint à Terra et qui a assisté au nom de cette dernière à la séance d'information du 29 août 1966 avec Zarzycki), Canaero s'est associée avec Spartan Air Services Limited pour présenter en date du 12 septembre 1966 la proposition de cette dernière sur le projet de la Guyane. Auparavant, des représentants de ces deux compagnies s'étaient rendus en Guyane pour assurer les autorités du pays que Canaero s'occupait de la préparation de la proposition de Spartan et l'appuyait.

Terra Surveys Limited a présenté sa proposition le 12 septembre 1966 par l'entremise de Zarzycki, ayant fait parvenir le même jour une lettre au Bureau de l'aide extérieure exposant les capacités de la compagnie. Un rapport sur les diverses propositions présentées a été remis le 16 septembre 1966 par le fonctionnaire du gouvernement canadien qui avait visité la Guyane et qui avait préparé le devis descriptif du projet. Il a recommandé que Terra Surveys Limited soit l'entrepreneur et il a inclus dans son rapport les observations suivantes sur les moyens dont elle disposait:

[TRADUCTION] Ce projet est l'un des plus difficiles qui ait été entrepris dans le cadre du programme canadien d'aide technique. Les parties de l'opération

affected by the difficult conditions are the establishment of survey control and the procurement of the aerial photography, and the success of the project will depend greatly on the ability of the company selected to complete these two phases satisfactorily. The subsequent operations are somewhat less complex and are dependent on the successful completion of the initial phases. Furthermore, should the project lag in these phases, further resources are readily available in other companies in Canada.

In my discussions with senior survey officials in Guyana, I was informed that an accurate framework of survey control was required to form the base for the topographical mapping now urgently required and in addition to permit the orderly completion of the national coverage in the future. Our experience is that the Aerodist system can provide the precision and density of control required more economically than any other method developed to date. Operational experience with this equipment by Canadian commercial companies has been extremely limited and has only been gained on projects where they acted in a support role to Surveys and Mapping Branch engineers. This has been kept in mind in the examination of the proposals in evaluating the plans of approach presented for this phase. . . .

The proposals for the control surveys and topographical mapping project in Guyana submitted to the Director General on September 12, 1966 by Lockwood Survey Corporation, Spartan Air Services Limited and Terra Surveys Limited have been carefully reviewed.

Representatives of General Photogrammetric Services Limited and Canadian Aero Services Limited submitted no proposals. However, Spartan Air Services Limited has indicated that they intend to make use of equipment and services of Canadian Aero Service Limited while Terra Surveys Limited has stated that they intend to subcontract compilation and draughting work to General Photogrammetric Services Limited. . . .

Terra Surveys Limited has submitted a detailed proposal outlining their assessment of the major points to be considered in undertaking the proposed project in Guyana and their solution. It concludes with their proposed plan of operations and associated time schedule and is accompanied by a summary of what the Government of Guyana may expect to receive as well as the support it will be expected to provide. . . .

qui sont le plus durement touchées par les conditions difficiles sont la préparation du contrôle des levés et la prise des photographies aériennes et le succès de l'entreprise dépendra en grande partie de l'aptitude de la compagnie choisie à exécuter ces deux étapes d'une manière satisfaisante. Les opérations subséquentes sont un peu moins complexes et dépendent du succès des étapes initiales. De plus, si ces étapes se prolongeaient, d'autres compagnies au Canada pourraient mettre leurs ressources à notre disposition.

Au cours de mes entretiens avec les arpenteurs supérieurs en Guyane, j'ai appris qu'un dispositif précis de contrôle des levés était demandé pour servir de base aux travaux de topographie dont on a maintenant un besoin pressant et, aussi, pour permettre, dans l'avenir, l'achèvement méthodique du travail à l'étendue du pays. Selon notre expérience, le système de l'aérodist peut assurer le contrôle précis et serré qui est requis plus économiquement que toute autre méthode actuellement disponible. Les compagnies commerciales canadiennes n'ont qu'une expérience pratique très limitée de cet appareil, expérience qui n'a été acquise qu'au cours de projets où leur rôle se limitait à assister les ingénieurs de la Direction des levés et de la cartographie. Nous avons retenu ce fait dans l'étude des propositions lorsque nous avons considéré les méthodes présentées pour la réalisation de cette étape. . . .

Les propositions concernant le projet de levés de contrôle et de cartes topographiques en Guyane et présentées au directeur général le 12 septembre 1966 par Lockwood Survey Corporation, Spartan Air Services Limited et Terra Surveys Limited ont été examinées attentivement.

Les représentants de General Photogrammetric Services Limited et Canadian Aero Services Limited n'ont présenté aucune proposition. Cependant, Spartan Air Services Limited a manifesté l'intention de se servir du matériel et des services de Canadian Aero Service Limited tandis que Terra Surveys Limited a indiqué qu'elle avait l'intention de confier à General Photogrammetric Services Limited, en tant que sous-entrepreneur, les travaux de compilation et de dessin. . . .

Terra Surveys Limited a présenté une proposition détaillée dans laquelle elle expose les points majeurs à considérer dans l'exécution du projet en Guyane, ainsi que leur solution. Elle termine en proposant un plan d'exécution et un échéancier connexe et joint au document un résumé de ce que le gouvernement de la Guyane peut espérer recevoir, et une indication de l'appui que l'on attend de lui. . . .

Although Terra, like other Canadian companies, has had no practical experience in planning and executing a similar type of Aerodist project, the proposal indicates that its authors have studied the subject very thoroughly and in preparing their plan of operation have also taken conditions peculiar to Guyana into account. . . .

Dr. J. M. Zarzycki is named as the project manager. He is known internationally as an outstanding photogrammetric engineer and has developed and successfully used an aerial triangulation procedure utilizing superwide angle photography, the Wild B. 8 and auxiliary data. Like most photogrammetric operations it requires good work by technicians but its success or failure hinges on the professional judgment and supervision of the engineer. Dr. Zarzycki has demonstrated this ability most clearly in past years.

Mr. M. H. Turner is to assist Dr. Zarzycki. He gained extensive experience in different field operations in Africa and has shown his ability to establish excellent working relationships with the senior survey officials as well as carrying out very difficult survey tasks. The Aerodist project will call for a high degree of theoretical knowledge in geodesy as well as practical management ability. This can be provided by Messrs. Turner and Zarzycki. . . .

The proposal submitted by Terra Surveys Limited covered the operation in much greater detail than might normally be expected. However, the suggestions put forward indicate that all aspects of the operation have been most carefully reviewed and the plan of operation well thought out. The sections of the Terra proposal dealing with Aerodist indicate a more complete understanding of the problems in the field and subsequent operations than the other two proposals.

The treatment of many aspects of the project varies very little in the three proposals. However, appreciable differences do appear in the key phases of aerial photography and Aerodist control as explained in the preceding paragraphs. My assessment is that Terra Surveys Limited, in combination with Survair Limited and General Photogrammetric Services Limited, is best fitted to undertake this very difficult operation.

In the result, Terra Surveys Limited negotiated a contract with the External Aid Office, and on November 26, 1966, entered into an agreement

Bien que Terra, comme les autres compagnies canadiennes, n'ait eu aucune expérience pratique de la planification et de l'exécution d'un projet semblable comportant l'utilisation de l'aérodist, il ressort de la proposition que ses auteurs ont étudié le sujet à fond et qu'ils ont tenu compte des conditions propres à la Guyane en préparant leur plan d'exécution. . . .

M. J. M. Zarzycki, docteur d'université, y est désigné comme directeur du projet. Ingénieur en photogrammétrie de réputation internationale, il a mis au point et utilisé avec succès une technique de triangulation aérienne au moyen de la photographie à angle supergrand, le Wild B.8, et de données auxiliaires. Comme la plupart des opérations de photogrammétrie, cette technique requiert un travail technique au point mais son succès ou son échec tient au jugement professionnel et à la surveillance de l'ingénieur. Les travaux de M. Zarzycki au cours des années ont très clairement démontré qu'il avait cette aptitude.

M. M. H. Turner doit assister M. Zarzycki. Il a acquis une vaste expérience au cours de divers projets exécutés en Afrique et il a démontré son aptitude à établir d'excellents rapports de travail avec les fonctionnaires supérieurs préposés aux levés de même qu'à exécuter des travaux de levés très difficiles. Le projet de l'aérodist demande énormément de connaissances théoriques en géodésie ainsi que des aptitudes pour la gestion. MM. Turner et Zarzycki ont ces qualités. . . .

La proposition de Terra Surveys Limited décrivait les opérations d'une manière plus détaillée que l'on est normalement en droit d'attendre. Toutefois, les suggestions mises de l'avant indiquent que tous les aspects du projet ont été étudiés à fond et le plan d'exécution bien pensé. Les parties de la proposition de Terra qui traitent de l'Aérodist reflètent une meilleure compréhension des problèmes sur place et des opérations subséquentes que les deux autres propositions.

