

Central Trust Company Appellant

v.

Jack P. Rafuse and Franklyn W. Cordon Respondents

INDEXED AS: CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE

File No.: 17753.

1984: December 6; 1986: October 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Barristers and solicitors — Professional liability — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors liable in tort or whether liability restricted to contract — If liable in tort, whether or not action statute-barred — Whether or not solicitors negligent — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).

Torts — Negligence — Duty of care — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether or not solicitors concurrently liable in tort — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Whether or not action statute-barred.

Contracts — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors' liability founded solely in contract and hence statute-barred — Whether solicitors concurrently liable in tort, and if so, whether or not action statute-barred.

Respondent solicitors acted for the purchasers of all the shares in the capital stock of Stonehouse Motel and Restaurant Limited. A condition of the agreement of purchase and sale was that the purchasers would obtain a mortgage on the Stonehouse property. The proceeds of the mortgage were to be paid to the vendor in part

Central Trust Company Appelante

c.

Jack P. Rafuse et Franklyn W. Cordon Intimés

RÉPERTORIÉ: CENTRAL TRUST CO. c. RAFUSE

Nº du greffe: 17753.

b 1984: 6 décembre; 1986: 9 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

d *Avocats et procureurs — Responsabilité de personnes exerçant une profession libérale — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle délictuelle ou purement contractuelle? — S'il y a responsabilité délictuelle, l'action est-elle prescrite? — Les avocats ont-ils été négligents? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)c).*

f *Responsabilité délictuelle — NéGLIGENCE — Obligation de diligence — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — L'action est-elle prescrite?*

g *h Contrats — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle purement contractuelle de sorte que l'action est prescrite? — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle et, dans l'affirmative, l'action est-elle prescrite?*

j *Les avocats intimés ont agi pour les acheteurs de tout le capital-actions de Stonehouse Motel and Restaurant Limited. L'une des conditions de la promesse de vente portait que les acheteurs devaient obtenir un prêt hypothécaire garanti par la propriété de Stonehouse. Ces fonds étaient destinés à être versés au vendeur en paie-*

satisfaction of the purchase price of the shares. One of the purchasers on behalf of Stonehouse applied to appellant's predecessor for a mortgage loan and, in accordance with the practice in such cases, the trust company retained the respondents to perform the necessary legal services in connection with the mortgage transaction. The sale closed, a first mortgage on the Stonehouse property and a chattel mortgage on its equipment were executed and the vendor was paid with funds that included the proceeds of the mortgage loan. The mortgage on the property was certified by respondent Cordon as forming a first charge on the property.

Appellant instituted an action for foreclosure against Stonehouse following default on the mortgage. Both Stonehouse and a creditor with registered judgments intervened to oppose the action, raising the defence that the mortgage was void in that it was contrary to s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*. This provision made it unlawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company.

Appellant instituted its action against the respondents for breach of contract and for negligence after this Court declared the mortgage to be void as a whole as being contrary to s. 96(5). The action was dismissed at trial where respondents were found not to have been negligent. The Court of Appeal found respondents negligent but dismissed the appeal on the ground that the action was statute-barred.

The principal issue in this appeal was whether a solicitor is liable to a client in tort as well as in contract for the damage caused by a failure to meet the requisite standard of care in the performance of services for which the solicitor has been retained. A consequential issue, if the requisite standard of care was not met, was whether the appellant's action against the respondents is statute-barred.

Held: The appeal should be allowed.

If the respondent solicitors were negligent in the performance of the professional services for which they were retained, they would be liable in tort as well as contract to the appellant, subject to the other defences which they raised.

ment partiel du prix d'achat des actions. L'un des acheteurs, agissant pour le compte de Stonehouse, a demandé un prêt hypothécaire à la société à laquelle l'appelante a succédé et, conformément à la pratique suivie dans de tels cas, la société de fiducie a retenu les services d'avocats, en l'occurrence les intimés, pour s'occuper des aspects juridiques de l'hypothèque. À la signature de la vente, une hypothèque de premier rang sur le bien-fonds de Stonehouse et un nantissement sur le matériel ont été consentis, et le vendeur a reçu en paiement des fonds qui comprenaient la somme empruntée sur hypothèque. L'intimé Cordon a certifié que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant le bien-fonds.

Par suite du manquement aux obligations de l'hypothèque, l'appelante a introduit contre Stonehouse une action en forclusion. Stonehouse et une créancière ayant des jugements inscrits sont toutes deux intervenues pour s'opposer à l'action. Elles ont invoqué comme moyen de défense la nullité de l'hypothèque du fait qu'elle enfreignait le par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Ecosse. Suivant cette disposition, une société ne pouvait légalement donner, directement ou indirectement, soit au moyen d'un prêt, d'une garantie, d'un nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit.

L'appelante a intenté contre les intimés son action pour rupture de contrat et pour négligence après que la Cour eut déclaré l'hypothèque nulle en totalité pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5). En première instance, l'action a été rejetée et on a conclu que les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence. La Cour d'appel a jugé que les intimés avaient fait preuve de négligence, mais a rejeté l'appel pour le motif que l'action était prescrite.

La question principale soulevée par ce pourvoi est de savoir si un avocat a envers le client qui a retenu ses services une responsabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour le préjudice résultant de l'omission de satisfaire à la norme requise de diligence dans la prestation desdits services. La question qui en découle, est de savoir si, dans l'hypothèse d'une telle omission, l'action intentée par l'appelante contre les intimés est frappée de prescription.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Si les avocats intimés ont fait preuve de négligence dans la prestation de leurs services professionnels, leur responsabilité envers l'appelante est non seulement contractuelle mais aussi délictuelle, sous réserve des autres moyens de défense qu'ils ont soulevés.

The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Burne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, nothing in the statements of general principle in those cases suggests that the principle was to be confined to relationships that arise apart from contract. The question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is a general one for reasons of public policy. A common law duty of care may be created by a relationship of proximity that would not have arisen but for a contract.

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. The distinction, in so far as the terms of the contract are concerned, is, broadly speaking, between what is to be done and how it is to be done. A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract. Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort. The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that

L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts ne laisse entendre que l'application du principe devrait se limiter à des liens qui prennent naissance indépendamment d'un contrat. La question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général. Une obligation de diligence en *common law* peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat.

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. La distinction, en ce qui concerne les termes du contrat, est, d'une manière générale, entre ce qu'il faut faire et la façon de le faire. On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat. Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, elle ne dépend pas des termes de celui-ci et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative. Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation ou un devoir précis imposés expressément par un contrat.

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'échapper une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constituerait le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et

appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

These principles apply to the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained. There is no sound reason of principle or policy why the solicitor should be in a different position in respect of concurrent liability from that of other professionals.

The basis of the solicitor's liability in tort for negligence and the client's right in such case to recover for purely financial loss is the principle affirmed in *Hedley Byrne* and treated in *Anns* as an application of a general principle of tortious liability for negligence based on the breach of a duty of care arising from a relationship of sufficient proximity. That principle is not confined to professional advice but applies to any act or omission in the performance of the services for which a solicitor has been retained.

The respondent solicitors were negligent in failing to ascertain the existence of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, to perceive that it raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly. Their negligence was causative of the damage suffered by the trust company.

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken. The requirement of professional competence that was particularly involved in this case was reasonable knowledge of the applicable or relevant law. A solicitor is not required to know all the law applicable to the performance of a particular legal service but he must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points.

While the solicitor's duty of care has generally been stated in the context of contractual liability as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the

une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

^a Ces principes s'appliquent à la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Il n'y a aucune raison valable de principe ou de politique générale pour que la situation de l'avocat à l'égard de la responsabilité concurrente soit différente de celle d'autres personnes qui exercent des professions libérales.

^b Le fondement de la responsabilité délictuelle de l'avocat pour négligence et du droit de son client en pareil cas de se faire indemniser pour des pertes purement financières est le principe posé dans l'arrêt *Hedley Byrne* et considéré, dans l'arrêt *Anns*, comme l'application d'un principe général de responsabilité délictuelle pour négligence fondée sur le manquement à une obligation de diligence découlant de rapports suffisamment étroits entre les intéressés. Ce principe ne se limite pas aux conseils professionnels, mais s'applique à tout acte ou à toute omission d'un avocat dans la prestation de ses services.

^c Les avocats intimés ont fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en ne s'apercevant pas que cette disposition posait un problème en ce qui concerne la validité de l'hypothèque projetée et en ne conseillant pas Nova Scotia Trust Company en conséquence. C'est leur négligence qui est à l'origine du préjudice subi par la société de fiducie.

^d Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels. L'exigence de compétence professionnelle dont il est particulièrement question en l'espèce est la connaissance raisonnable des règles de droit applicables ou pertinentes. Un avocat n'est pas tenu de connaître toutes les règles de droit applicables à la prestation d'un service juridique donné, mais il doit posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent.

^e Bien que l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite dans le contexte de la responsabilité contractuelle comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créés par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles

nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and in tort are the same.

Respondent solicitors acted negligently. The fact that the capacity of a corporation to borrow and give security may be limited or subjected to certain conditions by the provisions of the applicable *Companies Act* is such basic knowledge that a reasonably competent solicitor must be held to possess it, whether he is a general practitioner or a specialist. It is knowledge which a solicitor who undertakes to do the legal work to obtain a mortgage or other security from a corporation must possess, and with it there is a duty to exercise reasonable care and skill to ascertain by an examination of the relevant legislation what limits or conditions it imposes upon the capacity of a corporation to give security. A reasonably competent solicitor, knowing that the mortgage was being given by Stonehouse to obtain a loan to assist in the purchase of its shares, would have recognized that s. 96(5) of the *Companies Act* raised a serious question concerning the legality or validity of the proposed mortgage. In the existing state of the law in 1968 the reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would have perceived that there was a serious possibility that the mortgage might be held to be void as being contrary to s. 96(5) and would have advised his client accordingly.

The defence of contributory negligence must fail. The executive officers of the Nova Scotia Trust Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services. They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case.

A solicitor cannot raise the defence of illegality if it is only because of his negligence that the exercise of the professional services for which he was retained results in the carrying out of an illegal transaction. There was no merit in the contention that because the mortgage was illegal appellant's retainer of the respondents was also illegal and thus unenforceable as a basis of the appellant's action for breach of contract and negligence.

Appellant's action for negligence was not statute-barred. A cause of action arises for purposes of a

expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle.

- a Les avocats intimés ont agi d'une manière négligente. Le fait que les dispositions de la loi applicable, savoir la *Companies Act*, peuvent restreindre ou soumettre à certaines conditions la capacité d'une société d'emprunter et de fournir une sûreté est un élément de connaissance à ce point fondamental qu'un avocat raisonnablement compétent doit être réputé le posséder, qu'il soit généraliste ou spécialiste. Il s'agit d'un élément de connaissance que doit avoir un avocat qui s'engage à faire le travail juridique nécessaire pour obtenir d'une société une hypothèque ou autre sûreté, et cette connaissance emporte l'obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables pour déterminer par un examen de la législation pertinente à quelles restrictions ou conditions celle-ci assujettit la capacité d'une société de fournir une sûreté. Un avocat raisonnablement compétent, sachant que Stonehouse consentait l'hypothèque pour obtenir un emprunt qui aiderait dans l'achat de ses actions, aurait reconnu que le par. 96(5) de la *Companies Act* posait un sérieux problème concernant la légalité ou la validité de l'hypothèque projetée. Suivant l'état du droit en 1968, un avocat raisonnablement compétent en Nouvelle-Écosse, cette année-là, se serait aperçu qu'il y avait une possibilité réelle que l'hypothèque soit jugée nulle pour le motif qu'elle contrevainait au par. 96(5) et aurait conseillé son client en conséquence.

- f Le moyen de défense fondé sur la faute de la victime doit être rejeté. Les administrateurs de Nova Scotia Trust Company et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas à l'égard des aspects juridiques d'une opération d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique.

- i Un avocat ne saurait invoquer l'illégalité comme moyen de défense si c'est uniquement à cause de sa négligence que la prestation de ses services professionnels au client qui les a retenus aboutit à l'exécution d'une opération illégale. Est donc mal fondé l'argument selon lequel, en raison de l'illégalité de l'hypothèque, le contrat par lequel l'appelante a retenu les services des intimés était également illégal et ne pouvait donc servir de fondement à l'action de l'appelante pour rupture de contrat et négligence.

- j L'action de l'appelante pour négligence n'était pas prescrite. Une cause d'action prend naissance, aux fins

limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. That rule should be followed and applied here. There is no principled reason for distinguishing in this regard between an action for injury to property and an action for the recovery of purely financial loss caused by professional negligence. Since the respondents gave the Nova Scotia Trust Company a certificate on January 17, 1969 that the mortgage was a first charge on the Stonehouse property, the earliest that appellant discovered or should have discovered respondents' negligence by the exercise of reasonable diligence was in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure. Accordingly, appellant's cause of action in tort did not arise before that date and its action against the respondents is not statute-barred.

de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. Cette règle doit être suivie et appliquée en l'espèce. Il n'y a aucune raison de principe de faire la distinction à cet égard entre une action pour dommages causés à un bien et une action en indemnisation pour le préjudice purement financier résultant de la négligence professionnelle. Puisque les intimés ont remis à Nova Scotia Trust Company le 17 janvier 1969 un certificat portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant la propriété de Stonehouse, ce n'est qu'en avril ou mai 1977, au moment où la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion, que l'appelante a découvert la négligence des intimés ou aurait dû la découvrir si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. En conséquence, la cause d'action délictuelle de l'appelante n'a pas pris naissance avant cette date et son action contre les intimés n'est pas prescrite.

Cases Cited

Considered: *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Smith (G.I.) v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Halvorsen v. McLellan & Co.*, [1973] S.C.R. 65; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; *Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, affirming (1842), 3 Q.B. 511; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, affirming [1956] 2 Q.B. 180; *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57; *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, reversing [1984] 1 Lloyd's L.R. 555; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49; *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Smith (G.I.) c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Halvorsen c. McLellan & Co.*, [1973] R.C.S. 65; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; *Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, confirmant (1842), 3 Q.B. 511; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, confirmant [1956] 2 Q.B. 180; *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57; *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, infirmant [1984] 1 Lloyd's L.R. 555; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49; *Jacobson Ford-Mercury Sales*

- (3d) 480; *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289; *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578; *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] S.C.R. 312; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1; referred to: *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 29, affirming (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, reversing (1977), 81 D.L.R. (3d) 495; *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259; *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157; *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446; *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837; *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856; *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753; *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman v. The Queen in right of Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 244; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381; *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588; *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178; *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (1906); *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632; *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 S.C.R. 290; *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858.
- Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R. (3d) 480; *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289; *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] R.C.S. 312; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1; arrêts mentionnés: *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 29, confirmant (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, infirmant (1977), 81 D.L.R. (3d) 495; *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259; *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157; *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446; *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837; *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856; *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753; *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman v. The Queen in right of Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 244; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381; *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588; *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178; *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (1906); *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632; *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 R.C.S. 290; *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858.

Statutes and Regulations Cited

- Bills of Lading Act*, 1855, 18 & 19 Vict., c. 111, s. 1.
Civil Code, art. 1053.
Companies Act, R.S.N.B. 1952, c. 33, s. 37(1).
Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1970, c. 65.
Contributory Negligence Act, R.S.B.C. 1960, c. 74.
County Courts Act, 1888, 51 & 52 Vict., c. 43, s. 66.
Limitation Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, c. 21, s. 26.
Limitation Act 1963, (U.K.), c. 47.
Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, s. 16.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 738(2).
Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2(1)(e).
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1948, c. 191, s. 38.
Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).
Tortfeasors Act, R.S.N.S. 1967, c. 307.

Authors Cited

- American Jurisprudence*, vol. 38, "Negligence" § 20.
American Jurisprudence, vol. 7, 2nd ed., "Attorneys at Law" § 200.
Charlesworth, John and R. A. Percy. *Charlesworth and Percy on Negligence*, 7th ed. Commonwealth Law Library no. 6. London: Sweet and Maxwell, 1983.
Dugdale, A. M. and K. M. Stanton. *Professional Negligence*. London: Butterworths, 1982.
Dwyer, John L. "Solicitor's Negligence — Tort or Contract?" (1982), 56 *A.L.J.* 524.
Fifoot, Cecil H. Stewart. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens, 1949.
French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L.R.* 236.
Jackson, Rupert M. and John L. Powell. *Professional Negligence*. London: Sweet and Maxwell, 1982.
Mahoney, R. M. "Lawyers — Negligence — Standard of Care" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 221.
Prosser, William Lloyd. "The Borderland of Tort and Contract." In *Selected Topics on the Law of Torts*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953.
Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971.
Prosser, William Lloyd, John W. Wade and Victor E. Schwartz. *Cases and Materials on Torts*, 6th ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976.
Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield on Tort*, 7th ed. By J. A. Jalowicz and T. Ellis Lewis. London: Sweet and Maxwell, 1963.

Lois et règlements cités

- Bills of Lading Act*, 1855, 18 & 19 Vict., chap. 111, art. 1.
a *Code civil*, art. 1053.
Companies Act, R.S.N.B. 1952, chap. 33, art. 37(1).
Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1970, chap. 65.
Contributory Negligence Act, R.S.B.C. 1960, chap. 74.
County Courts Act, 1888, 51 & 52 Vict., chap. 43, art. b 66.
Limitation Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, chap. 21, art. 26.
Limitation Act 1963, (R.-U.), chap. 47.
Limitations Act, S.B.C. 1975, chap. 37, art. 16.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 738(2).
c *Negligence Act*, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2(1)(e).
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1948, chap. 191, art. 38.
Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)(c).
d *Tortfeasors Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 307.

Doctrine citée

- American Jurisprudence*, vol. 38, «Negligence» § 20.
e *American Jurisprudence*, vol. 7, 2nd ed., «Attorneys at Law» § 200.
Charlesworth, John and R. A. Percy. *Charlesworth and Percy on Negligence*, 7th ed. Commonwealth Law Library no. 6. London: Sweet and Maxwell, 1983.
f Dugdale, A. M. and K. M. Stanton. *Professional Negligence*. London: Butterworths, 1982.
Dwyer, John L. «Solicitor's Negligence — Tort or Contract?» (1982), 56 *A.L.J.* 524.
Fifoot, Cecil H. Stewart. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens, g 1949.
French, Christine. «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L.R.* 236.
Jackson, Rupert M. and John L. Powell. *Professional Negligence*. London: Sweet and Maxwell, 1982.
h Mahoney, R. M. «Lawyers — Negligence — Standard of Care» (1985), 63 *R. du B. can.* 221.
Prosser, William Lloyd. «The Borderland of Tort and Contract.» In *Selected Topics on the Law of Torts*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953.
i Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971.
Prosser, William Lloyd, John W. Wade and Victor E. Schwartz. *Cases and Materials on Torts*, 6th ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976.
j Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield on Tort*, 7th ed. By J. A. Jalowicz and T. Ellis Lewis. London: Sweet and Maxwell, 1963.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1983), 57 N.S.R. (2d) 125, 120 A.P.R. 125, 147 D.L.R. (3d) 260, 28 R.P.R. 185, dismissing an appeal from a judgment of Hallett J. (1982), 53 N.S.R. (2d) 69, 109 A.P.R. 69, 139 D.L.R. 385, dismissing appellant's action. Appeal allowed.

R. A. Cluney, Q.C., and *R. G. Belliveau*, for the appellant.

Arthur R. Moreira, Q.C., *Alexander S. Beveridge* and *Colin D. Bryson*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The principal question in this appeal is whether a solicitor is liable to a client in tort as well as in contract for the damage caused by a failure to meet the requisite standard of care in the performance of the services for which the solicitor has been retained. The consequential issue in the appeal is whether, if there was a failure to meet the requisite standard of care, the appellant's action against the respondents is statute-barred.

The appeal is by leave of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, from the judgment of the Appeal Division on March 30, 1983 dismissing the appeal from the judgment of Hallett J. in the Trial Division on August 9, 1982, which dismissed the appellant's action in damages against the respondent solicitors for breach of contract and negligence in failing to advise their client that a mortgage might, if challenged, be held to be void, as it was later held by this Court, because of a statutory provision making it unlawful for a company to give financial assistance in connection with a purchase of its shares.

I

The relationship of solicitor and client arose in the following manner. The respondent solicitors were acting for persons who had agreed to purchase all the shares in the capital stock of Stonehouse Motel and Restaurant Limited (hereinafter

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1983), 57 N.S.R. (2d) 125, 120 A.P.R. 125, 147 D.L.R. (3d) 260, 28 R.P.R. 185, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Hallett (1982), 53 N.S.R. (2d) 69, 109 A.P.R. 69, 139 D.L.R. 385, qui avait rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

R. A. Cluney, c.r., et *R. G. Belliveau*, pour l'appelante.

Arthur R. Moreira, c.r., *Alexander S. Beveridge* et *Colin D. Bryson*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question principale soulevée dans ce pourvoi est de savoir si un avocat a, envers le client qui a retenu ses services, une responsabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour le préjudice résultant de l'omission de satisfaire à la norme requise de diligence dans la prestation desdits services. La question qui en découle est de savoir si, dans l'hypothèse d'une telle omission, l'action intentée par l'appelante contre les intimés est frappée de prescription.

Le présent pourvoi, autorisé par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a été formé contre larrêt rendu le 30 mars 1983 par la Division d'appel qui a rejeté l'appel interjeté contre le jugement du 9 août 1982 dans lequel le juge Hallett de la Division de première instance avait débouté l'appelante de l'action en dommages-intérêts qu'elle avait intentée contre les avocats intimés pour rupture de contrat et pour avoir fait preuve de négligence en n'informant pas leur cliente qu'une hypothèque pourrait, en cas de contestation, être déclarée nulle, comme l'a fait subséquemment cette Cour en raison d'une disposition législative interdisant à une société d'accorder une aide financière reliée à l'achat de ses propres actions.

i

I

La relation avocat-client a pris naissance de la manière exposée ci-après. Les avocats intimés agissaient pour le compte de personnes qui avaient convenu d'acheter pour le prix de 315 000 \$ tout le capital-actions de Stonehouse Motel and Restau-

referred to as "Stonehouse") for \$315,000. It was a condition of the agreement of purchase and sale that the purchasers would obtain a mortgage on the property of Stonehouse for not less than \$225,000, the proceeds of which would be paid to the vendor in part satisfaction of the purchase price of the shares. An application for the mortgage loan was made by one of the purchasers on behalf of Stonehouse to the Nova Scotia Trust Company, and in accordance with the practice in such cases the respondents were retained by the trust company to perform the necessary legal services in connection with the mortgage transaction. A letter dated December 12, 1968 from the trust company to the respondent Rafuse, which confirmed the approval of the mortgage loan to Stonehouse, said: "We would therefore ask you to kindly search the title to the property in question ensuring it is good and valid for our purposes and provide us with your Certificate." The mortgage loan was approved and the instructions given to the respondent solicitors on behalf of the trust company by persons who had had legal training.

At the closing of the sale on December 31, 1968 the purchasers of the shares, acting as the new officers of Stonehouse, executed a first mortgage on the real property and a chattel mortgage on the equipment of the company as security for a loan of \$225,000 from the trust company. The respondent Cordon, acting for both the purchasers and the trust company, gave the solicitors for the vendor a cheque in the amount of \$300,000, the funds for which included the proceeds of \$225,000 from the mortgage loan, in payment for the shares. On January 17, 1969 the respondent Cordon, reporting on behalf of his firm to the trust company concerning the mortgage transaction, said: "We hereby certify that the title to the above property is free and clear of all encumbrances and that the mortgage from Stone-House Motel and Restaurant Limited forms a first charge on the property, and that all taxes have been paid to December 31, 1969."

rant Limited (ci-après appelée «Stonehouse»). L'une des conditions de la promesse de vente portait que les acheteurs devraient obtenir un prêt hypothécaire d'au moins 225 000 \$, garanti par la propriété de Stonehouse, qui serait versé au vendeur en paiement partiel du prix d'achat des actions. L'un des acheteurs, agissant pour le compte de Stonehouse, a présenté à Nova Scotia Trust Company une demande de prêt hypothécaire et, conformément à la pratique suivie dans de tels cas, la société de fiducie a retenu les services d'avocats, en l'occurrence les intimés, pour s'occuper des aspects juridiques de l'hypothèque. Dans une lettre en date du 12 décembre 1968 adressée par la société de fiducie à l'intimé Rafuse, qui confirmait l'approbation du prêt hypothécaire à Stonehouse, on disait ce qui suit: [TRADUCTION] «Par conséquent, auriez-vous l'obligeance de faire une recherche de titres relativement au bien-fonds en question afin de s'assurer qu'il s'agit d'un titre valable à nos fins, et de nous fournir un certificat attestant ce fait.» Le prêt hypothécaire a été approuvé et les instructions données aux avocats intimés au nom de la société de fiducie émanaient de personnes possédant une formation juridique.

À la signature de la vente le 31 décembre 1968, les acheteurs des actions, en leur qualité de nouveaux dirigeants de Stonehouse, ont alors consenti une hypothèque de premier rang sur le bien-fonds et un nantissement sur le matériel de la société en garantie d'un prêt de 225 000 \$ accordé par la société de fiducie. L'intimé Cordon, représentant à la fois les acheteurs et la société de fiducie, a remis aux avocats du vendeur un chèque de 300 000 \$, dont 225 000 \$ provenaient du prêt hypothécaire, en paiement des actions. Le 17 janvier 1969, l'intimé Cordon, faisant rapport pour le compte de son cabinet à la société de fiducie concernant l'opération hypothécaire a dit: [TRADUCTION] «Nous certifions par les présentes que le titre du bien-fonds susmentionné est libre de toute charge, que l'hypothèque consentie par Stone-House Motel and Restaurant Limited constitue une charge de premier rang grevant le bien-fonds et que tous les impôts ont été acquittés jusqu'au 31 décembre 1969.»

The appellant, Central Trust Company, is the successor of the Nova Scotia Trust Company. On April 21, 1977 it instituted an action against Stonehouse for foreclosure of the mortgage. Irving Oil Limited, a creditor of Stonehouse with registered judgments, intervened to oppose the action. Both Stonehouse and Irving raised the defence that the mortgage was void as being contrary to s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42, which provided:

96. . .

(5) Subject to this Section, it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company.

By judgment on November 25, 1977 in *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.* (1977), 81 D.L.R. (3d) 495, the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division (Hart J.), held that the mortgage was not void by reason of s. 96(5) and granted an order for foreclosure. On appeal from this judgment the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (Coffin, Macdonald and Pace J.J.A.), held on July 10, 1978 in *Irving Oil Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, that the mortgage was void by reason of s. 96(5) except for the amount by which the obligations of Stonehouse were to be reduced by application of the proceeds of the mortgage loan. On appeal from that judgment this Court held on April 22, 1980 in *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 29, that the mortgage was void as a whole as being contrary to s. 96(5).

On October 28, 1980, following the judgment of this Court declaring the mortgage to be void, the appellant instituted its action against the respondents for breach of contract and negligence. It alleged negligence in failing to appreciate and advise the Nova Scotia Trust Company that the mortgage might be held to be void as being con-

L'appelante, Central Trust Company, est le successeur de Nova Scotia Trust Company. Le 21 avril 1977, elle a intenté contre Stonehouse une action en forclusion hypothécaire. Irving Oil Limited, une créancière de Stonehouse ayant des jugements inscrits contre elle, est intervenue pour s'opposer à l'action. Stonehouse et Irving ont toutes les deux invoqué comme moyen de défense la nullité de l'hypothèque pour le motif qu'elle enfreignait le par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 42, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **96. . .**

(5) Sous réserve du présent article, une compagnie ne peut légalement donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit.

Dans une décision rendue le 25 novembre 1977, intitulée *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.* (1977), 81 D.L.R. (3d) 495, la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le juge Hart) a conclu que le par. 96(5) n'entraînait pas la nullité de l'hypothèque et a accordé une ordonnance de forclusion. Ce jugement a été porté en appel devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (les juges Coffin, Macdonald et Pace) qui, le 10 juillet 1978, dans l'arrêt *Irving Oil Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, a conclu à la nullité de l'hypothèque en raison du par. 96(5), sauf en ce qui avait trait au montant par lequel les obligations de Stonehouse devaient être réduites par l'utilisation du montant du prêt hypothécaire. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt et, le 22 avril 1980, dans l'arrêt *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 29, cette Cour a déclaré l'hypothèque nulle en totalité pour le motif qu'elle allait à l'encontre du par. 96(5).

Le 28 octobre 1980, à la suite de l'arrêt de cette Cour déclarant nulle l'hypothèque, l'appelante a intenté contre les intimés son action pour rupture de contrat et pour négligence. La négligence aurait consisté à ne pas se rendre compte que l'hypothèque risquait d'être déclarée nulle pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5) de la *Companies*

trary to s. 96(5) of the *Companies Act* because it was given by Stonehouse to provide financial assistance in connection with the purchase of shares in the company.

In their defence the respondents contended: (a) that their liability, if any, was in contract only and not in tort; (b) that they had not been negligent, particularly in view of the conflicting judicial opinion on the question of the validity of the mortgage; (c) that there was contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible because of the approval of the mortgage loan and the instructions to the respondents by persons of legal training; (d) that the contract between the Nova Scotia Trust Company and the respondents, having as its object an illegal transaction, was itself illegal and could not therefore be the basis of an action in damages; and (e) the appellant's action was barred by *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168.

Hallett J. in the Trial Division (1982), 139 D.L.R. (3d) 385, dismissed the appellant's action on the ground that the respondents had not been negligent. He did not deal with the other issues.

The Appeal Division (Cooper, Pace and Jones JJ.A.) (1983), 147 D.L.R. (3d) 260, held that the respondents had been negligent but dismissed the appeal on the ground that the action was barred by *The Statute of Limitations*. The Court of Appeal was of this view whether or not the appellant's action could be based on tort as well as contract, a question on which it did not express an opinion.

It was conceded by the appellant in this Court that if the respondent solicitors were liable in contract only the appellant's action was statute-barred. The issues in the appeal, in the order in which I propose to deal with them to the extent necessary for the disposition of the appeal, may be summarized as follows:

1. Can a solicitor be liable to a client in tort as well as in contract for negligence in the

Act du fait qu'elle avait été consentie par Stonehouse pour fournir une aide financière reliée à l'achat de ses actions, et à ne pas avoir informé l'appelante de ce danger.

^a Pour leur défense les intimés ont fait valoir: a) que leur responsabilité, s'il y a lieu, ne pouvait qu'être contractuelle et non délictuelle, b) qu'ils n'avaient pas fait preuve de négligence, compte tenu particulièrement des opinions contradictoires exprimées par les tribunaux sur la question de la validité de l'hypothèque, c) qu'il y a eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company, ou des personnes dont elle répondait, en raison de l'approbation du prêt hypothécaire et des instructions données aux intimés par des personnes possédant une formation juridique, d) que le contrat entre Nova Scotia Trust Company et les intimés, du fait qu'il portait sur une opération illégale, était lui-même illégal et ne pouvait en conséquence justifier une action en dommages-intérêts, et e) l'action de l'appelante était prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, chap. 168.

^e En Division de première instance (1982), 139 D.L.R. (3d) 385, le juge Hallett a rejeté l'action de l'appelante pour le motif que les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence. Il n'a pas abordé les autres points soulevés.

^g La Division d'appel (les juges Cooper, Pace et Jones) (1983), 147 D.L.R. (3d) 260, a conclu que les intimés avaient fait preuve de négligence, mais a rejeté l'appel pour le motif que l'action était prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*. La Cour d'appel était de cet avis peu importe que l'action de l'appelante puisse ou non être fondée aussi bien sur la responsabilité délictuelle que sur la responsabilité contractuelle, question sur laquelle elle ne s'est pas prononcée.

ⁱ L'appelante a reconnu en cette Cour que, si la responsabilité des avocats intimés était purement contractuelle, son action serait prescrite. Voici en résumé les questions soulevées en l'espèce dans l'ordre dans lequel je me propose de les examiner dans la mesure où cela peut être nécessaire pour trancher le pourvoi:

1. Un avocat peut-il avoir, envers le client qui a retenu ses services professionnels, une respon-

performance of the professional services for which the solicitor has been retained?

2. Were the respondent solicitors negligent in carrying out the mortgage transaction for the Nova Scotia Trust Company?
3. Was there contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible?
4. Is the appellant prevented from bringing its action because of the illegality of the mortgage?
5. Is the appellant's action barred by *The Statute of Limitations*?

The parties are agreed on the quantum of damages if the respondents are liable. The terms of their agreement were noted by Hallett J. in his judgment as follows: "The defendants have agreed as to the quantum of the plaintiff's claim which consists of \$424,434.04 outstanding on the mortgage for principal, interest and taxes, plus interest accruing daily after April 14, 1982, at the rate of \$156.93 and legal fees of \$56,759.46 incurred by the plaintiff in attempting to enforce the mortgage." This agreement as to quantum was reaffirmed by the parties in their factums in this Court.

II

The question whether there can be concurrent liability in contract and in tort for negligence in the performance of professional services has been the subject of conflicting judicial opinion and a great deal of academic commentary which has been overwhelmingly in favour of the recognition of concurrent liability in such a case. Important legal consequences have turned on the differences in the rules applicable to contractual and tortious liability. The three most important areas in which these differences have been reflected in the decisions on the question of concurrent liability are limitation of actions, measure of damages and apportionment of liability. Although there has been an increasing judicial disposition to apply similar rules, or at least to reach similar results, with respect to these issues under the two kinds of

sabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation desdits services?

2. Les avocats intimés ont-ils fait preuve de négligence en réalisant l'opération hypothécaire pour Nova Scotia Trust Company?
3. Y a-t-il eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company ou des personnes dont elle répondait?
4. L'action de l'appelante est-elle irrecevable en raison de l'ilégalité de l'hypothèque?
5. L'action de l'appelante est-elle prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*?

Les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts à verser si jamais il y a responsabilité de la part des intimés. Le juge Hallett note ainsi les termes de leur accord dans ses motifs de jugement: [TRADUCTION] «Les défendeurs ont approuvé le montant réclamé par la demanderesse, lequel comprend 424 434,04 \$ au titre de l'hypothèque (capital, intérêts et impôts) plus les intérêts courus après le 14 avril 1982 au taux de 156,93 \$ par jour ainsi que des frais de justice de l'ordre de 56 759,46 \$ engagés par la demanderesse pour tenter d'obtenir l'exécution de l'hypothèque.» Cet accord quant au montant a été confirmé par les parties dans leurs mémoires en cette Cour.

II

La question de savoir si la négligence dans la prestation de services professionnels peut entraîner une responsabilité à la fois contractuelle et délictuelle a fait l'objet d'opinions contradictoires de la part des tribunaux et a été longuement discutée par les auteurs de doctrine dont une majorité écrasante s'est dite en faveur de la reconnaissance de l'existence d'une responsabilité concurrente dans un tel cas. D'importantes conséquences juridiques découlent des divergences quant aux règles applicables à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité délictuelle. Les trois domaines les plus importants dans lesquels ces divergences se sont manifestées dans la jurisprudence portant sur la question de la responsabilité concurrente sont ceux de la prescription des actions, du calcul des dommages-intérêts et du partage de la responsabi-

liability, there are likely to remain differences of result in certain cases flowing from inherent differences between contract and tort. Although an assimilation of the rules or results under the two kinds of liability has been advocated as one response to the issue of concurrent liability, the question is unlikely to be rendered wholly academic by this clearly discernible development in the law. It has been the important difference of result, particularly in the three areas referred to, that has given the question of concurrent liability its policy focus and interest in the abundant judicial and academic opinion on the subject.

lité. Bien que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à appliquer des règles semblables ou, tout au moins, à arriver à des résultats semblables relativement à ces questions, peu importe lequel des deux types de responsabilité est en cause, il subsistera probablement dans certains cas des différences de résultat découlant des différences inhérentes entre les domaines contractuel et délictuel. Même si on a préconisé comme solution possible au problème de la responsabilité concurrente l'assimilation des règles applicables aux deux types de responsabilités, ou de leurs résultats, il est peu probable que cette orientation très perceptible du droit dans ce domaine puisse rendre la question purement théorique. C'est cette différence importante sur le plan des résultats, particulièrement dans les trois domaines susmentionnés, qui a conféré à la question de la responsabilité concurrente son importance ou intérêt de principe dans les nombreuses opinions exprimées à ce propos par les juges et les auteurs de doctrine.