La façon dont on a traité de nombreux aspects du projet varie très peu d'une proposition à l'autre. Par contre, on constate que des différences notables paraissent dans les étapes clés de la photographie aérienne et du contrôle par aérodist, comme il a été expliqué dans les paragraphes précédents. Je conclus que Terra Surveys Limited, agissant de concert avec Survair Limited et General Photogrammetric Services Limited, est la plus apte à entreprendre cette tâche très ardue.

Finalement, Terra Surveys Limited a négocié un contrat avec le Bureau de l'aide extérieure et le 26 novembre 1966, elle a conclu avec le Gou-

with the Government of Guyana to carry out the project for the sum of \$2,300,000. This was the amount indicated in the proposal of July 26, 1965, prepared by Zarzycki on behalf of Canaero.

There is no evidence that either Zarzycki or any other representative of Terra visited Guyana between August 23, 1966, the date when the invitations to submit proposals went out, and September 12, 1966, the date of the Terra proposal. The reference in the report of September 16, 1966, to the fact that the Terra proposal "covered the operation in much greater detail than might normally be expected" is a tribute to Zarzycki that owed much to his long involvement in the Guyana project on behalf of Canaero. From the time of his contact with certain Guyana officials in Canada in July 1966, Zarzycki had no relationship with them or any others until he went to Guyana to sign the contract which had been awarded to Terra.

There are four issues that arise for consideration on the facts so far recited. There is, first, the determination of the relationship of O'Malley and Zarzycki to Canaero. Second, there is the duty or duties, if any, owed by them to Canaero by reason of the ascertained relationship. Third, there is the question whether there has been any breach of duty, if any is owing, by reason of the conduct of O'Malley and Zarzycki in acting through Terra to secure the contract for the Guyana project; and, fourth, there is the question of liability for breach of duty if established.

Like Grant J., the trial judge, I do not think it matters whether O'Malley and Zarzycki were properly appointed as directors of Canaero or whether they did or did not act as directors. What is not in doubt is that they acted respectively as president and executive vice-president of Canaero for about two years prior to their resignations. To paraphrase the findings of the trial judge in this respect, they acted in those positions and their remuneration and responsibilities verified their status as senior officers

vernement de la Guyane un accord sur l'exécution du projet pour la somme de \$2,300,000. C'est le montant indiqué dans la proposition du 26 juillet 1965 préparée par Zarzycki au nom de Canaero.

Rien au dossier n'indique que Zarzycki ou tout autre représentant de Terra se soient rendus en Guyane entre le 23 août 1966, date à laquelle les appels de propositions ont été lancés, et le 12 septembre 1966, date de la présentation de la proposition de Terra. Dans le rapport du 16 septembre 1966, en disant que la proposition de Terra «décrivait les opérations d'une manière plus détaillée que l'on est normalement en droit de s'attendre», on rend à Zarzycki un hommage qui dépend beaucoup du temps considérable qu'il a consacré à ce projet pour le compte de Canaero. Après avoir rencontré certains fonctionnaires guyanais au Canada en juillet 1966, Zarzycki n'a pas été en rapport avec ces personnes ni avec d'autres jusqu'à ce qu'il se rende en Guyane pour signer le contrat adjugé à Terra.

Les faits précités soulèvent quatre questions. Il y a premièrement la question des liens de O'Malley et de Zarzycki avec Canaero. Deuxièmement, celle de l'obligation ou des obligations, s'il y a lieu, dont ils doivent s'acquitter envers Canaero en raison des liens constatés. Troisièmement, y a-t-il eu violation d'obligation, si quelque obligation existe, en raison de la conduite de O'Malley et de Zarzycki qui ont obtenu par le truchement de Terra le contrat relatif au projet de la Guyane; et, quatrièmement, il y a la question de la responsabilité pour violation d'obligation, si celle-ci est établie.

A l'instar du Juge Grant, le juge de première instance, je ne crois pas qu'il importe que O'Malley et Zarzycki aient été régulièrement nommés administrateurs de Canaero ou qu'ils aient agi ou non comme administrateurs. Ce qui est incontestable, c'est qu'ils ont respectivement exercé les fonctions de président et de vice-président exécutif de Canaero pendant environ deux ans avant leur démission. Pour paraphraser les conclusions du juge de première instance à ce sujet, ils ont exercé ces fonctions et leur

of Canaero. They were "top management" and not mere employees whose duty to their employer, unless enlarged by contract, consisted only of respect for trade secrets and for confidentiality of customer lists. Theirs was a larger, more exacting duty which, unless modified by statute or by contract (and there is nothing of this sort here), was similar to that owed to a corporate employer by its directors. I adopt what is said on this point by Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3rd ed., 1969, at p. 518 as follows:

... these duties, except in so far as they depend on statutory provisions expressly limited to directors, are not so restricted but apply equally to any officials of the company who are authorized to act on its behalf, and in particular to those acting in a managerial capacity.

The distinction taken between agents and servants of an employer is apt here, and I am unable to appreciate the basis upon which the Ontario Court of Appeal concluded that O'Malley and Zarzycki were mere employees, that is servants of Canaero rather than agents. Although they were subject to supervision of the officers of the controlling company, their positions as senior officers of a subsidiary, which was a working organization, charged them with initiatives and with responsibilities far removed from the obedient role of servants.

It follows that O'Malley and Zarzycki stood in a fiduciary relationship to Canaero, which in its generality betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest. Descending from the generality, the fiduciary relationship goes at least this far: a director or a senior officer like O'Malley or Zarzycki is precluded from obtaining for himself, either secretly or without the approval of the company (which would have to be properly manifested upon full disclosure of the facts), any property

rémunération et leurs responsabilités confirmait leur situation de fonctionnaires supérieurs de Canaero. Ils faisaient partie de la «haute direction» et ils n'étaient pas de simples employés dont l'obligation envers leur employeur, à moins qu'elle n'ait été étendue par contrat, ne consistait qu'à respecter les secrets professionnels et le caractère confidentiel des listes de clients. Leur obligation est plus considérable, plus rigoureuse et, à moins que sa nature ait été modifiée par la loi ou par contrat (et rien ne l'indique en l'espèce), elle s'apparente à l'obligation qui lie les administrateurs à leur compagnie employeur. Sur ce point, j'adopte l'opinion suivante exprimée par Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3^e éd., 1969, p. 518:

[TRADUCTION] ... ces obligations, sauf dans la mesure où elles sont assujetties à des dispositions légales qui ne s'appliquent expressément qu'aux administrateurs, ne sont pas ainsi limitées, mais s'appliquent également à tout fonctionnaire de la compagnie autorisé à agir en son nom et, en particulier, à ceux qui exercent des fonctions de gestion.

La distinction établie entre agents et préposés d'un employeur est pertinente en l'espèce et je ne puis voir sur quoi la Cour d'appel de l'Ontario a fondé sa conclusion que O'Malley et Zarzycki étaient de simples employés, c'est-à-dire les préposés de Canaero plutôt que ses agents. Bien qu'ils aient été assujettis à la surveillance des fonctionnaires de la compagnie mère, leurs postes de fonctionnaires supérieurs d'une filiale, laquelle était un organisme d'exécution, comportaient des initiatives et des responsabilités très éloignées du rôle d'obéissance des préposés.

Il s'ensuit que O'Malley et Zarzycki étaient liés à Canaero par des liens fiduciaires qui, d'une manière générale, commandent la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations. Il découle de cette considération générale que la relation de fiduciaire comporte au moins l'effet suivant: un administrateur ou un fonctionnaire supérieur comme O'Malley ou Zarzycki ne peut s'approprier, en secret ou sans l'approbation de la compagnie (approbation qui doit être régulièrement accordée à la lumière de

or business advantage either belonging to the company or for which it has been negotiating; and especially is this so where the director or officer is a participant in the negotiations on behalf of the company.

An examination of the case law in this Court and in the Courts of other like jurisdictions on the fiduciary duties of directors and senior officers shows the pervasiveness of a strict ethic in this area of the law. In my opinion, this ethic disqualifies a director or senior officer from usurping for himself or diverting to another person or company with whom or with which he is associated a maturing business opportunity which his company is actively pursuing; he is also precluded from so acting even after his resignation where the resignation may fairly be said to have been prompted or influenced by a wish to acquire for himself the opportunity sought by the company, or where it was his position with the company rather than a fresh initiative that led him to the opportunity which he later acquired.

It is this fiduciary duty which is invoked by the appellant in this case and which is resisted by the respondents on the grounds that the duty as formulated is not nor should be part of our law and that, in any event, the facts of the present case do not fall within its scope.

This Court considered the issue of fiduciary duty of directors in *Zwicker v. Stanbury*², where it found apt for the purposes of that case certain general statements of law by Viscount Sankey and by Lord Russell of Killowen in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*³, at pp.381 and 389. These statements, reflecting basic principle which is not challenged in the present case, are represented in the following passages:

tous les faits) un bien ou avantage commercial qui appartient à celle-ci ou qu'elle a négocié; surtout si l'administrateur ou le fonctionnaire participe aux négociations au nom de la compagnie.