At least three major considerations are reflected in that body of opinion. The first is the view of those who oppose concurrent liability that where persons have entered into a contractual relationship their liability for an act or omission which constitutes a breach of contract should be governed entirely by the law of contract. The relationship, which would not have existed but for the contract, should not be held to give rise to a common law duty of care. It would be unfair to add a tortious liability to the contractual liability which the parties may be presumed to have contemplated. This view appears to rest on an implied contractual intent as much as on the scope of tortious liability. The second consideration that one finds reflected in the opinion on the question of concurrent liability is the view of those who favour concurrent liability that a common law duty of care is created by certain kinds of relationship, whether or not the relationship has its origin in contract. On this view, there is nothing in the leading cases affirming the conditions under which a common law duty of care arises to suggest that it is confined to non-contractual relationships. This view recognizes that tortious liability may be limited or excluded by the express or implied terms of a contract but denies that there is any basis for

Au moins trois considérations majeures se dégagent de cet ensemble d'opinions. Il y a d'abord le point de vue des opposants à la responsabilité concurrente, selon lequel lorsqu'il existe des liens contractuels entre des personnes, leur responsabilité pour un acte ou pour une omission qui constitue une rupture de contrat doit être régie entièrement par le droit des contrats. Les liens qui n'auraient jamais existé sans le contrat ne doivent pas être considérés comme créant une obligation de diligence en *common law*. Il serait injuste d'ajouter une responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle qui, on peut le supposer, a été envisagée par les parties. Ce point de vue semble reposer autant sur l'existence d'une intention contractuelle implicite que sur la portée de la responsabilité délictuelle. La deuxième considération qui ressort des opinions sur la question de la responsabilité concurrente est le point de vue des tenants de cette responsabilité, selon lequel certains types de liens, peu importe qu'ils tirent ou non leur origine d'un contrat, font naître une obligation de diligence en *common law*. Suivant ce point de vue, aucun arrêt de principe énonçant les circonstances dans lesquelles la *common law* impose une obligation de diligence ne laisse entendre que cette obligation se limite à des liens non contractuels. Tout

reading an implied term into every contract that liability is to be governed entirely by the law of contract. This view is really an assertion of the scope of tortious liability in contrast to an assertion of the scope of contractual intention by the opposing view. The third major consideration reflected in the opinion on the issue of concurrent liability is the view, also of those who favour concurrent liability, that to deny that a retained solicitor may be liable to a client in tort as well as in contract for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained is to place the solicitor's liability to a client in an anomalous position with resulting injustice. The question of justice, which is urged by the proponents of both views on the issue of concurrent liability, is not free from ambiguity or ambivalence. What may appear just to one party may appear unjust to the other. Take, for example, the limitation of actions, which is a measure for the protection of defendants. There are obviously considerations of justice applicable to both parties. So also with the measure of damages. Perhaps contributory negligence and apportionment of liability is the area in which the question of justice is clearest and least ambiguous: that a person who is only partially liable should not be held to be wholly liable.

en reconnaissant que la responsabilité délictuelle peut être limitée ou exclue expressément ou implicitement par un contrat, ce point de vue porte que rien ne justifie que chaque contrat soit interprété comme comportant une condition implicite selon laquelle la responsabilité doit être régie exclusivement par le droit des contrats. Ce point de vue constitue vraiment une déclaration de la portée de la responsabilité délictuelle, par rapport au point de vue opposé qui constitue une déclaration de la portée de l'intention des contractants. La troisième considération majeure qui ressort des opinions sur la question de la responsabilité concurrente est le point de vue, également partagé par les tenants de la responsabilité concurrente, selon lequel en ne reconnaissant pas qu'un avocat puisse avoir envers le client qui a retenu ses services professionnels une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation desdits services, on crée une situation anormale en ce qui concerne la responsabilité de l'avocat envers son client et il en résulte une injustice. La question de la justice, sur laquelle insistent aussi bien ceux qui préconisent la responsabilité concurrente que ceux qui s'y opposent, n'est pas sans présenter une certaine ambiguïté ou ambivalence. Ce qui peut paraître juste aux yeux d'une partie peut être considéré comme injuste par l'autre. Prenons, par exemple, la prescription des actions qui est une mesure visant à protéger les parties défenderesses. Évidemment, il y a des considérations de justice applicables aux deux parties. Il en va de même pour ce qui est du calcul des dommages-intérêts. C'est peut-être dans le domaine de la faute de la victime et du partage de la responsabilité que la question de la justice est la plus claire et la moins ambiguë; une personne qui n'est responsable qu'en partie ne doit pas être jugée entièrement responsable.

These, it would seem, are the major policy considerations underlying the issue of concurrent liability. Consideration of the authorities on this issue must begin in this Court with the judgment of Pigeon J. on behalf of the majority in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, and his dissenting opinion in *Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357.

Voilà, semble-t-il, les considérations de principe majeures qui sous-tendent la question de la responsabilité concurrente. L'examen de la jurisprudence relative à cette question doit commencer en cette Cour par les motifs qu'a rédigés le juge Pigeon au nom de la majorité dans l'affaire *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, et ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357.

In *Nunes Diamonds* the issue of concurrent liability was whether the respondent, Dominion Electric Protection Company ("D.E.P."), which had undertaken to provide a burglar alarm service for the appellant diamond merchants ("Nunes"), was liable in tort to Nunes for negligent misrepresentations concerning the functioning of the alarm system despite the existence of a contract containing a limitation of liability. The contract provided that D.E.P. was not an insurer, that the rates charged were based on the probable value of the burglar alarm service, and that in the event of loss resulting from a failure to perform the service the liability of D.E.P. would be limited to \$50 as liquidated damages. It also provided that no conditions, warranties or representations had been made by D.E.P., its officers, servants or agents other than those set out in writing in the contract. The alleged misrepresentations that the alarm system had not been and could not be circumvented were made several months after the contract was entered into, following a burglary at the premises of another diamond merchant, who was also using the D.E.P. alarm system. Some time later a burglary occurred at the premises of Nunes, and a large quantity of diamonds was stolen. The alarm system failed to sound because it had been circumvented. Nunes sued D.E.P. for breach of contract and negligence. The trial court, the Ontario Court of Appeal and this Court were all of the opinion that there had not been a breach of contract. The issue was whether there had been negligent misrepresentation concerning the functioning of the alarm system for which D.E.P. was liable in tort on the basis of the principle affirmed in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. The trial court and the Court of Appeal were of the opinion that there had not been misrepresentation for which D.E.P. was liable. The majority of this Court appear also to have been of this view but, assuming that there had been a misrepresentation, they held that there could not be liability in tort for it because of the existence of

Dans l'affaire *Nunes Diamonds*, la question relative à la responsabilité concurrencelle était de savoir si l'intimée, Dominion Electric Protection Company («D.E.P.»), qui s'était engagée à fournir au diamantaire appelant («Nunes») un service d'alarme contre le cambriolage, avait une responsabilité délictuelle envers Nunes en raison de déclarations inexactes faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme, et ce, malgré l'existence d'un contrat contenant une clause limitant la responsabilité. Le contrat portait que D.E.P. n'était pas un assureur, que les taux exigés étaient fondés sur la valeur probable du service d'alarme contre le cambriolage, et qu'en cas de perte résultant d'une omission de fournir le service en question, la responsabilité de D.E.P. serait limitée au versement de 50 \$ à titre de dommages-intérêts. Il prévoyait en outre qu'aucune condition, garantie ni déclaration n'avait été faite par D.E.P., ses employés, préposés ou agents, à part celles qui figuraient par écrit dans le contrat. Les déclarations supposément inexactes selon lesquelles le système d'alarme n'avait pas été déjoué ni ne pouvait l'être avaient été faites plusieurs mois après la passation du contrat, à la suite d'un cambriolage commis dans les locaux d'un autre diamantaire, qui se servait également du système d'alarme de D.E.P. Quelque temps après, un cambriolage a eu lieu chez Nunes et une quantité importante de diamants a été volée. Le système d'alarme ne s'est pas mis en marche parce qu'on l'avait déjoué. Nunes a poursuivi D.E.P. pour rupture de contrat et pour négligence. La cour de première instance, la Cour d'appel de l'Ontario et cette Cour ont toutes été d'avis qu'il n'y avait pas eu de rupture de contrat. La question était donc de savoir si des déclarations inexactes avaient été faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme, de manière à engager la responsabilité délictuelle de D.E.P. en fonction du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. La cour de première instance et la Cour d'appel ont conclu à l'absence de déclarations inexactes entraînant la responsabilité de D.E.P. Cette Cour à la majorité semble avoir partagé cet avis, mais a conclu que, même à supposer qu'il y ait eu déclarations inexactes, il ne pouvait y avoir

the contract. Pigeon J., with whom Martland and Judson JJ. concurred, said at pp. 777-78:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract, as expressed in *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co., Ltd.* [[1924] A.C. 522], at p. 548. This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

de responsabilité délictuelle en raison de l'existence du contrat. Le juge Pigeon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Judson, affirme aux pp. 777 et 778:

^a Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat, comme on l'a dit dans la cause *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.* [[1924] A.C. 522], p. 548. En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

It appears to have been assumed by the majority, as had been held by the trial judge, that the clause in the contract limiting liability in the case of loss to \$50 did not cover negligence and also that the clause respecting representations did not apply to representations made after the contract was entered into. Pigeon J. said that if D.E.P. were to be liable in tort, despite the limitation of liability in the contract, it would effect a fundamental alteration of the contract. He also said that the representations relied on as the basis of tortious liability were not acts independent of the contractual relationship between the parties because they would not have been made had the parties not been in a contractual relationship. Spence J. dissenting, with whom Laskin J. (as he then was) concurred, held that there had been negligent misrepresentation concerning the functioning of the burglar alarm system for which D.E.P. was liable in tort on the basis of *Hedley Byrne*. On the question whether there could be liability in tort where there was a contractual relationship, he said at pp. 810-11: "I cannot agree that the mere existence of an antecedent contract foreclosed tort liability under the *Hedley Byrne* principle."

^d La Cour à la majorité semble avoir tenu pour acquis, à l'instar du juge de première instance, que la clause du contrat qui limitait la responsabilité en cas de perte à la somme de 50 \$ ne s'appliquait pas à la négligence et aussi que la clause relative aux déclarations ne visait pas celles faites après la signature du contrat. Le juge Pigeon a affirmé que si, malgré la limitation de responsabilité prévue dans le contrat, D.E.P. devait avoir une responsabilité délictuelle, cela apporterait une modification fondamentale au contrat. Il a ajouté que les déclarations sur lesquelles reposait l'allégation de responsabilité délictuelle ne constituaient pas des actes indépendants des liens contractuels entre les parties parce qu'elles n'auraient pas été faites si ces dernières n'avaient pas été liées par un contrat. Le juge Spence, dont l'opinion dissidente a été partagée par le juge Laskin, alors juge puîné, a conclu que des déclarations inexactes avaient été faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme contre le cambriolage, déclarations qui, suivant larrêt *Hedley Byrne*, entraînaient la responsabilité délictuelle de D.E.P. ^e Quant à la question de savoir s'il pouvait y avoir responsabilité délictuelle dans un cas où il existait des liens contractuels, voici ce qu'il affirme aux pp. 810 et 811: «Je ne puis admettre que la simple existence d'un contrat antérieur ait empêché toute responsabilité délictuelle en vertu du principe énoncé dans la cause *Hedley Byrne*.»

In *Elder Dempster*, on which Pigeon J. relied for the criterion of an independent tort unconnected with the performance of the contract, the issue was whether shipowners who were sued with charterers for damage to cargo could claim the benefit of an exclusion of liability in the bill of lading for bad stowage. The plaintiff cargo owners sought to hold the shipowners liable in tort for the master's negligence and contended that they could not claim the protection of the bill of lading because they were not parties to it. The House of Lords held that the shipowners were protected by the bill of lading, although opinion differed as to the basis on which it applied to them (cf. *Scrutons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446). What the case decided in essence was that the contractual exclusion of liability for bad stowage in the bill of lading could not be circumvented by reliance on a liability in tort where the act or omission complained of was one connected with the performance of the contract. This appears from the speech of Viscount Finlay, cited by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, where, referring to the contention that the shipowners had a liability in tort that was unaffected by the exclusion of liability in the bill of lading, he said at p. 548:

Dans l'arrêt *Elder Dempster*, que le juge Pigeon a invoqué à l'appui du critère d'un délit civil indépendant sans rapport avec l'exécution du contrat, la question était de savoir si la propriétaire d'un navire, qui, avec l'affréteur, avait été poursuivie pour les dommages causés à une cargaison, pouvait bénéficier d'une exclusion de responsabilité pour arrimage défectueux stipulée par le connaissement. La demanderesse, propriétaire de la cargaison, a allégué la responsabilité délictuelle de la propriétaire du navire par suite de la négligence du capitaine et a fait valoir que la propriétaire du navire ne pouvait invoquer la protection du connaissement parce qu'elle n'y était pas partie. La Chambre des lords a conclu que la propriétaire du navire était protégée par le connaissement, bien que les avis aient été partagés quant aux raisons pour lesquelles il lui était applicable (cf. *Scrutons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446). L'arrêt établissait essentiellement que, lorsque l'acte ou l'omission reprochés étaient reliés à l'exécution du contrat, on ne pouvait, au moyen d'une allégation de responsabilité délictuelle, contourner l'exclusion contractuelle de responsabilité pour arrimage défectueux prévue par le connaissement. C'est ce qui ressort des motifs du vicomte Finlay, cités par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*. Abordant l'argument selon lequel la propriétaire du navire assumait une responsabilité délictuelle que n'écartait pas l'exclusion de responsabilité stipulée par le connaissement, le vicomte Finlay affirme à la p. 548:

This contention seems to me to overlook the fact that the act complained of was done in the course of the stowage under the bill of lading, and that the bill of lading provided that the owners are not to be liable for bad stowage. If the act complained of had been an independent tort unconnected with the performance of the contract evidenced by the bill of lading, the case would have been different. But when the act is done in the course of rendering the very services provided for in the bill of lading, the limitation on liability therein contained must attach, whatever the form of the action and whether owner or charterer be sued. It would be absurd that the owner of the goods could get rid of the protective clauses of the bill of lading, in respect of all stowage, by suing the owner of the ship in tort.

[TRADUCTION] Cet argument me semble faire abstraction du fait que l'acte dont on se plaint a été accompli au cours de l'arrimage effectué en vertu du connaissement et que, selon ce connaissement, la propriétaire n'assume aucune responsabilité pour un arrimage défectueux. Si la faute dont on se plaint avait constitué un délit indépendant, sans lien avec l'exécution du contrat constaté par le connaissement, l'affaire aurait été différente. Mais, lorsque la faute intervient dans le cours des services mêmes qui sont rendus dans l'exécution du connaissement, la limitation de responsabilité qu'il contient doit jouer, quelle que soit la forme que prend l'action et que la poursuite soit engagée contre le propriétaire ou contre l'affréteur. Il serait absurde que le propriétaire des marchandises puisse contourner les clauses protectrices du connaissement relatives à tous les arrimages en poursuivant le propriétaire du navire en responsabilité délictuelle.

In *Smith v. McInnis*, however, Pigeon J. referred to the principle affirmed in *Nunes Diamonds* as one of general application to the question of concurrent liability. The issue turning on concurrent liability in that case was whether there could be apportionment of liability between the defendant solicitors and the third-party solicitors, who had been joined for contribution, for the damage caused by a failure to file proofs of loss and to institute an action in time under a fire insurance policy. The third-party solicitors had been retained by the defendant solicitors, with the approval of the client, to assist the defendant solicitors with preparation of the proofs of loss. The question was whether the third-party solicitors had a duty to advise the defendant solicitors of the time within which to file the proofs of loss and to institute an action. The majority in this Court (Laskin C.J. and Martland, Spence, Dickson and Estey JJ.) held that the third-party solicitors did not have such a duty and that it was therefore unnecessary for the Court to determine whether there could have been apportionment of liability, had they been liable, and for that purpose to consider, as Laskin C.J. put it, "whether a solicitor's liability to his client lies in tort or only in contract". Pigeon J., dissenting, with whom Beetz J. concurred, held that the third-party solicitors were in breach of a duty to advise the defendant solicitors of the time within which to file the proofs of loss. It was contended by counsel for the third-party solicitors that their liability, if any, was in contract and that there was therefore no basis in the applicable contribution legislation for an apportionment of liability. Pigeon J. held that on general principles of contract there could be apportionment of liability for breach of contract, but at the outset of his analysis of this question he expressed the following opinion concerning the nature of a solicitor's liability to a client for negligence in the performance of professional services at p. 1377:

Toutefois, dans l'arrêt *Smith c. McInnis*, le juge Pigeon a qualifié le principe énoncé dans l'arrêt *Nunes Diamonds* de règle générale applicable à la question de la responsabilité concurrente. Dans cette affaire, la question liée à la responsabilité concurrente était de savoir s'il pouvait y avoir partage de responsabilité entre les avocats défendeurs et les avocats mis en cause à des fins de contribution, pour le préjudice causé par l'omission de déposer les preuves du sinistre et d'intenter, dans le délai imparti, une action fondée sur une police d'assurance contre l'incendie. Les services des avocats mis en cause avaient été retenus par les avocats défendeurs, avec l'approbation de leur cliente, pour les aider à préparer les preuves du sinistre. La question était de savoir si les avocats mis en cause avaient l'obligation d'informer les avocats défendeurs du délai imparti pour déposer les preuves du sinistre et pour intenter une action. La Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Martland, Spence, Dickson et Estey) a conclu que les avocats mis en cause n'avaient aucune obligation du genre et que, par conséquent, il ne lui était pas nécessaire de déterminer s'il y aurait pu y avoir partage de la responsabilité dans l'hypothèse où ils auraient été responsables, ni d'examiner à cette fin, comme l'a dit le juge en chef Laskin, «si la responsabilité du procureur envers son client est délictuelle ou uniquement contractuelle». Selon le juge Pigeon, dissident, à l'avis duquel le juge Beetz a souscrit, les avocats mis en cause avaient manqué à l'obligation d'informer les avocats défendeurs du délai imparti pour déposer les preuves du sinistre. Le procureur des avocats mis en cause a soutenu que leur responsabilité, s'il y a lieu, était de nature contractuelle et que, par conséquent, rien dans la loi applicable en matière de contribution ne justifiait un partage de responsabilité. Le juge Pigeon a conclu que, selon les principes généraux régissant les contrats, il pouvait y avoir partage de responsabilité en cas de rupture de contrat, mais, il a commencé son étude de cette question en exprimant l'avis suivant concernant la nature de la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels, à la p. 1377:

I have to agree that the liability of a solicitor to his client for negligence in his duty to give advice, or otherwise, is in contract only, not in tort. I adhere to the view I have previously expressed in other cases, that a breach of duty may constitute a tort only if it is a breach of a duty owed independently of any contract with the claimant, "an independent tort" as I said in *Nunes Diamonds v. Dominion Electric Protection* [[1972] S.C.R. 769], at p. 777. In the case of a solicitor retained to give advice, his duty to advise properly arises only under contract and I do not see how liability can arise otherwise than on a contractual basis as was held in the case of a consulting engineer in *Halvorson v. McLellan Co.* [[1973] S.C.R. 65], at p. 74. Breach of contract appears to be the basis on which a solicitor was found liable by the House of Lords in *Nocton v. Ashburton* [[1914] A.C. 932], and by the English Court of Appeal in *Groom v. Crocker* [[1939] 1 K.B. 194].

I turn to the authority invoked by Pigeon J. in support of this opinion.

In *Halvorson* the issue was the liability of consulting engineers for damage caused by their negligence in making design modifications to a winch to be used for hauling cables up a mountainside for the erection of an aerial tramway. After indicating the basis of the contractual relationship between the plaintiff contractor and the defendant engineers, Pigeon J., delivering the judgment of the Court, said at p. 74: "This means also that Halvorson's only possible claim is against McLellan & Co. for negligent performance of its contract for erection services, not in tort as was contended." The proper characterization of the cause of action appears to have been simply a question of pleading and argument, on which no practical consequence turned.

Nocton v. Lord Ashburton is a case that has been cited in support of concurrent liability. It is admittedly difficult to discern the precise basis on which some of the members of the House of Lords held the solicitor to be liable (cf. Lord Devlin in *Hedley Byrne*, at p. 520), but in my respectful opinion the case does not support the proposition

Je conviens que la responsabilité d'un avocat envers son client, pour avoir omis de lui donner un conseil, ou autrement, est purement contractuelle et non délictuelle. Je maintiens l'opinion que j'ai déjà exprimée dans d'autres affaires, savoir, que le manquement à une obligation peut constituer un délit civil uniquement si ce manquement est indépendant de tout contrat conclu avec le demandeur, «un délit civil indépendant», comme je l'ai dit dans *Nunes Diamonds c. Dominion Electric Protection* [[1972] R.C.S. 769], à la p. 777. Dans le cas d'un avocat dont les services ont été retenus pour donner des conseils, son obligation vient uniquement du contrat et je ne vois pas comment sa responsabilité peut avoir un fondement autre que contractuel, comme il a été décidé dans le cas d'un ingénieur consultant, dans *Halvorson c. McLellan Co.* [[1973] R.C.S. 65], à la p. 74. La violation du contrat semble être le principe en vertu duquel un procureur a été tenu responsable par la Chambre des lords dans *Nocton v. Ashburton* [[1914] A.C. 932], et par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Groom v. Crocker* [[1939] 1 K.B. 194].

Cela m'amène à la jurisprudence invoquée par le juge Pigeon à l'appui de ce point de vue.

Dans l'arrêt *Halvorson*, il était question de la responsabilité d'ingénieurs-conseils pour les dommages résultant de la négligence dont ils avaient fait preuve en apportant des modifications à un treuil qui devait servir à tirer des câbles en haut d'une montagne en vue de la construction d'un téléphérique. Après avoir indiqué le fondement des liens contractuels entre l'entrepreneuse demanderesse et les ingénieurs défendeurs, le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la Cour, affirme à la p. 74: «Cela signifie aussi que la seule réclamation possible de Halvorson est contre McLellan & Co., pour négligence dans l'exécution de son contrat pour services de montage, et non pour délit, comme on l'a prétendu.» La caractérisation appropriée de la cause d'action paraît avoir été simplement une question de plaidoiries et d'argumentation, qui ne comportait aucune conséquence pratique.

L'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton* a été cité à l'appui de la responsabilité concurrente. Certes, il est difficile d'en dégager la raison précise qui a pu amener certains membres de la Chambre des lords à conclure à la responsabilité de l'avocat (cf. lord Devlin dans l'arrêt *Hedley Byrne*, à la p. 520), mais j'estime en toute déférence que l'arrêt n'ap-

that the liability of a solicitor to a client for negligence is in contract only. On the contrary, some of its dicta and the general implications of its reasoning and conclusions support the view that a solicitor may have a liability to a client apart from contract for negligence in the performance of professional services. In that case the client sued the solicitor for advising him to release part of the security of a mortgage to the advantage of a mortgage in which the solicitor was interested, and with the result, contrary to the assurances that had been given by the solicitor, that the remaining security proved insufficient. The issue was whether the allegations of the statement of claim supported liability on a basis other than an action of deceit, requiring proof of actual fraud. A majority in the House of Lords (Viscount Haldane L.C., Lord Atkinson and Lord Dunedin) held the solicitor to be liable in equity for breach of a fiduciary duty, clearly a liability distinct from that at law for breach of contract. In the course of reviewing the various bases on which a solicitor may be liable to a client, Viscount Haldane said at p. 956: "My Lords, the solicitor contracts with his client to be skilful and careful. For failure to perform his obligation he may be made liable at law in contract, or even in tort, for negligence in breach of a duty imposed on him. In the early history of the action of *assumpsit* this liability was indeed treated as one for tort." Lord Dunedin did indicate (p. 965) that while he agreed with Viscount Haldane that there was liability for breach of fiduciary duty his own preference would have been for liability for breach of contract, which he referred to as an "action for negligence" (p. 964). Viscount Haldane, with whom Lord Atkinson concurred, also indicated (p. 958) in his conclusion that there was an alternative liability at law for breach of contract. Lord Parmoor held that there was liability based on negligence, and from the language used by him — "liable in negligence for breach of duty in his position as solicitor to the plaintiff" (p. 973) and "a charge of negligence for breach of duty of the appellant in his employment as a solicitor" (p. 977) — it would appear that he was thinking of a breach of the solicitor's contractual duty of care. Lord Shaw held that there was liability for breach of duty created by a relationship "equivalent to

puie nullement la proposition selon laquelle la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence est purement contractuelle. Au contraire, certaines des opinions a incidentes exprimées dans cet arrêt ainsi que les répercussions générales de son raisonnement et de ses conclusions étaient le point de vue voulant qu'un avocat puisse, indépendamment de l'existence d'un contrat, être responsable envers son b client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Dans cette affaire, le client a poursuivi l'avocat pour l'avoir conseillé d'affecter une partie de la sûreté d'une hypothèque à une autre hypothèque dans laquelle l'avocat avait un intérêt, par suite de quoi, contrairement à l'assurance donnée par l'avocat, la sûreté restante s'est révélée insuffisante. La question en litige était de savoir si les allégations c contenues dans la déclaration justifiaient une responsabilité fondée sur autre chose que la supercherie, qui nécessitait qu'on prouve qu'il y a vraiment eu dol. La Chambre des lords à la majorité (le vicomte Haldane, lord chancelier, ainsi que lord d Atkinson et lord Dunedin) a jugé l'avocat responsable en *equity* pour avoir manqué à une obligation de fiduciaire, responsabilité manifestement distincte de celle qui existe en *common law* pour rupture de contrat. Dans son examen des différents e fondements possibles de la responsabilité d'un avocat envers son client, le vicomte Haldane affirme, à la p. 956: [TRADUCTION] «Vos Seigneuries, l'avocat s'engage à faire preuve de compétence et de diligence en agissant pour son client. f S'il manque à son obligation, cela peut entraîner en *common law* une responsabilité contractuelle de sa part ou même une responsabilité délictuelle g pour avoir fait preuve de négligence en ne s'acquittant pas d'une obligation qui lui incombe. En fait, dans les premiers temps de l'action en *assumpsit*, cette responsabilité était vraiment considérée comme délictuelle.» Lord Dunedin a indiqué pour sa part (à la p. 965) que, même s'il s'accordait avec le vicomte Haldane pour dire qu'il h y avait une responsabilité pour manquement à une obligation de fiduciaire, il aurait préféré que la responsabilité soit fondée sur la rupture de contrat et, à ce propos, il a parlé d'une [TRADUCTION] «action pour cause de négligence» (p. 964). Le i

contract" (pp. 971-72) — that is, a relationship in which there was an assumption of responsibility and a reliance on it. Despite the use of the words "equivalent to contract", or perhaps because of them, I take it that Lord Shaw was speaking of a liability in tort. At least that appears to have been the view taken of his judgment by Lord Devlin in *Hedley Byrne*, where Lord Devlin adopted the principle of liability affirmed by Lord Shaw in *Nocton* as the basis for his own statement of the principle of tortious liability for negligent misrepresentation in *Hedley Byrne*.

vicomte Haldane, à l'avis duquel a souscrit lord Atkinson, a aussi indiqué en terminant (à la p. 958) qu'il existait en *common law* une responsabilité alternative pour rupture de contrat. Lord Parmoor a conclu à l'existence d'une responsabilité fondée sur la négligence et, à en juger par les termes qu'il a employés — [TRADUCTION] «responsabilité fondée sur la négligence pour manquement à ses obligations en tant qu'avocat du demandeur» (à la p. 973) et [TRADUCTION] «une accusation de négligence pour manquement aux obligations qui incombent à l'appelant à titre d'avocat» (à la p. 977) — il paraît avoir eu à l'esprit un manquement à l'obligation contractuelle de diligence qui incombe à l'avocat. Lord Shaw a conclu qu'il y avait responsabilité pour manquement à une obligation, laquelle responsabilité découlait de liens [TRADUCTION] «équivalant à des liens contractuels» (aux pp. 971 et 972) — c'est-à-dire des liens dans lesquels on présumait la responsabilité et on s'y fiait. En dépit, ou peut-être à cause, de l'emploi de l'expression «équivalant à des liens contractuels», je présume que lord Shaw parlait d'une responsabilité délictuelle. Du moins, telle semble avoir été la perception que lord Devlin a eu de ces motifs dans l'arrêt *Hedley Byrne*, où celui-ci a adopté le principe de la responsabilité posé par lord Shaw dans l'arrêt *Nocton* comme fondement de son propre énoncé du principe de la responsabilité délictuelle pour déclarations inexactes faites par négligence.

In contrast, the judgment of the Court of Appeal in *Groom v. Crocker* was for some forty years clearly authority for the proposition that the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the services for which he had been retained was in contract only, but at the time *Smith v. McInnis* was decided its authority had been severely impaired, if not repudiated, by the judgment of the Court of Appeal in *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. *Groom v. Crocker* was a case in which solicitors retained by an insurer to act for the insured were sued by the latter for the damage caused to him by an admission of liability. In holding that the liability of a solicitor to a client was in contract only, the Court of Appeal said that the solicitor's duty of care had no existence apart from the contractu-

g Par contre, l'arrêt *Groom v. Crocker* de la Cour d'appel a, pendant une quarantaine d'années, appuyé clairement la proposition selon laquelle la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services est purement contractuelle. Toutefois, à l'époque où l'arrêt *Smith c. McInnis* a été rendu, l'arrêt *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801, également de la Cour d'appel, était venu affaiblir, voire anéantir, l'autorité de l'arrêt *Groom v. Crocker*. Dans cette dernière affaire, des avocats dont les services avaient été retenus par un assureur pour représenter l'assuré ont été poursuivis par ce dernier pour le préjudice que lui a causé un aveu de responsabilité. En concluant que la responsabilité d'un avocat envers son client n'est que contractuelle, la Cour d'appel a

al relationship. *Groom v. Crocker* has been criticized both for the authority it relied on and for the authority it apparently did not consider. The earlier cases on which it relied have been the subject of critical analysis in several learned judgments and scholarly articles. See, for example, *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384, at pp. 406-08; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33, at pp. 41-42; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573, at pp. 575-77; Dwyer, "Solicitor's Negligence — Tort or Contract?" (1982), 56 A.L.J. 524, at p. 531; and French, "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 Otago L.R. 236, at pp. 262-63, 294 and 296. I do not think it would serve a useful purpose to attempt to go over that ground in detail here. I content myself with expressing my respectful agreement with the view that *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259, 108 E.R. 97, and the other cases referred to in *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157, were not clear authority for the statement in that case, on which *Groom v. Crocker* relied, that "the right of action in cases of this kind was treated as arising from a breach of contract, and not from negligence apart from contract or from any breach of trust", although *Howell v. Young* (and *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216, which applied it) clearly provided authority for the conclusion in *Bean v. Wade* that the statute of limitations began to run from the date of the breach of duty rather than from its discovery. It has been argued that the necessary inference from that conclusion in *Howell v. Young*, despite dicta in it which appear to recognize the possibility of concurrent liability, is that the court must have been of the view that the liability was in contract only because of the traditional and well-established distinction between what constitutes a cause of action in contract and a cause of action in tort. I prefer the interpretation of *Howell v. Young*, admittedly only one of several (see French, op. cit., p. 263), that the court had in mind the usual case where the breach of duty and the damage occur at the same time. In sum, I share the view that the earlier cases relied on in *Groom v. Crocker* provided a doubtful and somewhat frail basis of

affirmé que l'obligation de diligence d'un avocat n'existe pas indépendamment des liens contractuels. L'arrêt *Groom v. Crocker* a été critiqué aussi bien à cause de la jurisprudence sur laquelle il est fondé qu'en raison de celle dont il n'a apparemment pas tenu compte. Les plus anciens des arrêts invoqués ont fait l'objet d'une analyse critique dans plusieurs jugements savants et articles érudits. Voir, par exemple, *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384, aux pp. 406 à 408; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33, aux pp. 41 et 42; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573, aux pp. 575 à 577; Dwyer, «Solicitor's Negligence — Tort or Contract?» (1982), 56 A.L.J. 524, à la p. 531; et French, «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 Otago L.R. 236, aux pp. 262, 263, 294 et 296. À mon avis, il ne servirait à rien d'entreprendre ici une étude approfondie de cette question. Je me contente d'exprimer mon accord avec le point de vue selon lequel ni la décision *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259, 108 E.R. 97, ni les autres décisions mentionnées dans la décision *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157, n'appuient clairement la déclaration, faite dans cette dernière décision et invoquée dans l'arrêt *Groom v. Crocker*, portant que [TRADUCTION] «le droit d'action dans des affaires de ce genre était considéré comme découlant d'une rupture de contrat et non pas d'une négligence indépendante du contrat ou d'un manquement aux obligations de fiduciaire», quoique la décision *Howell v. Young* (et la décision *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216, qui l'a appliquée) ait clairement justifié la conclusion tirée dans la décision *Bean v. Wade*, savoir que le délai de prescription courrait à partir de la date du manquement à l'obligation plutôt qu'à partir du moment de la découverte de ce manquement. D'aucuns ont prétendu qu'il découle nécessairement de cette conclusion dans la décision *Howell v. Young*, malgré la présence dans celle-ci d'opinions incidentes qui paraissent reconnaître la possibilité d'une responsabilité concurrente, que la cour a dû estimer qu'il s'agissait d'une responsabilité purement contractuelle en raison de la distinction traditionnelle bien établie entre ce qui

authority for the conclusion it reached on the question of concurrent liability.

Groom v. Crocker also relied on *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399, one of the special category of cases involving the distinction between contract and tort for certain purposes under the successive *County Courts Acts*. Other cases in this category are *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; and *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215. The issue which had to be decided in those cases for such purposes as the applicable scale of costs and the transfer of a case from the High Court to a county court, was whether the action was an action founded on contract or an action founded on tort within the meaning of the Act. The courts had to characterize the action, for purposes of the Act, as one or the other; they could not treat it as an action in both contract and tort. The criterion that was adopted for this purpose was the "substance of the matter" (*Steljes v. Ingram*, pp. 535-36), that is, whether the action was in substance one founded on contract or one founded on tort, which was determined by asking whether or not the plaintiff had to rely on the terms of the contract for his action. This question was answered by distinguishing between a cause of action based on the breach of a special obligation or duty created by the terms of an express contract (referred to as a "special contract") and a cause of action based on the breach of a duty arising both as an implied term of the contract and at common law from the relationship (*Edwards v. Mallan*, p. 1005). The former

constitue une cause d'action contractuelle et une cause d'action délictuelle. Je préfère l'interprétation de la décision *Howell v. Young*, certes l'une parmi tant d'autres (voir French, op. cit., à la p.

^a 263), selon laquelle la cour avait à l'esprit la situation ordinaire dans laquelle le manquement à l'obligation et le dommage se produisent en même temps. Somme toute, je partage l'avis que la jurisprudence ancienne sur laquelle on s'est appuyé dans l'arrêt *Groom v. Crocker* constitue un fondement douteux et plutôt chancelant pour la conclusion qu'on y a tiré sur la question de la responsabilité concurrente.

^c L'arrêt *Groom v. Crocker* repose en outre sur la décision *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399, qui fait partie d'une catégorie spéciale de décisions traitant de la distinction entre les domaines contractuel et délictuel établie à certaines fins dans les versions successives de la *County Courts Act*. Font également partie de cette catégorie les décisions suivantes: *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; ^e *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; et *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215. La question à trancher dans ces affaires, afin notamment de déterminer l'échelle des dépens applicable et l'opportunité de déférer à une cour de comté une cause soumise à la Haute Cour, était de savoir s'il s'agissait d'une action fondée sur un contrat ou d'une action fondée sur un délit civil au sens de la Loi. Aux fins de la Loi, les tribunaux étaient tenus de situer l'action dans l'une ou l'autre catégorie; ils ne pouvaient pas la traiter comme une action à la fois contractuelle et délictuelle. Or, le critère qu'on avait retenu à cette fin était celui de [TRADUCTION] «l'essence de l'affaire» (*Steljes v. Ingram*, aux pp. 535 et 536), c'est-à-dire qu'on devait déterminer si l'action était essentiellement fondée sur un contrat ou sur un délit civil, ce qu'on faisait en se demandant si le demandeur avait dû fonder son action sur les conditions du contrat. On répondait à cette question en faisant la distinction entre une cause d'action fondée sur le manquement à une obligation spéciale imposée expressément par un contrat (dit «contrat spécial») et une cause

was an action founded on contract for purposes of the Act; the latter was an action founded on tort. This is the sense in which Greer L.J. in *Jarvis* is understood to have referred to a duty arising independently of contract (see, for example, *Midland Bank Trust*, at p. 410; and *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249, at pp. 255-56) in the following statement at p. 405:

The distinction in the modern view, for this purpose, between contract and tort may be put thus: where the breach of duty alleged arises out of a liability independently of the personal obligation undertaken by contract, it is tort, and it may be tort even though there may happen to be a contract between the parties, if the duty in fact arises independently of that contract.