Une étude de la jurisprudence de cette Cour et des cours de juridiction semblable sur les obligations fiduciaires des administrateurs et des fonctionnaires supérieurs fait ressortir l'application de plus en plus répandue d'une éthique stricte dans ce domaine du droit. A mon avis, cette éthique interdit à un administrateur ou à un fonctionnaire supérieur d'usurper à son compte ou de procurer à une autre personne ou compagnie dont il est l'associé, une occasion d'affaires en voie de réalisation que sa compagnie poursuit activement; cette interdiction subsiste même après sa démission, lorsque l'on peut supposer à bon droit que pareille démission a été provoquée ou influencée par un désir de s'approprier l'occasion d'affaires que la compagnie cherchait à réaliser, ou lorsque c'est sa position au sein de la compagnie plutôt qu'une initiative personnelle qui l'a mené à l'occasion d'affaires qu'il a obtenue par la suite.

C'est bien cette obligation de fiduciaire que l'appelante invoque en l'espèce et à laquelle s'opposent les intimés pour le motif que l'obligation, telle qu'énoncée, ne fait pas et ne devrait pas faire partie de notre droit et que, de toute façon, les faits de l'espèce ne sont pas dans son champ d'application.

Cette Cour a étudié la question de l'obligation de fiduciaire des administrateurs dans l'affaire *Zwicker c. Stanbury*², dans laquelle elle a conclu que certains énoncés généraux de principes de droit du vicomte Sankey et de Lord Russell of Killowen dans *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*³, pages 381 et 389, s'appliquaient aux fins de cette affaire-là. Ces énoncés, qui reflètent un principe fondamental non contesté en l'espèce, se trouvent dans les passages suivants:

² [1953] 2 S.C.R. 438.

³ [1942] 1 All E.R. 378.

² [1953] 2 R.C.S. 438.

³ [1942] 1 All E.R. 378.

Per Viscount Sankey:

In my view, the respondents were in a fiduciary position and their liability to account does not depend upon proof of *mala fides*. The general rule of equity is that no one who has duties of a fiduciary nature to perform is allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting with the interests of those whom he is bound to protect. If he holds any property so acquired as trustee, he is bound to account for it to his *cestui que trust*. The earlier cases are concerned with trusts of specific property: *Keech v. Sandford* ((1726), Sel.Cas. Ch.61) per Lord King, L.C. The rule, however, applies to agents, as, for example, solicitors and directors, when acting in a fiduciary capacity.

Per Lord Russell of Killowen:

In the result, I am of opinion that the directors standing in a fiduciary relationship to Regal in regard to the exercise of their powers as directors, and having obtained these shares by reason and only by reason of the fact that they were directors of Regal and in the course of the execution of that office, are accountable for the profits which they have made out of them. The equitable rule laid down in *Keech v. Sandford* [*supra*] and *Ex p. James* ((1803), 8 Ves. 337), and similar authorities applies . . . in full force. It was contended that these cases were distinguishable by reason of the fact that it was impossible for Regal to get the shares owing to lack of funds, and that the directors in taking the shares were really acting as members of the public. I cannot accept this argument. It was impossible for the *cestui que trust* in *Keech v. Sandford* to obtain the lease, nevertheless the trustee was accountable. The suggestion that the directors were applying simply as members of the public is a travesty of the facts. They could, had they wished, have protected themselves by a resolution (either antecedent or subsequent) of the Regal shareholders in general meeting. In default of such approval, the liability to account must remain.

I need not pause to consider whether on the facts in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* the equitable principle was overzealously applied; see, for example, Gower, *op. cit.*, at pp.535-537. What I would observe is that the principle, or, indeed, principles, as stated, grew out of older cases concerned with fiduciaries other than

[TRANSDUCTION] *Le vicomte Sankey:*

A mon avis, les intimés avaient qualité de fiduciaires et leur obligation de rendre compte n'est pas subordonnée à une preuve de la mauvaise foi. Selon la règle générale en «equity», il est interdit aux personnes qui exercent des fonctions d'une nature fiduciaire de s'engager dans une affaire où leur intérêt personnel peut entrer en conflit avec des intérêts qu'elles sont tenues de protéger. Si elles détiennent un bien acquis en leur qualité de fiduciaire, elles sont tenues d'en rendre compte au bénéficiaire. Les premiers précédents concernent des *trusts* ayant pour objet des biens déterminés: *Keech v. Sandford* ((1726), Sel.Cas. Ch. 61) Lord King, L.C. Cependant, la règle s'applique aux mandataires, par exemple, aux avocats et aux administrateurs, lorsqu'ils agissent en leur qualité de fiduciaire.

Lord Russell of Killowen: [TRANSDUCTION]

En fin de compte, je suis d'avis que les administrateurs, qui ont qualité de fiduciaires de Regal relativement à l'exercice de leurs fonctions en tant qu'administrateurs, et qui ont obtenu ces actions en raison et uniquement en raison du fait qu'ils étaient administrateurs de Regal et dans l'exercice de ces fonctions, doivent rendre compte des profits qu'ils en ont retirés. La règle d'*equity* énoncée dans *Keech v. Sandford* [arrêt précité] et *Ex p. James* ((1803), 8 Ves. 337), et dans des arrêts semblables, s'applique . . . intégralement. On a prétendu que ces affaires différaient de la présente en raison du fait que Regal n'avait pas les fonds nécessaires pour acheter les actions et qu'en s'appropriant les actions, les administrateurs agissaient véritablement en tant que particuliers. Je ne puis souscrire à cet argument. Dans *Keech v. Sandford*, même si le bénéficiaire du *trust* ne pouvait obtenir le bail, le fiduciaire était néanmoins tenu de rendre compte. L'allégation que les administrateurs n'ont souscrit les actions qu'en tant que particuliers déforme les faits. S'ils avaient voulu, ils auraient pu se protéger par une résolution (antérieure ou ultérieure) des actionnaires de Regal au cours d'une assemblée générale. En l'absence d'une telle approbation, l'obligation de rendre compte demeure.

Il n'est pas nécessaire de considérer si, d'après les faits exposés dans *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, le principe d'*equity* a été appliqué avec trop de zèle; voir, par exemple, Gower, *op. cit.*, pages 535-537. Je fais remarquer, cependant, que le principe, ou plutôt, les principes, tels qu'énoncés, ont été tirés d'affai-

directors or managing officers of a modern corporation, and I do not therefore regard them as providing a rigid measure whose literal terms must be met in assessing succeeding cases. In my opinion, neither the conflict test, referred to by Viscount Sankey, nor the test of accountability for profits acquired by reason only of being directors and in the course of execution of the office, reflected in the passage quoted from Lord Russell of Killowen, should be considered as the exclusive touchstones of liability. In this, as in other branches of the law, new fact situations may require a reformulation of existing principle to maintain its vigour in the new setting.

The reaping of a profit by a person at a company's expense while a director thereof is, of course, an adequate ground upon which to hold the director accountable. Yet there may be situations where a profit must be disgorged, although not gained at the expense of the company, on the ground that a director must not be allowed to use his position as such to make a profit even if it was not open to the company, as for example, by reason of legal disability, to participate in the transaction. An analogous situation, albeit not involving a director, existed for all practical purposes in the case of *Phipps v. Boardman*⁴, which also supports the view that liability to account does not depend on proof of an actual conflict of duty and self-interest. Another, quite recent, illustration of a liability to account where the company itself had failed to obtain a business contract and hence could not be regarded as having been deprived of a business opportunity is *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*⁵, a judgment of a Court of first instance. There, the managing director, who was allowed to resign his position on a false assertion of ill health, subsequently got the contract for himself. That

res anciennes portant sur des fiduciaires autres que les administrateurs ou les fonctionnaires exécutifs d'une compagnie moderne et je ne les considère donc pas comme énonçant un critère strict dont il faut observer les termes à la lettre pour apprécier les affaires subséquentes. A mon avis, ni le critère du conflit mentionné par le vicomte Sankey, ni le critère de la reddition de compte à l'égard de profits qui n'ont été réalisés qu'en tant qu'administrateurs et au cours de l'exercice de ces fonctions, comme il ressort du passage tiré des motifs de Lord Russell of Killowen, ne devraient être considérés comme les fondements exclusifs de la responsabilité. A cet égard, comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit, des faits nouveaux peuvent rendre nécessaire une nouvelle formulation d'un principe existant pour que celui-ci s'applique au nouveau contexte.