It has been suggested that this particular category of cases, because of its very special context and character, is not relevant to the general question of concurrent liability. See *Macpherson & Kelley*, at p. 577. It is true that in those cases the courts could not make a finding of concurrent liability for the purposes of the *County Courts Acts*, but in concluding that an action may be an action founded on tort, despite the existence of a contract, they lend support to the recognition of concurrent liability in other contexts. Such was the case of *Edwards v. Mallan*, in which the Court of Appeal held that an action against a dentist, who was alleged to have been "employed for reward", for the negligent extraction of a tooth was an action of tort within the meaning of s. 66 of the *County Courts Act, 1888*, providing for the transfer of an action of tort from the High Court to a county court where the plaintiff had no visible means, if unsuccessful, of paying the defendant's costs. Those who favour concurrent liability in the case of persons professing skill in a calling have attached particular importance to this case. See, for example, *Dominion Chain Co. v. Eastern*

d'action fondée sur le manquement à une obligation résultant à la fois d'une condition implicite du contrat et des liens qui existent en *common law* (*Edwards v. Mallan*, à la p. 1005). Dans le pre-

a mier cas, il s'agissait aux fins de la Loi d'une action fondée sur le contrat et, dans le second, d'une action fondée sur un délit civil. On suppose que c'est là ce qu'entendait le lord juge Greer quand il parlait, dans l'extrait ci-après de la p. 405 b de la décision *Jarvis*, d'une obligation qui prenait naissance indépendamment d'un contrat (voir, par exemple, la décision *Midland Bank Trust*, à la p. 410, et la décision *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249, aux pp. 255 et 256):

[TRADUCTION] Selon le point de vue moderne, la distinction qu'on fait à cette fin entre un contrat et un délit civil est la suivante: lorsque le manquement à une prétendue obligation découle d'une responsabilité indépendamment de l'obligation personnelle assumée par contrat, ce manquement constitue un délit civil, et il peut en être ainsi quand même il y aurait un contrat entre les parties, si en fait l'obligation naît indépendamment de ce contrat.

e

f On a laissé entendre qu'en raison de son contexte et de son caractère très spéciaux, cette catégorie particulière de jurisprudence ne s'applique pas à la question générale de la responsabilité concurrente. Voir la décision *Macpherson & Kelley*, à la p. 577. Il est vrai que, dans ces affaires, les tribunaux ne pouvaient conclure à la responsabilité concurrente aux fins des différentes versions de la *County Courts Act*, mais en décidant qu'une action pouvait avoir un fondement délictuel malgré l'existence d'un contrat, ces décisions appuient la reconnaissance d'une responsabilité concurrente dans

g h d'autres contextes. Ce fut le cas de l'arrêt *Edwards v. Mallan*, dans lequel la Cour d'appel a jugé qu'une action intentée contre un dentiste, qu'on disait avoir été [TRADUCTION] «engagé moyennant rémunération», pour avoir fait preuve de négligence dans l'extraction d'une dent constituait une action délictuelle au sens de l'art. 66 de la *County Courts Act, 1888*, qui prévoyait qu'une action délictuelle introduite devant la Haute Cour devait être déférée à une cour de comté lorsque le demandeur n'aurait manifestement pas les moyens, au cas où il n'obtiendrait pas gain de cause, de payer

Construction Co. (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, at pp. 391 and 393; and *Midland Bank Trust*, at p. 410.

One explanation that has been suggested for the denial of a concurrent or alternative liability in tort in the solicitor and client relationship prior to *Hedley Byrne* is that before that case there could not be liability in tort for purely economic or financial loss caused by negligence, which was the damage normally caused by the negligence of a solicitor. In *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506, however, Plowman J. rejected the contention that a solicitor had a concurrent liability in tort on the basis of *Hedley Byrne*, saying at p. 510, "A line of cases going back for nearly 150 years shows, I think, that the client's cause of action is in contract and not in tort: see, for example, *Howell v. Young* and *Groom v. Crocker* . . ."

Greer L.J. in *Jarvis* and Plowman J. in *Clark* were quoted with approval by Diplock L.J. in his influential judgment in *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, where, in holding that an architect could not be concurrently liable to a client in tort, he said at p. 204:

It seems to me that, in this case, the relationship which created the duty of exercising reasonable skill and care by the architects to their clients arose out of the contract and not otherwise. The complaint that is made against them is of a failure to do the very thing which they contracted to do. That was the relationship which gave rise to the duty which was broken. It was a contractual relationship, a contractual duty, and any action brought for failure to comply with that duty is, in my view, an action founded on contract.

les dépens du défendeur. Les tenants de la responsabilité concurrente dans le cas de personnes qui se prétendent compétentes dans une profession ont attaché une importance particulière à cet arrêt.

a Voir, par exemple, l'arrêt *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, aux pp. 391 et 393, et la décision *Midland Bank Trust*, à la p. 410.

b Une explication avancée pour le fait qu'avant l'arrêt *Hedley Byrne* on rejetait la notion d'une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative dans la relation avocat-client est qu'antérieurement à cet arrêt un préjudice purement financier occasionné par la négligence ne pouvait entraîner une responsabilité délictuelle, et c'était normalement ce type de préjudice qui résultait de la négligence d'un avocat. Toutefois, dans la décision *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506, le juge Plowman a repoussé l'argument selon lequel l'avocat avait une responsabilité délictuelle concurrente en vertu de l'arrêt *Hedley Byrne*. À la page 510, le juge Plowman affirme: [TRADUCTION] «Un courant de jurisprudence qui remonte jusqu'à tout près de 150 ans démontre, à mon sens, que la cause d'action du client a un fondement contractuel et non pas délictuel: voir, par exemple, les décisions

f *Howell v. Young* et *Groom v. Crocker* . . . »

g Les propos du lord juge Greer dans la décision *Jarvis* et ceux du juge Plowman dans la décision *Clark* ont été cités et approuvés par le lord juge Diplock dans son jugement qui a fait époque *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, où en concluant qu'un architecte ne pouvait pas avoir une responsabilité délictuelle envers

h son client, il dit, à la p. 204:

i [TRADUCTION] Il me semble qu'en l'espèce la relation qui a engendré l'obligation qu'ont les architectes envers leurs clients de faire preuve de compétence et de diligence raisonnables résultait du contrat et de rien d'autre. On leur reproche de ne pas avoir fait la chose même qu'ils se sont engagés à faire. Voilà la relation dont procédait l'obligation à laquelle on a manqué. Il s'agissait d'une relation contractuelle, d'une obligation contractuelle, et toute action intentée par suite de l'omission de s'acquitter de cette obligation est, à mon avis, une action fondée sur un contrat.

That statement has been much relied on by those who have concluded that there cannot be concurrent liability in tort for an act or omission that constitutes a breach of contract. See, for example, *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; and the dissenting judgment of Wilson J.A., as she then was, in *Dominion Chain*.

The authority of *Groom v. Crocker* concerning the nature of a solicitor's liability to a client for negligence was reaffirmed by the Court of Appeal in *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457, and in *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446, although with some reservation by Lord Denning in the latter case foreshadowing his judgment in *Esso Petroleum Co. v. Mardon*. That case was a critical turning point in Anglo-Canadian jurisprudence on the question of the concurrent liability of persons professing skill on which another may reasonably rely. It involved the liability of the petroleum company for a negligent statement concerning the potential throughput of a service station made in pre-contract negotiations by experienced employees of the company holding themselves out as experts. The plaintiff Mardon was induced by the statement, despite his own misgivings, to enter into a tenancy of the service station with eventual loss when the throughput fell far short of that predicted. In an action by the company for possession, money due and mesnes profits Mardon counter-claimed for damages for breach of warranty and negligent misrepresentation. The trial judge found that there had not been a warranty but upheld the counterclaim for negligent misrepresentation on the basis of *Hedley Byrne*. The Court of Appeal held that there was liability on the basis of breach of warranty or negligent misrepresentation, a recognition of concurrent or alternative liability in contract and in tort. It was contended by counsel for the petroleum company, citing *Clark v. Kirby-Smith*, that "when the negotiations between two parties resulted in a contract between them, their rights and duties were governed by the law of contract and not by the law of tort". In rejecting this contention, Lord Denning M.R. held that *Groom v. Crocker* and the cases which followed it, such as *Clark v. Kirby-Smith* and *Bagot*,

Cette déclaration a été largement invoquée par ceux qui ont conclu qu'il ne peut y avoir de responsabilité délictuelle concurrente pour un acte ou une omission constituant une rupture de contrat. Voir, par exemple, *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100, et les motifs de dissidence du juge Wilson, maintenant juge à la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Dominion Chain*.

L'applicabilité de l'arrêt *Groom v. Crocker* quant à la question de la nature de la responsabilité pour cause de négligence qu'a un avocat envers son client a été confirmée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457, et dans l'arrêt *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 Q.B. 446, quoique lord Denning ait exprimé dans ce dernier arrêt certaines réserves qui laissaient présager son jugement dans *Esso Petroleum Co. v. Mardon*. Cet arrêt marque un tournant décisif dans la jurisprudence anglo-canadienne portant sur la question de la responsabilité concurrente de personnes qui prétendent posséder des compétences sur lesquelles une autre personne peut raisonnablement se fier. Il y était question de la responsabilité d'une société pétrolière pour une déclaration inexacte que des employés expérimentés de la société, qui se faisaient passer pour des experts, ont fait par négligence au sujet du chiffre d'affaires possible d'une station-service, au cours de négociations préalables à la passation d'un contrat. Cette déclaration a amené le demandeur Mardon, malgré ses propres doutes, à conclure un contrat de location de la station-service; il a fini par subir des pertes lorsque les ventes se sont révélées bien en deçà de ce qu'on avait prévu. Dans une action en possession et en paiement des sommes dues et des profits retirés entre temps intentée par la société, Mardon a, dans une demande reconventionnelle, réclamé des dommages-intérêts pour inobservation de garantie et pour déclaration inexacte faite par négligence. Le juge de première instance a conclu à l'inexistence d'une garantie mais, se fondant sur l'arrêt *Hedley Byrne*, il a fait droit à la demande reconventionnelle pour déclaration inexacte faite par négligence. La Cour d'appel a jugé qu'il y avait une responsabilité fondée soit sur l'inobservation de la garantie, soit sur la déclaration inexacte faite par négligence,

had been wrongly decided because they were in conflict with other decisions of "high authority", which did not appear to have been considered by them and which showed that "in the case of a professional man, the duty to use reasonable care arises not only in contract, but is also imposed by the law apart from contract, and is therefore actionable in tort". The authority which Lord Denning cited for this proposition consisted of the statement by Tindal C.J. in *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511, at pp. 525-26 concerning the long-established recognition of concurrent liability with respect to the "common callings" and other "status relationships", including various skilled occupations; the statement of Lord Campbell in the House of Lords in the same case (*Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, at p. 44), suggesting an even broader scope to the well-established principle of concurrent liability to include any contractual relationship of employment; and the dictum of Viscount Haldane L.C. in *Nocton v. Lord Ashburton* concerning the concurrent liability of the solicitor to a client, which I quoted earlier in the discussion of that case. Lord Denning said that the concurrent liability of the professional person was comparable to that between master and servant, citing *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, per Lord Radcliffe at p. 587 and *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57, at pp. 65-66. The statement by Tindal C.J. in *Boorman v. Brown* is as follows:

reconnaissant ainsi l'existence d'une responsabilité concurrente ou alternative fondée à la fois sur un contrat et sur un délit civil. L'avocat de la société pétrolière a fait valoir, en citant la décision *Clark v. Kirby-Smith*, que [TRADUCTION] «lorsque les négociations entre deux parties aboutissent à un contrat entre elles, c'est le droit des contrats et non pas le droit de la responsabilité délictuelle qui régit leurs droits et leurs obligations». En rejetant cet argument, le maître des rôles lord Denning a conclu que l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions qui l'ont suivi, telles que *Clark v. Kirby-Smith* et *Bagot*, étaient erronés parce qu'ils étaient incompatibles avec d'autres décisions [TRADUCTION] «émanant d'instances supérieures», dont ils ne semblaient pas avoir tenu compte et qui démontraient que [TRADUCTION] «dans le cas d'une personne qui exerce une profession libérale, l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable ne découle pas uniquement du contrat, mais elle a aussi un fondement juridique indépendant du contrat et, en conséquence, peut faire l'objet d'une action délictuelle». Lord Denning a invoqué à l'appui de cette proposition la déclaration du juge en chef Tindal dans la décision *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511, aux pp. 525 et 526, concernant la reconnaissance de longue date de la responsabilité concurrente dans le cas des [TRADUCTION] «professions publiques» et des autres [TRADUCTION] «relations créatrices de statut», y compris différents métiers spécialisés; la déclaration de lord Campbell de la Chambre des lords dans la même affaire (*Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, à la p. 44), proposant pour le principe bien établi de la responsabilité concurrente une portée encore plus large qui engloberait toutes les relations découlant d'un contrat de travail; et l'opinion incidente exprimée par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton* au sujet de la responsabilité concurrente d'un avocat envers son client, opinion que j'ai déjà citée dans mon analyse de cet arrêt. Citant l'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, lord Radcliffe, à la p. 587, et l'arrêt *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57, aux pp. 65 et 66, lord Denning a affirmé que la responsabilité concurrente d'une personne qui exerce une profession libérale est comparable à

That there is a large class of cases in which the foundation of the action springs out of privity of contract between the parties, but in which, nevertheless, the remedy for the breach, or non-performance, is indifferently either *assumpsit* or case upon tort, is not disputed. Such are actions against attorneys, surgeons, and other professional men, for want of competent skill or proper care in the service they undertake to render: actions against common carriers, against ship owners on bills of lading, against bailees of different descriptions: and numerous other instances occur in which the action is brought in tort or contract at the election of the plaintiff.

celle qui existe entre employeur et employé. Voici ce que dit le juge en chef Tindal dans la décision *Boorman v. Brown*:

[TRADUCTION] On ne conteste pas qu'il existe une grande catégorie d'affaires dans lesquelles l'action est fondée sur le lien contractuel entre les parties, mais dans lesquelles, néanmoins, la rupture ou l'inexécution ouvrent indifféremment un recours en *assumpsit* ou un recours délictuel. Tombent dans cette catégorie les

a actions intentées contre des avocats, des chirurgiens et d'autres hommes exerçant une profession libérale, pour incomptence ou pour manque de diligence raisonnable dans la prestation des services qu'ils s'engagent à rendre: les actions contre des transporteurs publics, les actions contre des propriétaires de navire fondées sur des connaissances, les actions contre différentes sortes de dépositaires ne sont que quelques exemples parmi tant d'autres où l'action peut, au choix du demandeur, avoir un fondement délictuel ou contractuel.

The statement by Lord Campbell is as follows:

But wherever there is a contract, and something to be done in the course of the employment which is the subject of that contract, if there is a breach of a duty in the course of that employment, the plaintiff may either recover in tort or in contract.

The liability in tort in *Esso Petroleum* was based on the principle affirmed in *Hedley Byrne*, which Lord Denning said at p. 820 included, when properly understood, the following proposition: "if a man, who has or professes to have special knowledge or skill, makes a representation by virtue thereof to another — be it advice, information or opinion — with the intention of inducing him to enter into a contract with him, he is under a duty to use reasonable care to see that the representation is correct, and that the advice, information or opinion is reliable". The other judges in *Esso Petroleum*, Ormrod and Shaw L.J.J., appear to have been in essential agreement with the views expressed by Lord Denning.

The so-called "status relationships", including the "common callings", to which I have referred above, have played a prominent role in the con-

d Lord Campbell se prononce ainsi:

[TRADUCTION] Mais chaque fois qu'il y a un contrat et qu'un acte quelconque doit être accompli dans l'exécution du travail qui fait l'objet du contrat, le demandeur *e* peut, en cas de manquement aux obligations qui se rattachent à l'exécution de ce travail, poursuivre sur un fondement soit délictuel, soit contractuel.

La responsabilité délictuelle dans l'affaire *Esso Petroleum* reposait sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, principe qui, a souligné lord Denning à la p. 820, renfermait, si on l'interprétait correctement, la proposition suivante: [TRADUCTION] «si un homme, qui possède ou qui prétend posséder des connaissances ou des compétences particulières, fait à une autre personne une déclaration basée sur cette connaissance ou compétence — qu'il s'agisse d'un conseil, d'un renseignement ou d'une opinion — dans le but d'amener cette *h* personne à passer un contrat avec lui, il lui incombe de faire preuve de diligence raisonnable de manière à assurer que la déclaration soit exacte et que le conseil, le renseignement ou l'opinion soient fiables.» Les autres juges dans l'affaire *Esso Petroleum*, savoir les lords juges Ormrod et Shaw, paraissent avoir été essentiellement d'accord avec le point de vue exprimé par lord Denning.

Les relations dites «créatrices de statut», y compris les «professions publiques», dont j'ai fait mention précédemment, ont joué un rôle de premier

sideration of the question of concurrent liability with reference to various skilled professions and occupations. There is a very good discussion of the subject to be found in French, op. cit., pp. 273 ff. As she indicates, historians have differed as to the occupations that were included in the common callings. She sums up the "traditional view" as follows at p. 274:

According to prevailing academic opinion, a business was classified as a common calling only if it displayed two characteristics. Its services had to be generally available to the public, and its exercise must have demanded skill. Falling within this category were the carrier, innkeeper, surgeon, apothecary, attorney, veterinary surgeon, smith and barber.