Le fait qu'une personne retire un profit aux dépens d'une compagnie alors qu'elle en est un administrateur, constitue de toute évidence un motif valable sur lequel fonder une obligation de rendre compte. Et pourtant, il peut exister des situations où un profit doit être restitué, bien qu'il n'ait pas été acquis aux dépens de la compagnie, pour le motif qu'un administrateur ne doit pas avoir le droit de se servir de sa position comme telle aux fins de faire un profit, même si la compagnie n'avait pas la faculté, à cause, par exemple, d'une incapacité légale, de participer à l'opération. Une situation analogue, qui toutefois ne mettait pas en cause un administrateur, se retrouve à toutes fins utiles dans l'arrêt *Phipps v. Boardman*⁴, où on a aussi souscrit à l'avis que l'obligation de rendre compte n'est pas subordonnée à la preuve d'un conflit réel d'intérêts et d'obligations. L'arrêt *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*⁵, un jugement émanant d'une cour de première instance, est un autre exemple assez récent d'une obligation de rendre compte lorsque la compagnie elle-même n'a pas réussi à obtenir un contrat d'affaires et ne pouvait donc pas être considérée comme ayant été privée d'une occasion d'affai-

⁴ [1967] 2 A.C. 46.

⁵ [1972] 2 All E.R. 162.

⁴ [1967] 2 A.C. 46.

⁵ [1972] 2 All E.R. 162.

case is thus also illustrative of the situation where a director's resignation is prompted by a decision to obtain for himself the business contract denied to his company and where he does obtain it without disclosing his intention.

What these decisions indicate is an updating of the equitable principle whose roots lie in the general standards that I have already mentioned, namely, loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest. Strict application against directors and senior management officials is simply recognition of the degree of control which their positions give them in corporate operations, a control which rises above day-to-day accountability to owning shareholders and which comes under some scrutiny only at annual general or at special meetings. It is a necessary supplement, in the public interest, of statutory regulation and accountability which themselves are, at one and the same time, an acknowledgment of the importance of the corporation in the life of the community and of the need to compel obedience by it and by its promoters, directors and managers to norms of exemplary behaviour.

A particular application of the equitable principle against a director is found in an early Australian case, appealed unsuccessfully to the Privy Council, where there was a refusal to permit a director to carry out a scheme for acquiring a mining claim of the company, through unopposed enforcement of a forfeiture, on his undertaking to give all shareholders save a pledgee bank the benefit of his purchase according to their shareholdings: see *Smith v.*

res. Dans cette dernière affaire, l'administrateur délégué à l'exécutif, à qui on avait permis de démissionner parce qu'il s'était faussement déclaré malade, a par la suite obtenu le contrat en son nom personnel. Cette affaire-là met aussi en évidence la situation où un administrateur donne sa démission après avoir décidé de s'approprier le contrat d'affaires refusé à sa compagnie et où il fait effectivement accepter sa démission sans révéler son intention.

Ce qu'il faut retenir de ces décisions, c'est une mise à jour du principe *d'equity* qui a pour fondements les critères généraux mentionnés plus haut, soit la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations. En appliquant strictement ce principe aux administrateurs et aux fonctionnaires supérieurs, on ne fait que reconnaître le degré d'autorité que leur confère leur poste sur les activités de la compagnie, autorité qui transcende l'obligation courante de rendre compte aux propriétaires actionnaires et qui n'est contrôlée de quelque façon qu'aux assemblées annuelles générales ou aux assemblées spéciales. Il constitue un complément nécessaire, dans l'intérêt public, des réglementations et obligations de rendre compte légales qui elles-mêmes sont à la fois une reconnaissance de l'importance de la compagnie au sein de la collectivité et du besoin de l'assujettir, ainsi que ses promoteurs, administrateurs et directeurs, aux normes régissant le comportement exemplaire.

Ce principe *d'equity* fut appliqué de façon particulière à un administrateur dans un ancien arrêt australien porté en appel sans succès au Conseil privé; l'arrêt a refusé à un administrateur le droit de mettre à exécution un plan par lequel il visait à acquérir un claim minier de la compagnie par défaut de contester les procédures de confiscation, après s'être engagé à remettre à tous les actionnaires, à l'exception d'une banque créancier gagiste, en fonction de la

*Harrison*⁶. The High Court of Australia applied the equitable principle on a conflict of duty and self-interest basis in a case where a director, who was empowered to sell a branch of his company's business with which he was particularly associated (which would result in loss of his position), arranged with the purchaser to enter its employ, doing so with the approval of the chairman of the board of the seller company, he having consulted with his fellow directors: see *Furs Ltd. v. Tomkies*⁷. As was there pointed out, there was failure to make full disclosure to the shareholders of the financial arrangements made by the director, and it was no answer to the breach of fiduciary duty that no loss was caused to the company or that any profit made was of a kind which the company could not have obtained.

In the same vein is the New Zealand case of *G. E. Smith Ltd. v. Smith*⁸, which founded itself not only on *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, *supra*, but as well on the proposition stated by Lord Cranworth in *Aberdeen Railway Co. v. Blakie Bros.*⁹ that a possible conflict of personal interest and duty will establish a basis for relief. The case concerned acquisition by a company director in his own right of an import licence (which had been refused to the company) for goods in which the company dealt, this being done at a time when liquidation of the company was contemplated by him and the other principal shareholder but before an agreement was concluded by which the defendant sold his interest in the company to that other shareholder.

valeur de leurs actions, le profit provenant de son acquisition: voir *Smith v. Harrison*⁶. La High Court d'Australie a appliqué le principe d'*equity* pour cause d'existence d'un conflit d'intérêts et d'obligations dans une affaire où un administrateur, qui était autorisé à vendre une succursale de compagnie avec laquelle il était particulièrement lié (la vente devant lui causer la perte de son poste), avait convenu avec l'acquéreur d'entrer à son service, ayant obtenu l'approbation du président du conseil d'administration de la compagnie vendeuse qui, lui, avait consulté ses collègues administrateurs: voir l'arrêt *Furs Ltd. v. Tomkies*⁷. Comme on l'a signalé dans ce dernier arrêt, on n'avait pas divulgué pleinement aux actionnaires les arrangements financiers conclus par l'administrateur, et on ne pouvait justifier la violation de l'obligation fiduciaire en alléguant que la compagnie n'avait subi aucune perte ou que tout profit réalisé était d'une nature telle que la compagnie n'aurait pu l'obtenir.

Nous trouvons le même esprit dans une affaire de la Nouvelle-Zélande, *G. E. Smith Ltd. v. Smith*⁸, dont l'arrêt est non seulement fondé sur celui de l'affaire *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, *précité*, mais aussi sur la proposition, énoncée par Lord Cranworth dans l'affaire *Aberdeen Railway Co. v. Blakie Bros.*⁹, que la possibilité d'un conflit d'intérêts personnels et d'obligations constituera un fondement à un recours. Un administrateur de compagnie avait acquis, en son propre nom, une licence d'importation (qui avait été refusée à la compagnie) ayant pour objet des marchandises dont la compagnie faisait le commerce, et l'acquisition avait été faite à l'époque où lui et l'autre actionnaire principal envisageaient de liquider la compagnie mais avant la conclusion d'un accord par lequel le défendeur a vendu à cet autre actionnaire ses

⁶ (1872), 27 L.T.R. 188.

⁷ (1936), 54 C.L.R. 583.

⁸ [1952] N.Z.L.R. 470.

⁹ (1854), 1 Macq. 461.

⁶ (1872), 27 L.T.R. 188.

⁷ (1936), 54 C.L.R. 583.

⁸ [1952] N.Z.L.R. 470.

⁹ (1854), 1 Macq. 461.

Cases in the United States show that early enunciations of principle, resting on particular fact situations, have been broadened to cover succeeding cases, but one cannot pretend that there is any one consistent line of approach among the different state jurisdictions: see James C. Slaughter, "The Corporate Opportunity Doctrine", 18 Southwestern L.J. 96 (1964). What emerges from a review of the American case law is an imprecise ethical standard "which prohibits an executive—here defined to include either a director or an officer—from appropriating to himself a business opportunity which in fairness should belong to the corporation": see Note, "Corporate Opportunity", 74 Harv. L. Rev. 765 (1961).

A useful examination of the approach to corporate opportunity in American decisions is that found in *Burg v. Horn*¹⁰, a majority decision of the Second Circuit Court of Appeals applying New York law in a diversity suit. What was involved in that case was not the usurpation of an opportunity which the particular company was pursuing, but the more far-reaching question whether a director was obliged to offer to the company, before taking them for himself, opportunities in its line of business of which he rather than the company became aware and which he pursued. The facts, briefly, were that directors of a company, operating low rental housing, who were known to their co-director plaintiff to have unrelated interests and also interests, acquired earlier, in other like companies, acquired a number of low rental properties which they did not offer to the company of which they and the plaintiff were co-directors. These properties had not been sought by the company nor did the defendants learn of them through the company. In denying liability, the majority expressed New York law to require a determination in each case, by considering the

intérêts dans la compagnie.

Des arrêts américains démontrent que des anciens énoncés de principe basés sur des états de faits particuliers ont été élargis pour s'appliquer aux affaires ultérieures, mais personne ne peut prétendre qu'il existe une ligne de conduite uniforme quelconque parmi les juridictions des différents états: voir *James C. Slaughter*, «The Corporate Opportunity Doctrine» 18 Southwestern L.J. 96 (1964). Ce qui ressort d'une étude de la jurisprudence américaine, c'est une règle d'éthique imprécise [TRADUCTION] «qui interdit à un dirigeant—dont la définition comprend ici soit l'administrateur soit le fonctionnaire—de s'approprier une occasion d'affaires qui, en toute justice, devrait revenir à la compagnie»: voir Note, «Corporate Opportunity», 74 Harv.L.Rev. 765 (1961).

Une étude intéressante sur la façon d'aborder la question des occasions d'affaires dans les décisions américaines est contenue dans l'affaire *Burg v. Horn*¹⁰, une décision majoritaire de la Second Circuit Court of Appeals qui a appliqué le droit de l'État de New York dans un litige entre ressortissants d'États différents (*diversity suit*). Dans cette dernière affaire, il ne s'agissait pas de l'usurpation d'une occasion d'affaires que la compagnie en cause tentait de réaliser, mais de la question, plus lourde de conséquences, de savoir si un administrateur était tenu d'offrir à la compagnie, avant de se les approprier, les occasions d'affaires rentrant dans le genre d'affaires d'icelle et dont il avait eu personnellement connaissance au lieu de la compagnie et qu'il tentait de réaliser. Brièvement, les faits sont les suivants: des administrateurs d'une compagnie, laquelle exploitait des logements à loyer modique, possédaient au su de leur collègue demandeur des intérêts non reliés et aussi des intérêts acquis auparavant dans d'autres compagnies semblables; ils ont par la suite acquis un certain nombre d'habitations à loyer modique qu'ils n'avaient pas offertes à la com-

¹⁰ (1967), 380 F. 2d 897.

¹⁰ (1967), 380 F. 2d 897.

relationship between director and company, whether a duty to offer the company all opportunities within its line of business was fairly to be implied. The dissenting judge saw the case as one where, in the absence of a contrary understanding between the parties, the defendants were under a fiduciary obligation to offer the properties to the company before buying them for themselves.

That the rigorous standard of behaviour enforced against directors and executives may survive their tenure of such offices was indicated as early as *Ex p. James*¹¹ where Lord Eldon, speaking of the fiduciary in that case who was a solicitor purchasing at a sale, said (at p.390 E.R.):

With respect to the question now put whether I will permit Jones to give up the office of solicitor and to bid, I cannot give that permission. If the principle is right that the solicitor cannot buy, it would lead to all the mischief of acting up to the point of the sale, getting all the information that may be useful to him, then discharging himself from the character of solicitor and buying the property. . . . On the other hand I do not deny that those interested in the question may give the permission.

The same principle, although applied in a master-servant case in respect of the use to his own advantage of confidential information acquired by the respondent while employed by the appellant, was recognized by this Court in *Pre-Cam*

¹¹ (1803), 8 Ves. 337, 32 E.R. 385.

pagnie dont ils étaient co-administrateurs avec le demandeur. La compagnie n'avait pas cherché à obtenir ces immeubles et les défendeurs n'en avaient pas appris l'existence par l'entremise de la compagnie. En niant la responsabilité, la majorité a été d'avis que, suivant la loi de l'État de New York, il fallait déterminer dans chaque cas, en considérant le lien unissant l'administrateur et la compagnie, si l'obligation d'offrir à la compagnie toutes les occasions d'affaires rentrant dans le genre d'affaires de celle-ci devait être considéré comme raisonnablement implicite. Le juge dissident a considéré qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle, en l'absence d'arrangement contraire entre les parties, les défendeurs étaient tenus, en qualité de fiduciaires, d'offrir les immeubles à la compagnie avant de les acheter pour eux-mêmes.

La règle rigoureuse régissant la conduite des administrateurs et des dirigeants peut s'appliquer même après qu'ils ont quitté leur poste, comme l'a démontré un arrêt aussi ancien que l'arrêt *Ex p. James*¹¹ dans lequel Lord Eldon, en parlant du fiduciaire qui, dans cette affaire-là, était un avocat qui était l'acheteur lors d'une vente, a dit (p. 390 E.R.):

[TRADUCTION] Quant à la question posée, à savoir, si je dois permettre à Jones d'abandonner sa fonction d'avocat pour faire une offre, je ne puis donner cette permission. Si le principe voulant qu'un avocat ne puisse se porter acquéreur est juste, il doit prévenir tout le mal d'occuper jusqu'à la vente, de recueillir tous les renseignements pouvant être utiles et, ensuite, de se libérer de sa qualité d'avocat et d'acheter la propriété. . . . D'autre part, je ne nie pas que les intéressés peuvent donner la permission.

Le même principe, bien qu'il ait été appliqué dans une affaire entre employeur et employé relativement à l'utilisation à ses propres fins par l'intimé de renseignements confidentiels recueillis alors qu'il était l'employé de l'appelante, a

¹¹ (1803), 8 Ves. 337, 32 E.R. 385.

*Exploration & Development Ltd. v. McTavish*¹².

The trial judge appeared to treat this question differently in quoting a passage from *Raines v. Toney*¹³, a judgment of the Supreme Court of Arkansas, at p.809. The passage is in the following words:

It is, however, a common occurrence for corporate fiduciaries to resign and form a competing enterprise. Unless restricted by contract, this may be done with complete immunity because freedom of employment and encouragement of competition generally dictate that such persons can leave their corporation at any time and go into a competing business. They cannot while still corporate fiduciaries set up a competitive enterprise . . . or resign and take with them the key personnel of their corporations for the purposes of operating their own competitive enterprises . . . but they can, while still employed, notify their corporation's customers of their intention to resign and subsequently go into business for themselves, and accept business from them and offer it to them . . . but they can use in their own enterprise the experience and knowledge they gained while working for their corporation . . . They can solicit the customers of their former corporation for business unless the customer list is itself confidential.

Prior to quoting from *Raines v. Toney*, Grant J. had referred to and rejected a submission of the appellant that "as long as the defendants came upon the profit making possibility inherent in the Guyana contract in the course of and by reason of occupying their positions as directors and senior officers of Canaero . . . the strict equitable rule must be applied against them". *Albert A. Volk Inc. v. Fleschner Bros. Inc.*¹⁴ had been cited in support of the submission. The trial judge's position on this point was put by him as follows:

été reconnu par cette Cour dans l'affaire *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. c. McTavish*¹².

Le juge de première instance a semblé traiter cette question différemment en citant un passage de *Raines v. Toney*¹³, un arrêt de la Cour suprême de l'Arkansas, à la p. 809. Le passage se lit comme suit:

[TRADUCTION] Cependant, il arrive couramment que des fiduciaires de compagnie démissionnent et forment une entreprise concurrente. A moins d'être restreinte par contrat, cette pratique jouit d'une immunité totale parce que la liberté d'emploi et l'encouragement de la concurrence prescrivent généralement que ces personnes peuvent quitter la compagnie en tout temps et se livrer à un commerce concurrent. Ils ne peuvent, tout en étant fiduciaires de la compagnie, former une entreprise concurrente . . . ou démissionner et prendre avec eux le personnel clé de la compagnie pour exploiter leur propre entreprise concurrente . . . mais ils peuvent, tout en étant employés de la compagnie, annoncer aux clients de la compagnie qu'ils ont l'intention de démissionner pour partir à leur compte, et ensuite les prendre comme clients ou leur offrir leurs services . . . mais ils peuvent mettre à profit, aux fins de leur propre entreprise, l'expérience et les connaissances qu'ils ont acquises au service de la compagnie . . . Ils peuvent solliciter les clients de leur ancienne compagnie à moins que la liste des clients soit confidentielle.

Avant de citer le passage de l'arrêt *Raines v. Toney*, le Juge Grant a considéré et rejeté une prétention de l'appelante selon laquelle [TRADUCTION] «tant que les défendeurs n'ont découvert la possibilité de profit inhérente au contrat de la Guyane que dans et à cause de l'exercice de leurs fonctions comme administrateurs et fonctionnaires supérieurs de Canaero . . . il faut leur appliquer la règle stricte d'*equity*». Au soutien de cette prétention, on a cité l'arrêt *Albert A. Volk Inc. v. Fleschner Bros. Inc.*¹⁴. A ce sujet, le juge de première instance a exprimé son opinion comme suit:

¹² [1966] S.C.R. 551.

¹³ (1958), 313 S.W. 2d 802.

¹⁴ (1945), 60 N.Y.S. 2d 244.

¹² [1966] R.C.S. 551.

¹³ (1958), 313 S.W. 2d 802.

¹⁴ (1945), 60 N.Y.S. 2d 244.

I do not interpret the decision above quoted as indicating that the mere fact of learning of the contract or even doing extensive work and preparation in attempts to secure the same for the plaintiff while they were still in their offices for it, of itself prevents them, after severing relations with their employer, from seeking to acquire it for themselves. It is not the coming upon or learning of the proposed contract while directors that establishes liability, but rather obtaining the same because of such fiduciary position and in the course of their duties as such. I would think that when directors or senior officers leave the employ of the company they must not use confidential information which they have acquired in such employment for the purpose of assisting them in getting such a contract for themselves. Such information so acquired by them would remain an asset of their principal even after they had left their employment.