Russell v. Palmer (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837, would appear to be an early example of an attorney's liability in tort for negligence in an action which alleged a contractual relationship. See Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, 1949, p. 157. To the same effect would appear to be the case of *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159, which was an action in tort against an attorney for negligence in the conduct of an action. In *Steljes v. Ingram*, in the course of an instructive statement on the nature and historical basis of the status relationships category of concurrent liability, Phillimore J. said at p. 535 with reference to its extension to include persons professing skill in a calling: "A further step was made when contracts with professional men whose professions were specially protected and affected by law were held to create a similar result of *status*; and it was said that a surgeon or a solicitor could be sued in tort for a breach of the ordinary duty of a surgeon or solicitor ('*Lanphier v. Phipos*', 8 C. and P., 475)." It is with reference to this concurrent liability of persons professing skill in a calling that it is said in *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), p. 6, in a passage

plan dans l'étude de la question de la responsabilité concurrente en ce qui a trait à divers métiers et professions spécialisés. On trouve une excellente analyse du sujet dans French, op. cit., aux pp. 273 et suiv. Comme elle l'indique, les historiens divergent d'opinions quant aux métiers qui relèvent de la catégorie des professions publiques. À la page 274, elle résume ainsi le «point de vue traditionnel»:

b [TRADUCTION] Selon l'opinion dominante qui se dégage de la doctrine, pour qu'une entreprise soit qualifiée de profession publique, il faut qu'elle présente deux caractéristiques. Les services doivent être offerts au grand public et son exploitation doit exiger des compétences. Si situent dans cette catégorie le voiturier, l'hôtelier, le chirurgien, l'apothicaire, l'avocat, le chirurgien vétérinaire, le forgeron et le coiffeur.

d La décision *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837, paraît être l'un des premiers exemples d'un cas où l'on a conclu à la responsabilité délictuelle d'un avocat pour cause de négligence dans une action où on alléguait l'existence de liens contractuels. Voir Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, 1949, à la p. 157. La décision *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159, semble aller dans le même sens. Il s'agissait là d'une action délictuelle intentée contre un avocat pour avoir fait preuve de négligence dans la conduite d'une instance. Dans une déclaration instructive sur la nature et le fondement historique de la catégorie de responsabilité concurrente résultant des relations créatrices de statut, le juge Phillimore, à la p. 535 de la décision *Steljes v. Ingram*, affirme ce qui suit au sujet de l'extension de cette catégorie de manière à englober les personnes qui se prétendent compétentes dans une profession:

e [TRADUCTION] «On a avancé d'un autre pas quand il a été jugé que des contrats avec des hommes exerçant des professions libérales qui bénéficient de par la loi d'une protection et d'un traitement spéciaux, confèrent également un *statut*; et l'on a dit qu'un chirurgien ou un avocat peut faire l'objet d'une action délictuelle pour manquement aux obligations ordinaires d'un chirurgien ou d'un avocat (*'Lanphier v. Phipos*', 8 C. and P., 475).» C'est cette responsabilité concurrente de personnes se prétendant compétentes dans

that has been cited on several occasions in the cases:

A dentist who contracts to pull out my tooth is, of course, liable to me for breach of contract if he injures me by an unskilled extraction. But he is also liable to me for the tort of negligence; for every one who professes skill in a calling is bound by the law, agreement or no agreement, to show a reasonable amount of such skill. I cannot recover damages twice over, but I may well have alternative claims for damages under different heads of legal liability.

Courts have on several occasions referred to the status relationships as a closed or frozen category of concurrent liability, which arose out of special historical circumstances and should not be extended to include the modern professions and other skilled occupations. This was the view taken of the stockbroker in *Jarvis* (p. 407), the solicitor in *Groom v. Crocker* (p. 222) and the architect in *Bagot* (pp. 204-06). This view has been criticized, although in none of the cases which have decided in favour of the concurrent liability of particular professions, as I understand them, has the conclusion been technically rested on an application or extension of the common callings category. Compare, for example, *Dominion Chain*, at pp. 392-93 and *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193, at p. 232. Rather the common callings and other status relationships, such as that between master and servant, have been invoked in support of two arguments in favour of concurrent liability: (a) they show that the common law has not recognized any general objection in principle to concurrent liability, but on the contrary has recognized concurrent liability in a wide range of cases; and (b) they indicate the extent of the anomaly that exists if concurrent liability is denied to certain professional relationships. *Brown v. Boorman*, which was relied on by Lord Denning in *Esso Petroleum* in support of his general statement of principle, has on the whole been treated with considerable caution. There appear to be two reasons for this: the significance of what it actually

une profession qui est visée par *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), à la p. 6, dans un passage qui a été cité à plusieurs reprises dans la jurisprudence:

- [TRADUCTION] Il va sans dire qu'un dentiste qui passe avec moi un contrat pour l'extraction d'une dent est responsable envers moi pour rupture de contrat s'il m'inflige un préjudice corporel par suite de maladresse dans cette extraction. Mais il a aussi envers moi une responsabilité délictuelle fondée sur la négligence; car quiconque se prétend compétent dans une profession est légalement tenu, qu'il y ait ou non contrat, de faire montre d'un niveau de compétence raisonnable. Je ne puis obtenir deux fois des dommages-intérêts, mais je peux bien présenter des demandes subsidiaires en dommages-intérêts fondées sur différents chefs de responsabilité en droit.

Les tribunaux ont à maintes reprises dit des relations créatrices de statut qu'elles constituent une catégorie fermée ou figée de responsabilité concurrente, qui émane de circonstances historiques particulières et dont la portée ne doit pas être élargie de manière à englober les professions libérales modernes et d'autres métiers spécialisés. C'est ainsi qu'on a perçu le courtier en valeurs mobilières dans la décision *Jarvis* (p. 407), l'avocat dans l'arrêt *Groom v. Crocker* (p. 222) et l'architecte dans la décision *Bagot* (pp. 204 à 206). Ce point de vue a été critiqué, quoique, si je les comprends bien, dans aucune des décisions où l'on a conclu à la responsabilité concurrente de ceux qui exercent certaines professions, cette conclusion n'a été fondée en principe sur l'application ou l'extension de la catégorie des professions publiques. Comparer, par exemple, l'arrêt *Dominion Chain*, aux pp. 392 et 393, et la décision *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193, à la p. 232. Les professions publiques et les autres relations créatrices de statut, telles que les rapports entre employeur et employé, ont plutôt été invoquées à l'appui de deux arguments en faveur de la responsabilité concurrente: a) elles démontrent que la *common law* n'a accepté aucune exception de principe générale à la notion de la responsabilité concurrente, mais qu'au contraire elle a reconnu la responsabilité concurrente dans une grande variété de cas, et b) elles dénotent l'étendue de l'anomalie qui existerait si la responsabilité concurrente était écartée dans le cas de

decided, as distinct from its dicta, and a question about the soundness of the statement by Lord Campbell. The issue, which was one of pleading raised after verdict on a motion to arrest judgment, was whether the declaration sufficiently alleged the special contractual duty which the plaintiff linseed crushers were obliged to rely on for their cause of action against the oil broker for delivering linseed oil to purchasers without obtaining payment of the price. The established approach of a court to such an issue was indicated by Lord Brougham ((1844), 11 Cl. & F. 1, at p. 38) as follows: "The authorities show that, after verdict, it is immaterial whether there are or not technical words; if there are clear words to show that the Defendant has made such contract and has broken it, after verdict everything will be intended that can be intended to support the verdict." In so far as the statement of Lord Campbell is concerned, the view has been expressed from time to time that it goes too far if it is to be understood as meaning that any breach of contractual duty in an employment relationship sounds in tort as well as contract. See Slesser L.J. in *Jarvis*, p. 406; Oliver J. in *Midland Bank Trust*, p. 432; French, op. cit., p. 290. Moreover, in the modern doctrine of concurrent liability it is not the breach of contract as such that gives rise to tortious liability, but the breach of a common law duty of care arising from the relationship created by contract.

certaines relations professionnelles. L'arrêt *Brown v. Boorman*, que lord Denning invoque à l'appui de sa déclaration de principe générale dans l'arrêt *Esso Petroleum*, a dans l'ensemble été traité avec a beaucoup de circonspection. Il semble y avoir deux raisons à cela, savoir: l'importance de ce qui y a été décidé en fait, par rapport aux opinions incidentes qui y sont exprimées, et une question quant à la justesse de la déclaration de lord Campbell.
b La question en litige, qui était une question de procédure écrite soulevée après qu'un verdict eut été rendu au sujet d'une requête en obtention d'un sursis à l'exécution du jugement, était de savoir si la déclaration alléguait suffisamment l'obligation contractuelle spéciale sur laquelle les demandeurs, broyeurs de graines de lin, devaient fonder leur cause d'action contre le courtier en huiles pour avoir livré de l'huile de lin à des acheteurs sans c obtenir le paiement du prix. L'attitude établie des tribunaux devant une telle question a été indiquée par lord Brougham ((1844), 11 Cl. & F. 1, à la p. 38) dans le passage suivant: [TRADUCTION] «Il ressort de la jurisprudence qu'une fois le verdict rendu, il est sans importance que des termes techniques aient été utilisés ou non; s'il y a des termes clairs qui montrent que le défendeur a passé un tel contrat et l'a rompu, après le verdict tout ce qui peut être présumé pour étayer ce verdict le sera.»
e Pour ce qui est de la déclaration de lord Campbell, on a parfois exprimé l'avis qu'elle va trop loin si on doit comprendre qu'elle signifie que tout manquement à une obligation contractuelle dans le contexte des relations entre employeur et employé relève aussi bien de la responsabilité délictuelle que du droit des contrats. Voir ce qu'en disent le lord juge Slesser à la p. 406 de la décision *Jarvis*, le juge Oliver à la p. 432 de la décision *Midland Bank Trust*, et French, op. cit., à la p. 290. De plus, selon le principe moderne de la responsabilité concurrente, ce n'est pas la rupture de contrat en tant que telle qui donne naissance à la responsabilité délictuelle, mais le manquement à une obligation de diligence en *common law* découlant des liens créés par le contrat.
g

The case of *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, which was cited by Lord Denning in *Esso Petroleum* with reference to concurrent liability in the master and servant relationship, and

j L'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, que lord Denning a cité, dans l'arrêt *Esso Petroleum*, au sujet de la responsabilité concurrente dans les relations entre employeur et

in particular the speech of Lord Radcliffe to which he referred, also calls for some comment because it has been cited for opposing views on the question of concurrent liability. The action by the company against its employee for the damages that the company had been condemned to pay the employee's father, who was negligently injured by his son while acting as his helper, was for breach of the employee's contractual obligation to his employer to exercise due care when driving in the course of his employment. The employee was also sued for contribution as a joint tort-feasor, but that of course was based on the tortious liability of the employee and the employer to the injured third party, not on the nature of the employee's liability to the employer. In their speeches with reference to the nature of the employee's duty of care to the employer, the essential point the members of the House of Lords were making is that they disagreed with the opinion of Denning L.J. in the Court of Appeal, [1956] 2 Q.B. 180, at pp. 187-90, that the employee's duty of care, if any, was in tort only. It was in the course of affirming a contractual duty of care that Viscount Simonds said at p. 573: "It is trite law that a single act of negligence may give rise to a claim either in tort or for breach of a term express or implied in a contract. Of this the negligence of a servant in performance of his duty is a clear example"; and Lord Radcliffe said at p. 587 (the place cited by Lord Denning in *Esso Petroleum*): "It is a familiar position in our law that the same wrongful act may be made the subject of an action either in contract or in tort at the election of the claimant, and, although the course chosen may produce incidental consequences which would not have followed had the other course been adopted, it is a mistake to regard the two kinds of liability as themselves necessarily exclusive of each other." It is of interest to note that another passage in the speech of Lord Radcliffe on the same page, because of its emphasis on the contractual nature of the relationship between master and servant, was quoted by Lord Scarman in *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, at p. 957, to which I shall make further reference, in support of his opinion against concurrent liability in the banker and customer relationship. There can be no

employé, et en particulier les propos de lord Radcliffe auxquels il se réfère, exige aussi certains commentaires parce qu'il a été cité pour appuyer des points de vue opposés sur la question de la responsabilité concurrente. L'action que la société a intentée contre son employé en vue de recouvrer les dommages-intérêts qu'elle avait été condamnée à payer au père de l'employé, qui, alors qu'il agissait comme assistant de son fils, avait subi un préjudice corporel par suite de la négligence de celui-ci, était fondée sur le manquement à l'obligation contractuelle qu'a l'employé, envers son employeur, de faire preuve de diligence raisonnable en conduisant un véhicule dans l'exercice de ses fonctions. L'employé a aussi été poursuivi pour sa part de la faute en tant que coauteur du délit civil, mais il va sans dire que cette action était fondée sur la responsabilité délictuelle de l'employé et de l'employeur envers le tiers lésé, et non sur la nature de la responsabilité de l'employé envers son employeur. Dans les propos qu'ils ont tenus sur la nature de l'obligation de diligence qu'a l'employé envers l'employeur, les membres de la Chambre des lords soulignent essentiellement leur désaccord avec l'opinion exprimée par le lord juge Denning en Cour d'appel, [1956] 2 Q.B. 180, aux pp. 187 à 190, portant que l'obligation de diligence de l'employé, s'il en est, a un fondement purement délictuel. Voici ce que déclare le vicomte Simonds en affirmant l'existence d'une obligation contractuelle de diligence, à la p. 573: [TRADUCTION] «Il est bien établi en droit qu'un seul acte fautif peut donner lieu soit à une action délictuelle, soit à une action pour manquement à une condition expresse ou implicite d'un contrat. La négligence d'un employé dans l'exercice de ses fonctions en est un bon exemple»; puis lord Radcliffe affirme à la p. 587 (l'endroit cité par lord Denning dans l'arrêt *Esso Petroleum*): [TRADUCTION] «Dans notre droit, est-il besoin de le rappeler, une même faute peut, au choix du demandeur, faire l'objet d'une action contractuelle ou d'une action délictuelle et, bien que le recours choisi puisse produire des conséquences secondaires que n'aurait pas entraînées l'autre recours, il est erroné de considérer les deux types de responsabilité comme devant nécessairement s'exclure mutuellement.» Il est intéressant de noter qu'en raison de son insistance sur la

doubt, however, that the recognition of concurrent liability in the master and servant relationship is well established. It was reaffirmed in *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, the other case cited by Lord Denning in *Esso Petroleum*, where again the action was for breach of contract, this time by an employee against his employer for injury suffered in the course of his employment, and the issue was whether the cause of action was in contract, within the applicable rule of service out of the jurisdiction, or entirely in tort, in which case the rule would not apply. The Court of Appeal held that while the master owes a tortious duty of care to his servant, such a duty is also an implied term of the contract of employment (citing *Lister*), and in case of injury the servant may at his option sue for breach of contract or in tort.

nature contractuelle des relations entre employeur et employé, un autre passage tiré des motifs de lord Radcliffe à la même page a été cité par lord Scarman dans la décision *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, à la p. 957, sur laquelle je reviendrai plus loin, à l'appui de son rejet de la responsabilité concurrente dans les relations entre banquier et client. Toutefois, il ne peut y avoir de doute que la reconnaissance de la responsabilité concurrente dans les relations entre employeur et employé est bien établie. Cela a été réaffirmé dans l'arrêt *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, l'autre affaire citée par lord Denning dans l'arrêt *Esso Petroleum*. Là encore, il s'agissait d'une action pour rupture de contrat, cette fois-ci intentée par un employé contre son employeur pour un préjudice corporel subi dans le cadre de son emploi, et la question était de savoir si la cause d'action était contractuelle, de manière à entraîner l'application de la règle relative à la signification hors du ressort, ou entièrement délictuelle, auquel cas la règle serait inapplicable. La Cour d'appel a conclu que le droit en matière de responsabilité délictuelle impose à l'employeur une obligation de diligence envers son employé, mais que cette obligation découle aussi de façon implicite du contrat de travail (l'arrêt *Lister* étant cité) et qu'en cas de préjudice l'employé peut, à son choix, poursuivre pour rupture de contrat ou intenter une action délictuelle.

The authority of *Esso Petroleum* on the question of concurrent liability was affirmed by the Court of Appeal in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, where, in a case involving the liability of a development company for breach of warranty and negligence, it was held that the plaintiffs were entitled to have judgment entered in their favour for the tort of negligence as well as for breach of contract. Megaw L.J. held that the principle of concurrent liability recognized in *Esso Petroleum* was a general one, not confined to the common callings and skilled professions. In *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856, which involved the application of an exclusion of liability in a contract for the provision of a night patrol service for the plaintiff's factory, Lord Denning

L'autorité de l'arrêt *Esso Petroleum* sur la question de la responsabilité concurrente a été confirmée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, portant sur la responsabilité d'une société de promotion immobilière pour inobservation de garantie et pour négligence, où on a conclu que les demandeurs pouvaient obtenir gain de cause aussi bien en ce qui concerne le délit civil de négligence que la rupture de contrat. Selon le lord juge Megaw, le principe de la responsabilité concurrente reconnu dans l'arrêt *Esso Petroleum* était de portée générale et ne se limitait pas aux professions publiques et aux métiers spécialisés. Dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856, où il était question de l'application d'une clause d'exonération de

referred to the principle of concurrent liability in general terms as follows at p. 862: "But, during the last few years, it has become plain that, if the facts disclose the self-same duty of care arising both in contract and in tort — and a breach of that duty — then the plaintiff can sue either in contract or in tort, as he pleases: see *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon* [1976] Q.B. 801, 818-820 and *Batty v. Metropolitan Properties Realisations Ltd.* [1978] 2 W.L.R. 500."

Esso Petroleum and *Hedley Byrne* were applied in *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, in which it was held that solicitors were liable to a client in tort as well as in contract for failure to register an option to purchase. It is not possible in these reasons to do justice to the judgment of Oliver J., which remains one of the most thorough and penetrating analyses of the authorities and the issues on the question of concurrent liability to be found in the cases. His essential concern in his canvass of the authorities was to determine whether he was free to find that the solicitors were liable in tort on the basis of *Hedley Byrne*, despite the existence of a contractual relationship. He concluded, in the light of the interpretation and application that had been given to *Hedley Byrne* in *Esso Petroleum* and of his own analysis of the speeches in *Hedley Byrne*, particularly that of Lord Devlin (to which I have referred in the discussion of *Nocton v. Lord Ashburton*) that the principle in *Hedley Byrne* applied to a relationship of the kind described there, whether or not the relationship was created by contract. He said at p. 413: "The inquiry upon which the court is to embark is 'what is the relationship between plaintiff and defendant?' not 'how did the relationship, if any, arise?'" On this view of *Hedley Byrne* he concluded that it was in conflict with the premise on which *Groom v. Crocker* and the cases which followed it had been decided and that he was free to follow *Esso Petroleum* on the question of concurrent liability. Oliver J. was of the opinion

responsabilité dans un contrat de fourniture d'un service de patrouille de nuit pour l'usine de la demanderesse, lord Denning a parlé en termes généraux du principe de la responsabilité concurrente, affirmant à la p. 862: [TRADUCTION] «Mais, au cours des dernières années, il est devenu évident que, si les faits révèlent l'existence d'une même obligation de diligence ayant un fondement à la fois contractuel et délictuel, et s'ils révèlent en outre un manquement à cette obligation, le demandeur peut alors fonder son action sur le contrat ou sur le délit civil, à sa guise: voir l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon* [1976] Q.B. 801, aux pp. 818 à 820, et l'arrêt *Batty v. Metropolitan Properties Realisations Ltd.* [1978] 2 W.L.R. 500.»