In so far as the trial judge, founding himself upon what Lord Russell of Killowen said in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, would limit the liability of directors or senior officers to the case where they obtained a contract "in the course of their duties as such", I regard his position as too narrowly conceived. *Raines v. Toney* does not support the trial judge's view, as is evident from the assertion of the Supreme Court of Arkansas that the fiduciary duty of a director or officer does not terminate upon resignation and that it cannot be renounced at will by the termination of employment: see also *Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v. Noble*¹⁵. The passage quoted by Grant J. from *Raines v. Toney* was directed to a different point, namely, that of a right to compete with one's former employer unless restricted by contract.

The view taken by the trial judge, and affirmed by the Court of Appeal (which quoted the same passage from the reasons of Lord Russell of Killowen in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*), tended to obscure the difference between the survival of fiduciary duty after resignation and the right to use non-confidential

[TRADUCTION] Je n'interprète pas la décision susmentionnée comme signifiant que le simple fait d'avoir eu connaissance du contrat ou même d'avoir consacré beaucoup de temps et d'efforts en vue de l'obtenir pour le compte de la demanderesse lorsque ce travail faisait partie de leurs fonctions, leur interdit en soi, après avoir quitté leur employeur, de chercher à l'obtenir pour eux-mêmes. Ce n'est pas la découverte du projet de contrat à un moment où ils étaient administrateurs qui établit la responsabilité, mais plutôt l'obtention du contrat à cause de semblable position fiduciaire, et dans l'exercice de leurs fonctions à ce titre. Je suis d'avis que quand des administrateurs ou des fonctionnaires supérieurs quittent leur employeur, ils ne doivent pas, en vue de se faciliter l'obtention du contrat, se servir de renseignements confidentiels auxquels ils ont eu accès en cours d'emploi. Les renseignements qu'ils ont acquis de cette façon doivent demeurer le bien de leur commettant même après qu'ils ont quitté leur emploi.

Dans la mesure où le juge de première instance, en se fondant sur ce qu'a dit Lord Russell of Killowen dans l'affaire *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, limite la responsabilité des administrateurs et des fonctionnaires supérieurs au cas où ils ont obtenu un contrat [TRADUCTION] «dans l'exercice de leurs fonctions à ce titre», je considère la position qu'il a prise comme trop étroite. L'arrêt *Raines v. Toney* n'appuie pas l'opinion du juge de première instance, comme il ressort de la déclaration de la Cour suprême de l'Arkansas selon laquelle l'obligation de fiduciaire d'un administrateur ou d'un fonctionnaire ne prend pas fin à sa démission et ne peut être répudiée à volonté au moyen de la cessation d'emploi: voir aussi *Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v. Noble*¹⁵. Le passage cité par le Juge Grant dans *Raines v. Toney* concernait une autre question, à savoir, le droit de faire concurrence à son ancien employeur à moins qu'il soit restreint par contrat.

L'avis exprimé par le juge de première instance et confirmé par la Cour d'appel (qui a cité le même passage des motifs de Lord Russell of Killowen dans *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*) tendait à obscurcir la différence entre le maintien de l'obligation de fiduciaire après démission et le droit de se servir de renseignements non

¹⁵ (1965), 210 N.E. 2d 12.

¹⁵ (1965), 210 N.E. 2d 12.

information acquired in the course of employment and as a result of experience. I do not see that either the question of the confidentiality of the information acquired by O'Malley and Zarzycki in the course of their work for Canaero on the Guyana project or the question of copyright is relevant to the enforcement against them of a fiduciary duty. The fact that breach of confidence or violation of copyright may itself afford a ground of relief does not make either one a necessary ingredient of a successful claim for breach of fiduciary duty.

Submissions and argument were addressed to this Court on the question whether or how far Zarzycki copied Canaero's documents in preparing the Terra proposal. The appellant's position is that Zarzycki was not entitled to use for Terra what he compiled for Canaero; and the respondents contended that, although Zarzycki was not entitled to use for Terra the 1965 report or proposal as such that he prepared for Canaero, he was entitled to use the information therein which came to him in the normal course and by reason of his own capacity. It was the respondents' further submission that Zarzycki did not respond in 1966 on behalf of Terra on the basis of his 1965 report as an officer of and for Canaero; and they went so far as to say that it did not matter that O'Malley and Zarzycki worked on the same contract for Terra as they had for Canaero, especially when the project was not exactly the same.

In my opinion, the fiduciary duty upon O'Malley and Zarzycki, if it survived their departure from Canaero, would be reduced to an absurdity if it could be evaded merely because the Guyana project had been varied in some details when it became the subject of invited proposals, or merely because Zarzycki met the variations by appropriate changes in what he prepared for Canaero in 1965 and what he proposed for Terra in 1966. I do not regard it as necessary to look for substantial resemblances. Their presence would be a factor to be

confidentiels acquis en cours d'emploi et par expérience. Je ne vois pas comment la question du caractère confidentiel des renseignements obtenus par O'Malley et Zarzycki alors qu'ils travaillaient pour Canaero au projet de la Guyane ou celle du droit d'auteur est pertinente lorsqu'il s'agit d'assurer l'exécution contre eux d'une obligation de fiduciaire. Bien que l'abus de confiance et la violation du droit d'auteur puissent donner lieu à un recours, aucun de ces moyens ne constitue un élément nécessaire pour fonder une demande basée sur la violation d'une obligation de fiduciaire.

Des prétentions et plaidoiries ont été exposées devant cette Cour sur la question de savoir si, ou dans quelle mesure, Zarzycki a copié des documents de Canaero en préparant la proposition de Terra. Selon l'appelante, Zarzycki n'avait pas le droit d'utiliser au profit de Terra ce qu'il avait recueilli pour le compte de Canaero; et les intimés ont prétendu que, bien que Zarzycki n'eût pas le droit d'utiliser comme tel au profit de Terra le rapport ou la proposition de 1965, qu'il avait préparé pour le compte de Canaero, il avait le droit de se servir des renseignements contenus dans ce rapport, lesquels lui étaient venus dans le cours normal de son travail et en raison de ses fonctions. Les intimés ont aussi allégué que Zarzycki n'avait pas présenté la réponse de Terra, en 1966, en se basant sur le rapport de 1965, préparé en qualité de fonctionnaire de Canaero; et ils ont même ajouté qu'il n'importait pas qu'O'Malley et Zarzycki aient travaillé pour Canaero, surtout si le projet n'était pas exactement le même.

A mon avis, l'obligation de fiduciaire imposée à O'Malley et Zarzycki, si elle a subsisté après qu'ils ont quitté Canaero, devient absurde si on peut s'y soustraire pour le simple motif que quelques détails du projet de la Guyane ont été modifiés quand ce projet a fait l'objet d'un appel de propositions, ou que Zarzycki a apporté au travail qu'il avait préparé pour Canaero en 1965 et à la proposition qu'il avait faite pour Terra en 1966 les changements appropriés aux modifications. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de chercher des ressem-

considered on the issue of breach of fiduciary duty but they are not a *sine qua non*. The cardinal fact is that the one project, the same project which Zarzycki had pursued for Canaero, was the subject of his Terra proposal. It was that business opportunity, in line with its general pursuits, which Canaero sought through O'Malley and Zarzycki. There is no suggestion that there had been such a change of objective as to make the project for which proposals were invited from Canaero, Terra and others a different one from that which Canaero had been developing with a view to obtaining the contract for itself.

Again, whether or not Terra was incorporated for the purpose of intercepting the contract for the Guyana project is not central to the issue of breach of fiduciary duty. Honesty of purpose is no more a defence in that respect than it would be in respect of personal interception of the contract by O'Malley and Zarzycki. This is fundamental in the enforcement of fiduciary duty where the fiduciaries are acting against the interests of their principal. Then it is urged that Canaero could not in any event have obtained the contract, and that O'Malley and Zarzycki left Canaero as an ultimate response to their dissatisfaction with that company and with the restrictions that they were under in managing it. There was, however, no certain knowledge at the time O'Malley and Zarzycki resigned that the Guyana project was beyond Canaero's grasp. Canaero had not abandoned its hope of capturing it, even if Wells was of opinion, expressed during his luncheon with O'Malley and Zarzycki on August 6, 1966, that it would not get a foreign aid contract from the Canadian Government. Although it was contended that O'Malley and Zarzycki did not know of the imminence of the approval of the Guyana project, their ready run for it, when it was approved at about the time of their resignations and at a time when they knew of Canaero's continuing interest, are factors to be considered in deciding whether they were still under a fiduciary duty not to seek to procure for them-

blances substantielles. Leur présence serait un facteur pour déterminer la question de la violation de l'obligation de fiduciaire mais elles ne sont pas une condition *sine qua non*. Le fait dominant est que le projet en question, le projet même auquel Zarzycki a travaillé pour Canaero, faisait l'objet de la proposition qu'il a faite pour Terra. C'était là l'occasion d'affaires, conforme à ses buts généraux, que Canaero tentait de réaliser par l'entremise d'O'Malley et de Zarzycki. On n'a pas prétendu que les objectifs avaient été changés au point que le projet en vue duquel on avait sollicité les propositions de Canaero, Terra et d'autres était différent de celui que Canaero avait élaboré afin d'obtenir le contrat pour elle-même.