Les arrêts *Esso Petroleum* et *Hedley Byrne* ont été appliqués dans la décision *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, où on a conclu que des avocats avaient une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle envers un client pour avoir omis d'enregistrer une option d'achat. Il n'est pas possible dans les présents motifs de traiter à sa juste valeur le jugement du juge Oliver, qui demeure l'une des analyses les plus approfondies et perspicaces des précédents et des questions concernant la responsabilité concurrente, que l'on puisse trouver dans la jurisprudence. Dans son étude des arrêts, il a voulu essentiellement déterminer si l'arrêt *Hedley Byrne* permettait de conclure à la responsabilité délictuelle des avocats malgré l'existence de liens contractuels. Il a décidé, compte tenu de l'interprétation et de l'application données à l'arrêt *Hedley Byrne* dans l'arrêt *Esso Petroleum* et en se fondant sur sa propre analyse des propos tenus dans l'affaire *Hedley Byrne*, particulièrement ceux de lord Devlin (dont j'ai fait mention dans mon examen de l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*), que le principe posé par l'arrêt *Hedley Byrne* s'appliquait à des rapports du genre dont il y était question, que ceux-ci aient été créés ou non par un contrat. Le juge Oliver affirme, à la p. 413: [TRADUCTION] «Ce que le tribunal doit se demander c'est «quels sont les rapports entre le demandeur et le défendeur?» et non pas «comment les rapports, s'il en est, ont-ils pris naissance?» S'appuyant sur cette interprétation de l'arrêt *Hedley Byrne*, il a conclu que celui-ci était incom-

that *Esso Petroleum* presented a clear issue of concurrent liability despite the fact that the negligent misrepresentation had been made in pre-contract negotiations. On this point he said at p. 428, "The noticeable feature of this, in the present context, is that the contractual duty found by the Court of Appeal not only covered the same ground as, but was, in practical terms, identical and co-terminous with, the duty arising from a special relationship of the *Hedley Byrne* type", and at p. 432 he said, "As I read the case it is authority for the proposition that the existence of a contractual duty of care — in that case created by the warranty which the court found — does not preclude a parallel claim in tort under the *Hedley Byrne* principle."

patible avec la prémissé sur laquelle reposait l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions subséquentes dans le même sens et qu'il lui était donc loisible de suivre l'arrêt *Esso Petroleum* sur la question de la responsabilité concurrente. De l'avis du juge Oliver, l'affaire *Esso Petroleum* représentait nettement un cas de responsabilité concurrente, en dépit du fait qu'il y avait eu déclaration inexacte faite par négligence au cours des négociations préalables à la passation du contrat. À ce propos, il souligne, à la p. 428: [TRADUCTION] «Le point saillant dans le présent contexte est que non seulement l'obligation contractuelle à laquelle a conclu la Cour d'appel avait-elle la même portée que l'obligation découlant de relations spéciales du type dont il s'agissait dans l'arrêt *Hedley Byrne*, mais aussi, du point de vue pratique, elle était identique et assimilable à cette obligation.» À la page 432, le juge Oliver ajoute: [TRADUCTION] «Selon moi, l'arrêt établit que l'existence d'une obligation contractuelle de diligence — obligation qui, dans cette affaire, résultait de la garantie reconnue par la cour — n'écarte pas la possibilité d'intenter une action délictuelle parallèle en vertu du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*.»

The judgment of Oliver J. in *Midland Bank Trust* was referred to with approval by Sir Robert Megarry V.-C. in *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. That was an action for damages by the beneficiary of a will against solicitors of the testator for negligence in failing to warn the testator to whom they sent the will for execution that it should not be witnessed by the spouse of a beneficiary. It was argued on behalf of the solicitors that since a retained solicitor could not be liable to a client in tort, according to *Groom v. Crocker* and the cases which had followed it, he should not be exposed to liability in tort to a third person for negligence in the performance of the services for which he had been retained. In rejecting the premise on which this contention was based, Sir Robert Megarry V.-C. referred to *Groom v. Crocker* and the cases which followed it on the nature of the solicitor's liability to a client as having been "rejected" in *Esso Petroleum* and spoke of the judgment of Oliver J. in *Midland Bank Trust* as follows at p. 308: "I would, indeed, express my most respectful concurrence in an

La décision *Midland Bank Trust* du juge Oliver a reçu l'approbation du vice-chancelier sir Robert Megarry dans l'affaire *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. Il s'agissait là d'une action en dommages-intérêts intentée par le bénéficiaire nommé dans un testament contre les avocats du testateur pour avoir fait preuve de négligence en omettant de prévenir le testateur, quand ils lui ont envoyé le testament pour signature, que le conjoint d'un bénéficiaire ne devait pas servir de témoin. On a soutenu pour le compte des avocats que, puisque, suivant l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions qui l'ont suivi, la responsabilité d'un avocat envers son client ne pouvait être délictuelle, il ne devait pas non plus être exposé à une responsabilité délictuelle envers une tierce personne pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services audit client. En repoussant la prémissé sur laquelle reposait cet argument, le vice-chancelier sir Robert Megarry a dit, au sujet de l'arrêt *Groom v. Crocker* et des décisions qui l'ont suivi quant à la nature de la responsabilité d'un avocat envers son client, qu'ils avaient été «rejetés» par

exhaustive and convincing discussion of a complex subject." In *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753, where it was conceded for purposes of the argument in the Court of Appeal that a retained solicitor could be sued by a client in tort as well as in contract for negligent advice, Dunn L.J. said at p. 764 that he found the reasoning of Oliver J. in *Midland Bank Trust* "wholly convincing".

l'arrêt *Esso Petroleum* et, au sujet de la décision *Midland Bank Trust* du juge Oliver, il fait les observations suivantes, à la p. 308: [TRADUCTION] «En fait, je tiens à exprimer mon approbation très respectueuse d'une étude à la fois exhaustive et convaincante d'un sujet complexe.» Dans l'affaire *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753, où l'on a reconnu aux fins des débats devant la Cour d'appel qu'un client qui avait retenu les services d'un avocat pouvait intenter contre celui-ci une action aussi bien délictuelle que contractuelle pour des mauvais conseils donnés par négligence, lord juge Dunn affirme, à la p. 764, qu'il trouve [TRADUCTION] «tout à fait convaincant» le raisonnement du juge Oliver dans la décision *Midland Bank Trust*.

I turn now to a consideration of the impact of *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust* on the Canadian jurisprudence with respect to the question of concurrent liability. Before *Esso Petroleum* the views of provincial courts of appeal on the question of concurrent liability are reflected in *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, and *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702. In *Schwebel*, where the issue was whether an action against a notary public for negligence was statute-barred, Laskin J.A. (as he then was), delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal, said at p. 543, "The only circumstance that could bring any duty of the defendant to the plaintiff herein into operation was her contracting for the defendant's assistance". He added, citing *Groom v. Crocker* and *Clark v. Kirby-Smith*, that "the duty of care arose by virtue of the contractual relationship and had no existence apart from that relationship". He referred to *Brown v. Boorman* as reflecting "a line of older authority" on the question of concurrent liability. He concluded, however, referring to *Howell v. Young* and other cases to similar effect, that it would not have made a difference in the result if the notary public could have been sued in tort as well as in contract because the limitation period began to run when the breach of duty (or damage) occurred and not when it was or ought to have been discovered. In *Sealand*, the British Columbia Court of Appeal relied on *Nunes Diamonds* for the view that naval architects could not

Je passe maintenant à un examen de l'effet de l'arrêt *Esso Petroleum* et de la décision *Midland Bank Trust* sur la jurisprudence canadienne relative à la question de la responsabilité concurrente. La façon dont les cours d'appel provinciales percevaient la responsabilité concurrente avant l'arrêt *Esso Petroleum* se dégage des arrêts *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, et *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702. Dans l'arrêt *Schwebel*, la question était de savoir si une action contre un notaire pour cause de négligence était prescrite. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada), qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, affirme à la p. 543: [TRADUCTION] «Le seul élément qui, en l'espèce, pouvait imposer au défendeur une obligation envers la demanderesse était le contrat que cette dernière avait passé pour obtenir l'aide du défendeur.» Le juge Laskin, citant l'arrêt *Groom v. Crocker* et la décision *Clark v. Kirby-Smith*, a ajouté que [TRADUCTION] «l'obligation de diligence découlait des liens contractuels et ne pouvait exister indépendamment de ceux-ci». Il a dit que la décision *Brown v. Boorman* reflétait [TRADUCTION] «un courant de jurisprudence plus ancienne» sur la question de la responsabilité concurrente. Cependant, il a conclu, au sujet de la décision *Howell v. Young* et d'autres décisions dans le même sens, que le résultat aurait été identique si le notaire avait pu faire l'objet d'une action délictuelle aussi bien que contractuelle puisque le délai de prescription commençait à courir à

be liable in tort, on the basis of *Hedley Byrne*, for negligent misstatement in the performance of a contract. Seaton J.A. expressed the rationale for the denial of concurrent liability in such a case as follows at p. 705: "If additional duties and liabilities are to be attached, it will have the effect of changing the bargain made by the parties. That would be inappropriate."

partir du moment où s'est produit le manquement à l'obligation (ou le dommage) et non à partir du moment où il a été ou aurait dû être découvert. Dans l'arrêt *Sealand*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a invoqué l'arrêt *Nunes Diamonds* pour appuyer le point de vue que l'arrêt *Hedley Byrne* ne pouvait jouer de manière à entraîner la responsabilité délictuelle d'architectes navals pour une déclaration inexacte faite par négligence dans l'exécution d'un contrat. À la page 705, le juge Seaton justifie ainsi le rejet de la responsabilité concurrente dans un tel cas: [TRADUCTION] «Si d'autres devoirs et responsabilités doivent être ajoutés, cela aura pour effet de changer le marché conclu entre les parties, ce qui ne siérait guère.»

Esso Petroleum was followed by a majority of the Ontario Court of Appeal in *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.*, and *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230, where it was held that engineers and architects could be liable in tort for negligence in the performance of a contract. The court also held that a contractor or builder was subject to concurrent liability in such a case. Jessup J.A., with whom Zuber J.A. concurred, dealt in *Dominion Chain* with the question of concurrent liability in both appeals. With respect to the liability of the engineers in *Dominion Chain* and the liability of the architect in *Dabous*, Jessup J.A. said that as a result of *Esso Petroleum* he was free to follow the "line of older authority" on concurrent liability referred to by Laskin J.A. in *Schwebel* and reflected, in so far as persons professing skill in a calling are concerned, in the statement of principle in *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), p. 6, which I have quoted above in the discussion of the status relationships, and in which it was said that "every one who professes skill in a calling is bound by the law, agreement or no agreement, to show a reasonable amount of such skill". Jessup J.A. indicated the extent to which he proposed to adopt the principle of concurrent liability supported by the line of older authority, in so far as the liability of the engineers and the architect was concerned. Referring to *Esso Petroleum* as having approved *Brown v. Boorman*,

L'arrêt *Esso Petroleum* a été suivi par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité dans les arrêts *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.*, et *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230, où on a décidé qu'il pouvait y avoir de la part d'ingénieurs et d'architectes une responsabilité délictuelle pour cause de négligence dans l'exécution d'un contrat. La cour a conclu en outre qu'un entrepreneur ou un constructeur était assujetti à une responsabilité concurrente en pareil cas. Le juge Jessup, dont l'avis a été partagé par le juge Zuber, a abordé dans l'arrêt *Dominion Chain* la question de la responsabilité concurrente soulevée dans les deux appels. Au sujet de la responsabilité des ingénieurs dans l'affaire *Dominion Chain* et de celle de l'architecte dans l'affaire *Dabous*, le juge Jessup a dit que, par suite de l'arrêt *Esso Petroleum*, il était libre de suivre le «courant de jurisprudence plus ancienne» sur la question de la responsabilité concurrente, dont parle le juge Laskin dans l'arrêt *Schwebel* et qui est reflété, en ce qui concerne les personnes qui se prétendent compétentes dans une profession, dans l'énoncé de principe que l'on trouve dans *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), à la p. 6, que j'ai déjà cité en traitant des relations créatrices de statut, et qui porte notamment que «quiconque se prétend compétent dans une profession est légalement tenu, qu'il y ait ou non contrat, de faire montre d'un niveau de compétence raisonnable». Le juge Jessup a indiqué la mesure dans laquelle il entendait adopter, en ce qui concerne la responsabilité des ingénieurs et de l'architecte, le principe de la

as it applied to "professional men", and quoting from Winfield, he said at pp. 392-93:

I confine myself to the nature of the liabilities of those who do profess skills in a calling which a reasonable man would rely on and leave the case of unskilled employments to another day. However, I can find no justification in principle, authority or policy for the modern English trend, noted by some of the law authors, to close the categories of callings to whom the principle stated by Winfield applies: e.g., Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), at p. 131 *et seq.* The anachronistic exemption of solicitors from concurrent tort liability has been ended in England by *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, where the modern authorities referred to in *Schwebel* are overruled.

Jessup J.A. based the concurrent liability of the contractor in *Dominion Chain* and the builder in *Dabous* on the principle of tortious liability affirmed in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, from which at one point in his reasons he quoted the following dictum on concurrent liability of Lord Macmillan at p. 610:

The fact that there is a contractual relationship between the parties which may give rise to an action for breach of contract, does not exclude the co-existence of a right of action founded on negligence as between the same parties, independently of the contract, though arising out of the relationship in fact brought about by the contract. Of this the best illustration is the right of the injured railway passenger to sue the railway company either for breach of the contract of safe carriage or for negligence in carrying him.

The observations of Jessup J.A. with reference to *Nunes Diamonds* and other cases which have applied *Elder Dempster* to the question of concurrent liability were of particular significance for subsequent consideration of the principle for which those cases stand. He referred to the citation by Estey J.A. in *Hartman v. The Queen* in right of

responsabilité concurrente préconisé par le courant jurisprudentiel plus ancien. Affirmant que, dans l'arrêt *Esso Petroleum*, on avait approuvé la décision *Brown v. Boorman* dans la mesure où elle ^a s'appliquait aux [TRADUCTION] «personnes exerçant une profession libérale» et citant un extrait de Winfield, il dit, aux pp. 392 et 393:

[TRADUCTION] Je limite mes observations à la nature des responsabilités de ceux qui prétendent posséder des compétences professionnelles en lesquelles un homme raisonnable aurait confiance, et je reporte à une autre occasion le cas des métiers non spécialisés. Toutefois, je ne connais aucun principe, aucune décision, ni aucune politique justifiant la tendance anglaise moderne, constatée par certains auteurs de doctrine, à fermer les catégories de professions auxquelles s'applique le principe énoncé par Winfield: par exemple, Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), à la p. 131 et suiv. L'exemption anachronique de toute responsabilité délictuelle concurrente de la part des avocats a été abolie en Angleterre par l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, qui rejette la jurisprudence moderne mentionnée dans l'arrêt *Schwebel*.

^e Le juge Jessup a fondé la responsabilité concurrente de l'entrepreneur dans l'affaire *Dominion Chain* et du constructeur dans l'affaire *Dabous* sur le principe de la responsabilité délictuelle énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, duquel il a cité dans ses motifs l'opinion incidente suivante de lord Macmillan portant sur la responsabilité concurrente, à la p. 610:

[TRADUCTION] Le fait qu'il existe entre les parties des liens contractuels qui peuvent donner lieu à une action pour rupture de contrat n'empêche pas que ces mêmes parties aient en même temps un droit d'action fondé sur la négligence indépendamment du contrat, quoique ce droit d'action découle de la relation de fait créé par le contrat. La meilleure illustration de cela est le droit du voyageur qui a subi un préjudice corporel de poursuivre la compagnie ferroviaire soit pour cause de rupture du contrat de transport sans risque, soit pour cause de négligence dans le transport.