De même, la question de savoir si, oui ou non, Terra a été constituée dans le but de s'emparer du contrat relatif au projet de la Guyane n'est pas essentielle à la question de la violation de l'obligation de fiduciaire. L'honnêteté d'intention n'est pas plus un moyen de défense à cet égard qu'elle ne le serait à l'égard d'une obtention personnelle du contrat par O'Malley et Zarzycki. Cela est fondamental dans l'application d'une obligation de fiduciaire, lorsque les fiduciaires agissent contre les intérêts de leur commettant. On a ensuite soutenu que Canaero n'aurait pu de toute manière obtenir le contrat et que la démission d'O'Malley et de Zarzycki avait été l'ultime réponse à leur insatisfaction totale vis-à-vis de la compagnie et aux restrictions qu'on leur avait imposées au point de vue de la gestion. Cependant, au moment de la démission d'O'Malley et de Zarzycki, on ne savait pas d'une façon certaine que le projet de la Guyane était hors de l'atteinte de Canaero. Canaero était toujours confiante de l'obtenir même si l'avis exprimé par Wells au repas de midi du 6 août 1966 avec O'Malley et Zarzycki était que Canaero n'obtiendrait pas un contrat d'aide extérieure du gouvernement canadien. Quoiqu'on ait prétendu qu'O'Malley et Zarzycki ne savaient pas que l'approbation du projet de la Guyane était imminente, le fait qu'ils n'aient pas tardé à essayer de l'obtenir, quand il a été approuvé à peu près au moment de leur démission et à un moment où ils savaient que Canaero

selves or for their newly-formed company the business opportunity which they had nurtured for Canaero.

Counsel for O'Malley and Zarzycki relied upon the judgment of this Court in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*¹⁶, as representing an affirmation of what was said in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* respecting the circumscription of liability to circumstances where the directors or senior officers had obtained the challenged benefit by reason only of the fact that they held those positions and in the course of execution of those offices. In urging this, he did not deny that leaving to capitalize on their positions would not necessarily immunize them, but he submitted that in the present case there was no special knowledge or information obtained from Canaero during their service with that company upon which O'Malley and Zarzycki had relied in reaching for the Guyana project on behalf of Terra.

There is a considerable gulf between the *Peso* case and the present one on the facts as found in each and on the issues that they respectively raise. In *Peso*, there was a finding of good faith in the rejection by its directors of an offer of mining claims because of its strained finances. The subsequent acquisition of those claims by the managing director and his associates, albeit without seeking shareholder approval, was held to be proper because the company's interest in them ceased. There is some analogy to *Burg v. Horn* because there was evidence that *Peso* had received many offers of mining properties and, as in *Burg v. Horn*, the acquisition of the particular claims out of which the litigation arose could not be said to be essential to the success of the company. Whether evidence was overlooked in *Peso* which would have led to the result reached in *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* (see the examination by Beck, "The Saga of

y était toujours intéressée, sont des facteurs à considérer en décidant s'ils étaient toujours soumis à l'obligation de fiduciaire leur interdisant de s'approprier personnellement ou pour le compte de la compagnie récemment constituée l'occasion d'affaires qu'ils avaient préparée pour Canaero.

Les avocats d'O'Malley et Zarzycki se sont appuyés sur l'arrêt de cette Cour dans *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*¹⁶, comme confirmant l'avis exprimé dans *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* concernant la limitation de la responsabilité aux circonstances où les administrateurs ou les fonctionnaires supérieurs n'ont réalisé le bénéfice incriminé qu'en raison seulement de leurs postes et de l'exercice des fonctions d'iceux. En faisant valoir ce point, on n'a pas nié le fait qu'en démissionnant pour mettre à profit leur position, ils n'étaient pas nécessairement libérés de leur obligation, mais on a avancé qu'en l'espèce, O'Malley et Zarzycki ne s'étaient basé sur aucune connaissance ni aucun renseignement spécial acquis de Canaero et en cours d'emploi avec cette compagnie, lorsqu'ils ont cherché à réaliser le projet de la Guyane pour le compte de Terra.

L'affaire *Peso* diffère considérablement de la présente affaire quant aux faits avérés et aux questions qu'elles soulèvent. Dans l'affaire *Peso*, on a conclu que les administrateurs avaient agi de bonne foi en rejetant une offre de claims miniers à cause d'une situation financière précaire. On a statué que l'acquisition subséquente de ces claims par l'administrateur délégué à l'exécutif et ses associés, sans qu'on ait toutefois cherché à obtenir l'approbation des actionnaires, était régulière parce que la compagnie y avait perdu tout intérêt. Cette dernière affaire est analogue à celle de *Burg v. Horn*, parce qu'il y avait des éléments de preuve selon lesquels *Peso* avait reçu de nombreuses offres de propriétés minières, et que, comme dans l'affaire *Burg v. Horn*, l'acquisition des claims particuliers qui avaient donné lieu au litige ne pouvait être qualifiée d'essentielle au succès de la compagnie. La question de savoir si, dans

¹⁶ [1966] S.C.R. 673.

¹⁶ [1966] R.C.S. 673.

Peso Silver Mines: Corporate Opportunity Reconsidered", (1971), 49 Can. Bar. Rev. 80, at p. 101) has no bearing on the proper disposition of the present case. What is before this Court is not a situation where various opportunities were offered to a company which was open to all of them, but rather a case where it had devoted itself to originating and bringing to fruition a particular business deal which was ultimately captured by former senior officers who had been in charge of the matter for the company. Since Canaero had been invited to make a proposal on the Guyana project, there is no basis for contending that it could not, in any event, have obtained the contract or that there was any unwillingness to deal with it.

It is a mistake, in my opinion, to seek to encase the principle stated and applied in *Peso*, by adoption from *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, in the straight-jacket of special knowledge acquired while acting as directors or senior officers, let alone limiting it to benefits acquired by reason of and during the holding of those offices. As in other cases in this developing branch of the law, the particular facts may determine the shape of the principle of decision without setting fixed limits to it. So it is in the present case. Accepting the facts found by the trial judge, I find no obstructing considerations to the conclusion that O'Malley and Zarzycki continued, after their resignations, to be under a fiduciary duty to respect Canaero's priority, as against them and their instrument Terra, in seeking to capture the contract for the Guyana project. They entered the lists in the heat of the maturation of the project, known to them to be under active Government consideration when they resigned from Canaero and when they proposed to bid on behalf of Terra.

l'affaire *Peso*, on n'a pas tenu compte de preuves qui auraient amené la conclusion tirée dans *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* (voir l'étude de Beck, «The Saga of Peso Silver Mines: Corporate Opportunity Reconsidered», (1971), 49 Can.Bar.Rev. 80, p. 101) n'a aucun rapport à la décision qu'il serait juste de rendre dans la présente affaire. En la présente espèce, il ne s'agit pas d'une situation où diverses occasions étaient offertes à une compagnie qui était disposée à les considérer toutes, mais plutôt d'une affaire dans laquelle elle a consacré un travail assidu à la conception et à la réalisation d'une opération commerciale dont se sont finalement emparés les anciens fonctionnaires supérieurs que la compagnie avait chargé de ce projet. Puisque Canaero avait été appelée à faire une proposition sur le projet de la Guyane, la prétention qu'elle n'aurait pu, de toute manière, obtenir le contrat, ou qu'on n'était pas disposé à traiter avec elle, est sans fondement.

A mon avis, c'est une erreur que de tenter de renfermer le principe énoncé et appliqué dans l'arrêt *Peso*, par emprunt à l'arrêt *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, dans le carcan d'une connaissance spéciale acquise en tant qu'administrateurs ou fonctionnaires supérieurs, sans parler de le restreindre aux bénéfices acquis en raison de ces fonctions et pendant la durée de celles-ci. Comme dans d'autres cas concernant ce domaine du droit en pleine évolution, les faits particuliers peuvent déterminer le cadre du principe de la décision sans y poser des limites fixes. C'est le cas qui se présente en l'espèce. Acceptant les faits constatés par le juge de première instance, je ne trouve rien qui empêche de conclure qu'après leur démission, O'Malley et Zarzycki étaient toujours liés par une obligation de fiduciare qui les obligeait, vis-à-vis d'eux-mêmes ainsi que de Terra, leur instrument, de respecter le droit prioritaire de Canaero en cherchant à s'approprier le contrat relatif au projet de la Guyane. Ils sont entrés en lice au moment où le projet était en pleine maturation, sachant que le projet faisait l'objet d'une étude attentive de la part du gouvernement quand ils ont démissionné de Canaero et

In holding that on the facts found by the trial judge, there was a breach of fiduciary duty by O'Malley and Zarzycki which survived their resignations I am not to be taken as laying down any rule of liability to be read as if it were a statute. The general standards of loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest to which the conduct of a director or senior officer must conform, must be tested in each case by many factors which it would be reckless to attempt to enumerate exhaustively. Among them are the factor of position or office held, the nature of the corporate opportunity, its ripeness, its specificity and the director's or managerial officer's relation to it, the amount of knowledge possessed, the circumstances in which it was obtained and whether it was special or, indeed, even private, the factor of time in the continuation of fiduciary duty where the alleged breach occurs after termination of the relationship with the company, and the circumstances under which the relationship was terminated, that is whether by retirement or resignation or discharge.

Wells stands on a different footing from O'Malley and Zarzycki. The case put against Wells in the submissions to this Court is not that he personally owed a fiduciary duty to Canaero in respect of the Guyana project from the time it took shape but rather that he was a party to a conspiracy with O'Malley and Zarzycki to convert Canaero's business opportunity in respect of the Guyana project to personal benefit in breach of fiduciary obligation. Although Wells was associated with his co-defendants beyond the role of their solicitor, and was a director and substantial shareholder of Survair Limited, which was among the original intended invitees to submit proposals for the Guyana project but

quand ils ont décidé de soumissionner au nom de Terra.

Lorsque je dis que, d'après les faits constatés par le juge de première instance, O'Malley et Zarzycki ont violé une obligation de fiduciaire qui subsistait après leur démission, il ne faut pas considérer que j'établis une règle de responsabilité qui doit être interprétée comme s'il s'agissait d'une loi. Les critères généraux de loyauté, bonne foi et d'évitement de conflit d'intérêts et d'obligations, auxquels la conduite d'un administrateur ou d'un fonctionnaire supérieur doit être conforme, doivent, dans chaque cas, être examinés en regard de nombreux facteurs qu'il serait présomptueux de tenter d'énumérer de façon exhaustive. Parmi ces facteurs, nous retrouvons celui du poste ou des fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, sa maturité, son caractère spécifique et la relation entre elle et l'administrateur ou le fonctionnaire de gestion, l'importance quantitative de la connaissance possédée, les circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de l'obligation de fiduciaire lorsque la violation alléguée se produit après qu'est rompu le lien qui unissait la personne avec la compagnie, et les circonstances en vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement.

La situation de Wells est différente de celle d'O'Malley et Zarzycki. Dans les prétentions soumises à cette Cour, celles qui sont avancées contre Wells ne consistent pas à soutenir qu'il était personnellement soumis à une obligation de fiduciaire envers Canaero, relativement au projet de la Guyane à partir du moment où ce projet a été formé, mais plutôt qu'il était partie, avec O'Malley et Zarzycki, à un complot visant à détourner l'occasion d'affaires de Canaero relative au projet de la Guyane à des fins de profit personnel en violation d'obligation de fiduciaire. Bien que l'association de Wells avec ses co-défendeurs dépassât le rôle qu'il jouait en tant qu'avocat de ces derniers, et qu'il fût un

was dropped when the formal invitations were issued, there is no reason to interfere with the concurrent findings of fact upon which the action against Wells was dismissed and the dismissal affirmed on appeal. Unlike the case with O'Malley and Zarzycki, the findings of fact do not admit of a conclusion of law by which to fix Wells with liability.

There remains the question of the appropriate relief against O'Malley and Zarzycki, and against Terra through which they acted in breach of fiduciary duty. In fixing the damages at \$125,000, the trial judge based himself on a claim for damages related only to the loss of the contract for the Guyana project, this being the extent of Canaero's claim as he understood it. No claim for a different amount or for relief on a different basis, as, for example, to hold Terra as constructive trustee for Canaero in respect of the execution of the Guyana contract, was made in this Court. Counsel for the respondents, although conceding that there was evidence of Terra's likely profit from the Guyana contract, emphasized the trial judge's finding that Canaero could not have obtained the contract itself in view of its association with Spartan Air Services Limited in the submission of a proposal. It was his submission that there was no evidence that that proposal would have been accepted if Terra's had been rejected and, in any event, there was no evidence of Canaero's likely share of the profit.

Liability of O'Malley and Zarzycki for breach of fiduciary duty does not depend upon proof by Canaero that, but for their intervention, it would have obtained the Guyana contract; nor

administrateur et un actionnaire substantiel de Survaïr Limited, une compagnie qui était de celles à qui on avait l'intention, à l'origine, de demander de soumettre des propositions pour le projet de la Guyane mais qui a été rayée de la liste lorsque les appels d'offres officiels ont été lancés, il n'y a pas lieu de modifier les conclusions concordantes sur les faits en vertu desquelles l'action intentée contre Wells a été rejetée et le rejet confirmé en appel. Contrairement à ce qui est le cas pour O'Malley et Zarzycki, les conclusions sur les faits ne permettent pas de tirer une conclusion sur le droit par quoi imposer une responsabilité à Wells.

Reste la question du recours approprié contre O'Malley et Zarzycki, et contre Terra, par l'entremise de laquelle ils ont agi en violation de leur obligation de fiduciaire. En fixant les dommages-intérêts à \$125,000, le juge de première instance s'est basé sur une demande en dommages-intérêts se rapportant seulement à la perte du contrat relatif au projet de la Guyane, ce qui représentait, selon lui, ce à quoi s'étendait la réclamation de Canaero. En cette Cour, on n'a pas réclamé un montant différent ou un redressement sur une base différente, comme, par exemple, une conclusion suivant laquelle Terra était fiduciaire implicite de Canaero relativement à l'exécution du contrat de la Guyane. Quoique l'avocat des intimés ait reconnu qu'il y avait quelque preuve que Terra réaliserait vraisemblablement un profit du contrat de la Guyane, il a souligné que le juge de première instance avait conclu que Canaero n'aurait pu obtenir le contrat elle-même vu son association avec Spartan Air Services Limited pour la présentation d'une proposition. Il a prétendu qu'il n'y avait aucune preuve selon laquelle cette proposition aurait été acceptée si celle de Terra avait été rejetée, et que, de toute manière, il n'y avait aucune preuve selon laquelle Canaero aurait vraisemblablement eu une part des profits.

Pour établir la responsabilité d'O'Malley et de Zarzycki pour violation d'obligation de fiduciaire, il n'est pas nécessaire que Canaero démontre qu'elle aurait obtenu le contrat de la

is it a condition of recovery of damages that Canaero establish what its profit would have been or what it has lost by failing to realize the corporate opportunity in question. It is entitled to compel the faithless fiduciaries to answer for their default according to their gain. Whether the damages awarded here be viewed as an accounting of profits or, what amounts to the same thing, as based on unjust enrichment, I would not interfere with the quantum. The appeal is, accordingly, allowed against all defendants save Wells, and judgment should be entered against them for \$125,000. The appellant should have its costs against them throughout. I would dismiss the appeal as against Wells with costs.

Appeal allowed against all defendants save Wells.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Soloway, Wright, Houston, McKimm, Killeen & Greenberg, Ottawa.

Solicitors for the defendant, respondent, Wells: Herridge, Tolmie, Gray, Coyne & Blair, Ottawa.

Solicitors for the defendants, respondents, O'Malley, Zarzycki and Terra Surveys Ltd.: Nelligan/Power, Ottawa.

Guyane, si ce n'avait été de l'intervention de ces derniers; ce n'est pas non plus une condition du recouvrement de dommages-intérêts que Canaero établisse ce qu'auraient été ses profits éventuels ou ce qu'elle a perdu en ne réalisant pas l'occasion d'affaires en question. Elle a le droit d'obliger les fiduciaires déloyaux à rendre compte de leur manquement suivant le gain qu'ils ont réalisé. Que les dommages-intérêts adjugés en l'espèce soient considérés comme compte de profits ou, ce qui équivaut à la même chose, comme basés sur un enrichissement injuste, je suis d'avis de ne pas en modifier le montant. Par conséquent, l'appel est accueilli contre tous les défendeurs sauf Wells, et jugement devrait être inscrit contre eux pour la somme de \$125,000. L'appelante a droit aux dépens contre eux dans toutes les cours. Je suis d'avis de rejeter l'appel quant à Wells avec dépens.

Appel accueilli contre tous les défendeurs sauf Wells.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Soloway, Wright, Houston, McKimm, Killeen & Greenberg, Ottawa.

Procureurs du défendeur, intimé, Wells: Herridge, Tolmie, Gray, Coyne & Blair, Ottawa.

Procureurs des défendeurs, intimés, O'Malley, Zarzycki et Terra Surveys Ltd.: Nelligan/Power, Ottawa.