ⁱ Les observations du juge Jessup concernant l'arrêt *Nunes Diamonds* et d'autres décisions qui ont appliqué l'arrêt *Elder Dempster* à la question de la responsabilité concurrente revêtaient une importance particulière pour son étude subséquente du principe établi par cette jurisprudence. Il fait mention de ce que, dans l'arrêt *Hartman v. The Queen*

Ontario (1973), 2 O.R. (2d) 244, at p. 257 of *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, at p. 213, where Scrutton L.J. said: "Further, in my view, where the defendant has protection under a contract, it is not permissible to disregard the contract and allege a wider liability in tort: *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*" Jessup J.A. said at p. 399 in *Dominion Chain* that *Elder Dempster, Brooklands Auto Racing* and *Nunes Diamonds* were cases that stood for the proposition that a plaintiff cannot escape a contractual exclusion or limitation of liability, whether express or implied, by reliance on a concurrent liability in tort. Wilson J.A., dissenting in *Dominion Chain* and *Dabous* on the question of concurrent liability, was of the view that because of the different legal consequences attaching to the distinction between contract and tort the recognition of concurrent liability should not extend beyond the categories for which there was clear historical warrant. She referred to *Jarvis, Bagot, Schwebel*, and *Nunes Diamonds*, among other cases, but she appears to have placed particular reliance on the reasoning in *Bagot*, as indicated by the following passages in her reasons at pp. 408 and 414 respectively:

in right of Ontario (1973), 2 O.R. (2d) 244, à la p. 257, le juge Estey de la Cour d'appel cite la décision *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, à la p. 213, où lord juge Scrutton affirme: [TRADUCTION] «De plus, selon moi, lorsque le défendeur bénéficie d'une protection en vertu d'un contrat, on ne saurait faire abstraction de ce contrat et alléguer une responsabilité plus large fondée sur un délit civil: *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*» À la page 399 de l'arrêt *Dominion Chain*, le juge Jessup affirme que les arrêts *Elder Dempster, Brooklands Auto Racing* et *Nunes Diamonds* appuient la proposition selon laquelle un demandeur ne peut, en invoquant une responsabilité concurrente fondée sur un délit civil, éluder une exonération ou une limitation de responsabilité prévue, expressément ou implicitement, par un contrat. Le juge d'appel Wilson, dissidente dans les arrêts *Dominion Chain* et *Dabous* sur la question de la responsabilité concurrente, a estimé qu'en raison des conséquences juridiques différentes découlant de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, la responsabilité concurrente ne devait pas être reconnue en dehors des catégories pour lesquelles cela était nettement justifié historiquement. Elle a fait mention notamment des arrêts *Jarvis, Bagot, Schwebel* et *Nunes Diamonds*, mais paraît s'être fondée particulièrement sur le raisonnement employé dans l'arrêt *Bagot*, comme l'indiquent les passages suivants de ses motifs tirés des pp. 408 et 414, respectivement:

g [TRADUCTION] En d'autres termes, il semblerait que, si les actes ou les omissions reprochés par le demandeur sont reliés aux questions mêmes visées par le contrat, l'action du demandeur repose essentiellement sur le manquement à l'obligation contractuelle de diligence plutôt que sur le manquement à l'obligation générale de diligence envers son «prochain» qui existe en matière délictuelle;

h Dans la présente instance, où la surveillance faite de manière négligente constitue l'essentiel de l'allégation et où la surveillance constitue la condition essentielle du contrat, c'est à juste titre, à ce qu'il me semble, que l'action est fondée sur le contrat.

j Le juge Wilson semble avoir estimé que l'arrêt *Esso Petroleum* pouvait faire l'objet d'une distinc-

In other words, it would appear that if the acts or omissions complained of by the plaintiff are in relation to the very matters covered by the contract, the essence of the plaintiff's action is breach of the contractual duty of care rather than breach of the general duty of care owed to one's "neighbour" in tort;

In this case where negligent supervision is the substance of the allegation and supervision is the essence of the contract the action, in my view, is properly framed in contract.

Wilson J.A. appears to have regarded *Esso Petroleum* as distinguishable on the ground that it

involved a representation in pre-contract negotiations.

The appeal of the engineers in *Dominion Chain* to this Court against the rejection of their claim for contribution from the contractor was dismissed in *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, on the ground that it was an essential condition of the right to contribution under s. 2 of *The Negligence Act* of Ontario that the person from whom contribution is sought should be liable to the plaintiff and in this case the contractor had been found not to be liable to the plaintiff by reason of provisions in the construction contract excluding or limiting liability. For this reason the Court found it unnecessary to determine whether the contractor and the engineers could be liable in tort as well as in contract to the owner. It expressed the view, assuming that the contractor could have been liable in tort, that the provisions in the construction contract excluding or limiting liability would have applied to the liability in tort as well as to the liability for breach of contract. As Laskin C.J. put it at p. 1355: "In the present case, it was the same negligence, whether regarded as a breach of contract or as a basis for an independent tort claim, which lay at the base of any claim by the plaintiff against Eastern for damages."

In 1978, after judgment was pronounced in *Smith v. McInnis*, on March 7th, there were three other reported decisions in Canada on the liability of the solicitor to a client which I shall refer to briefly in their chronological order. In *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381, a solicitor was sued by a client for breach of the duty to ensure that the client got a good title to certain land, and the issue turning on the question of concurrent liability was the application of the statute of limitations. Mifflin C.J.T.D. in the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, applied *Esso Petroleum* and *Dominion Chain* in concluding as

tion en ce qu'il y était question d'une déclaration faite au cours de négociations préalables au contrat.

a Le pourvoi que les ingénieurs dans l'affaire *Dominion Chain* ont formé devant cette Cour contre le rejet de leur demande de contribution de l'entrepreneur a été rejeté dans l'arrêt *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346, pour le motif que le droit à une contribution en vertu de l'art. 2 de *The Negligence Act* de l'Ontario comportait comme condition essentielle que la personne à qui la contribution était réclamée soit responsable envers le demandeur et, dans cette affaire, l'entrepreneur avait été déclaré non responsable envers la demanderesse parce que le contrat de construction contenait des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité. C'est pour cette raison que la Cour n'a pas jugé nécessaire de déterminer si l'entrepreneur et les ingénieurs pouvaient avoir envers la propriétaire une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle. La Cour s'est dite d'avis, b en supposant que l'entrepreneur pouvait avoir une responsabilité délictuelle, que les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité contenues dans le contrat de construction se seraient appliquées tant à la responsabilité délictuelle qu'à la responsabilité pour rupture de contrat. Comme l'a souligné le juge en chef Laskin, à la p. 1355: «Il s'agit en l'espèce de la même négligence, qu'elle soit considérée comme l'inexécution du contrat ou comme le fondement d'un recours délictuel distinct, qui a fait naître la demande de dommages-intérêts par la demanderesse contre Eastern.»

En 1978, après que l'arrêt *Smith c. McInnis*, eut été rendu, trois autres décisions portant sur la responsabilité d'un avocat envers son client ont été publiées au Canada. J'examinerai brièvement ces décisions dans l'ordre chronologique. Dans l'affaire *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381, un avocat a été poursuivi par un client pour avoir manqué à l'obligation de s'assurer que ce client reçoive un titre valable sur un certain bien-fonds et la question liée à celle de la responsabilité concurrente était l'application du délai de prescription. Le juge en chef Mifflin de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve,

follows at p. 388: "In my view in the present case the claim of the plaintiff can be said to be equally founded on contract and on tort, and he can rely on whichever foundation gives him the more favourable position under the statute." In *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693, solicitors were sued by their client, the bank, for the damage caused by the release of mortgage funds to the borrower before the mortgage was executed and registered. The action of the solicitors was contrary to the instructions in the bank's "Requisition to Lawyer" form. Although the plaintiff does not appear to have asserted a concurrent or alternative liability in tort, the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, in grounding liability on the solicitor's failure to comply with the client's instructions respecting release of the mortgage funds, said that the liability of a solicitor to a client was contractual. Hughes C.J.N.B., delivering the judgment of the Appeal Division, said at p. 700: "A solicitor's liability to his client for professional negligence is based on breach of the terms of his engagement, the liability being contractual in nature: See *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, per Laskin J.A., at p. 543; *Rowswell v. Pettit et al.* (1968), 68 D.L.R. (2d) 202. It was the failure by the defendants to follow the instructions which they had been given respecting disbursement from the trust fund which constituted their breach of the contract and entitled the Bank to damages." In *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49, a majority of the Ontario Court of Appeal (Arnup and Martin JJ.A.) held that the liability of a solicitor to his client for a negligent failure to discover that a vendor did not have title to a significant part of the land to be purchased by his clients was in contract only. Arnup J.A. said at p. 52: "I agree also that the basis of liability of the defendant solicitor lies in breach of contract. In this respect the cases appear to be uniform." Zuber J.A., concurring in the result, which turned on the measure of damages, since it would not have been different had the solicitor been held to be liable in tort as well as contract, differed from the majority on the question of concurrent liability. He said, citing *Esso Petroleum* and *Dominion Chain*, at p. 54: "A solicitor, being one of those

appliquant les arrêts *Esso Petroleum* et *Dominion Chain*, est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 388: [TRADUCTION] «À mon avis, on peut dire en l'espèce que la réclamation du demandeur a un fondement également contractuel et délictuel; en conséquence, il lui est loisible d'invoquer le fondement qui, suivant la loi, lui est le plus avantageux.» Dans la décision *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693, des avocats ont été poursuivis par leur cliente, la banque, pour le préjudice résultant du fait que les fonds hypothécaires ont été mis à la disposition de l'emprunteur avant que l'acte constitutif de l'hypothèque ne soit signé et enregistré. Les avocats ont ainsi agi d'une manière contraire aux instructions qu'ils avaient reçues de la banque sur la formule intitulée [TRADUCTION] «Directives à l'avocat». Bien que la demanderesse ne paraisse pas avoir allégué une responsabilité concurrente ou alternative résultant d'un délit civil, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, qui a fondé la responsabilité sur l'omission de l'avocat de suivre les instructions de sa cliente relativement à la remise des fonds hypothécaires, a qualifié de contractuelle la responsabilité d'un avocat envers son client. Le juge en chef Hughes, auteur des motifs de la Division d'appel, écrit, à la p. 700: [TRADUCTION] «La responsabilité d'un avocat envers son client pour négligence dans l'exercice de sa profession repose sur la violation des conditions auxquelles ses services ont été retenus; il s'agit donc d'une responsabilité de nature contractuelle: voir *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, le juge d'appel Laskin, à la p. 543; *Rowswell v. Pettit et al.* (1968), 68 D.L.R. (2d) 202. C'est l'omission des défendeurs de suivre les instructions relatives au paiement des fonds en fiducie qui constituait la rupture de contrat et faisait que la banque avait droit à des dommages-intérêts.» Dans l'arrêt *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (les juges Arnup et Martin) a conclu à la nature purement contractuelle de la responsabilité d'un avocat envers son client pour l'omission par négligence de découvrir qu'un vendeur n'avait pas de titre de propriété sur une partie importante du bien-fonds que voulaient acheter ses clients. Le juge Arnup affirme, à la p. 52: [TRADUCTION] «Je

who profess skills in a calling, is liable for failure to exercise those skills both in tort and contract." To these cases may be added *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R. (3d) 480, in which a solicitor was sued by a client for negligently drafting an option to purchase which proved to be unenforceable. The issue turning on the question of concurrent liability was whether the action was statute-barred. Kirke Smith J. in the British Columbia Supreme Court held, applying *Esso Petroleum, Dominion Chain, Midland Bank Trust, and Power*, that the solicitor was liable in tort as well as contract and that the action was not statute-barred because the limitation period began to run from the time the damage was discovered or ought reasonably to have been discovered, which was when the client sought to exercise the option and was met by the objection that it was not enforceable. Kirke Smith J. said at p. 484:

In the result, I conclude that, in the case of a professional man such as the defendant, a plaintiff client can claim either in contract or in tort, basing that claim "on whichever foundation gives him the more favourable position under the statute" to adopt the language of Mifflin, C.J.T.D. (at p. 388), in the *Power* case.

I am informed that an appeal in *Jacobson* was abandoned on March 27, 1980.

In *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, the

suis également d'accord pour dire que la responsabilité de l'avocat défendeur est fondée sur la rupture de contrat. À cet égard, la jurisprudence paraît constante.» Le juge Zuber, qui a souscrit à la conclusion — qui reposait sur le calcul des dommages-intérêts — étant donné qu'elle n'aurait pas été différente si on avait conclu que la responsabilité de l'avocat était aussi bien délictuelle que contractuelle, n'a pas partagé l'avis de la majorité b sur la question de la responsabilité concurrente. Citant les arrêts *Esso Petroleum* et *Dominion Chain*, le juge Zuber affirme, à la p. 54: [TRADUCTION] «Un avocat, étant une personne qui prétend posséder des compétences dans une profession, assume une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle s'il n'exerce pas ces compétences.» À ces arrêts on peut ajouter l'affaire *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R. (3d) 480, dans laquelle un avocat a été poursuivi par un client pour avoir fait preuve de négligence dans la rédaction d'une option d'achat qui s'est révélée non exécutoire. La question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir si e l'action était prescrite. Le juge Kirke Smith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a appliqué les décisions *Esso Petroleum, Dominion Chain, Midland Bank Trust* et *Power* pour conclure que la responsabilité de l'avocat était aussi bien délictuelle que contractuelle et que l'action n'était pas prescrite parce que le délai de prescription commençait à courir à partir du moment où le préjudice a été découvert ou aurait dû raisonnablement l'être, c'est-à-dire lorsque le client a essayé de lever l'option et s'est buté à l'objection du caractère non exécutoire de celle-ci. Le juge Kirke Smith dit, à la p. 484:

[TRADUCTION] En définitive, je conclus que dans le cas d'une personne qui exerce une profession libérale, comme c'est le cas du défendeur, la réclamation du client demandeur peut avoir un fondement soit contractuel, soit délictuel, selon «le fondement qui, suivant la loi, lui est le plus avantageux», pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Mifflin (à la p. 388) dans l'affaire *Power*.

J'ai appris que le 27 mars 1980 on s'est désisté de l'appel interjeté dans l'affaire *Jacobson*.

j Dans l'arrêt *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, la

British Columbia Court of Appeal held that an architect was liable in tort as well as contract to the owner of a building for failure to inform the owner, as he had been advised by an engineer retained by him, that a proper soils test was required to determine the load-bearing capacity of the soil. The engineer, who did not have a contract with the owner, was held to be liable in tort to the owner for negligent misstatement in failing, when giving a letter in the nature of a soils report and a certificate of compliance with the national building code, to inform the owner that a proper soils test had not been carried out and that there was a risk in proceeding with the construction of the building in the absence of such a test. The issue turning on the question of the concurrent liability of the architect was whether there could be apportionment of liability between the architect and the engineer under the *Contributory Negligence Act*. Hinkson J.A., delivering the unanimous judgment of the Court of Appeal, applied the principle of liability laid down by Lord Shaw in *Nocton v. Lord Ashburton* in holding that the architect was liable in tort to the owner for failure to warn the owner of the risk of proceeding with the construction upon the basis of an inadequate soils investigation. He held that *Nunes Diamonds* did not prevent a finding of concurrent liability in tort and contract in this case because there was no contractual limitation of liability in issue and the general question of concurrent liability in tort, where there is a contractual relationship, had been left open by the majority opinion of this Court in *Smith v. McInnis*. He said at pp. 236-37:

The decision in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, *supra*, does not prevent the Court from finding Church liable for negligence as well as for breach of contract, in the present circumstances. In the *Nunes* case, the parties had by their contract agreed on the extent of the liability of the defendant in the event a breach of contract occurred. In those circumstances, it was held that it was not appropriate to rewrite the terms of the agreement between the parties

Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'un architecte avait une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle envers le propriétaire d'un édifice pour avoir omis de l'informer, comme a lui avait conseillé de le faire un ingénieur dont il avait retenu les services, qu'il fallait procéder à une analyse adéquate du sol afin de déterminer sa capacité de charge. Il a été jugé que l'ingénieur, qui n'était pas lié par contrat avec le propriétaire, b avait une responsabilité délictuelle envers ce dernier pour avoir fait par négligence une déclaration inexacte en omettant, au moment de remettre une lettre constituant une sorte de rapport sur le sol et c un certificat de conformité avec le code national du bâtiment, d'informer le propriétaire qu'une analyse adéquate du sol n'avait pas été pratiquée et qu'à défaut d'une telle analyse, on ne pouvait procéder sans risque à la construction de l'édifice. d La question liée à celle de la responsabilité concurrente de l'architecte était de savoir si la *Contributory Negligence Act* autorisait le partage de la responsabilité entre l'architecte et l'ingénieur. Le juge Hinkson, qui a rendu l'arrêt unanime de la f Cour d'appel, a appliqué le principe de la responsabilité délictuelle de l'architecte envers le propriétaire pour avoir omis de l'avertir du risque de procéder à la construction sur la foi d'une analyse inadéquate du sol. Il a jugé que l'arrêt *Nunes Diamonds* n'empêchait pas de conclure, en l'espèce, à l'existence d'une responsabilité concurrente ayant un fondement à la fois délictuel et contractuel puisque le contrat ne prévoyait aucune limitation de responsabilité et que la question générale de la responsabilité délictuelle concurrente dans une situation où il existe des liens contractuels était restée entière à la suite de l'opinion exprimée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Smith c. McInnis*. Selon le juge Hinkson, aux pp. 236 et 237:

[TRADUCTION] L'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, précité, n'empêche pas la cour de conclure dans les présentes circonstances à la responsabilité de Church aussi bien pour négligence que pour rupture de contrat. Dans l'affaire *Nunes*, les parties s'étaient entendues dans leur contrat sur l'étendue de la responsabilité de la défenderesse en cas de rupture de contrat. On a jugé que, dans cette situation, il ne serait guère approprié de modifier les termes du

to impose a greater liability than that agreed upon between the parties. However, it is clear that a party to a contract may, because of the relationship established thereby between the parties, assume common law duties in addition to the obligations imposed by the contract. When such a duty is not performed, it is not then open to the negligent party to attempt to avoid the consequences of his negligence by invoking the contract, if its terms do not limit the liability.

contrat entre les parties de manière à imposer une responsabilité plus lourde que celle convenue par ces dernières. Il est cependant clair qu'une partie à un contrat peut, en raison des liens que ce contrat crée entre les parties, assumer des obligations de *common law* en sus de celles imposées par le contrat. S'il y a un manquement à une telle obligation, la partie qui a fait preuve de négligence ne saurait alors tenter d'échapper aux conséquences de sa négligence en invoquant le contrat si celui-ci ne comporte pas de clause limitant la responsabilité.

While one view of the *Nunes* case might be that where the parties have a contractual relationship any claim lies only in contract, in the recent case of *Smith et al. v. McInnis et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 190, [1978] 2 S.C.R. 1357, 25 N.S.R. (2d) 272 *sub nom. Webb Real Estate Ltd. et al. v. McInnis et al.*, the Supreme Court of Canada in dealing with a claim against a solicitor left open the question whether a solicitor's liability to his client lies in tort or only in contract.

Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd. (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135, was a case in which concurrent liability was applied in favour of the defendant. The plaintiff gas company brought an action for breach of contract against the defendant surveyors for damage caused by an error in surveying and staking out a natural gas pipeline. The issue turning on the question of concurrent liability was whether the defendants could raise the defence of contributory negligence under *The Contributory Negligence Act*. A majority of the Alberta Court of Appeal (Prowse and Harradence J.J.A.) held that the defendant was liable to the plaintiff in tort as well as in contract, and that the plaintiff could not, by framing its action in contract alone, deprive the defendant of the defence of contributory negligence. Haddad J.A., dissenting, held that there had not been contributory negligence on the part of the plaintiff. On the question of concurrent liability Prowse J.A., who delivered the judgment of the majority, framed the issue as follows at p. 151: "The question being considered is whether facts which establish a breach of contract and arise from carelessness in the performance of a contract may be held to constitute a breach of the

Selon une interprétation qu'on pourrait donner à l'arrêt *Nunes*, lorsque les parties sont liées par un contrat, une réclamation ne peut avoir d'autre fondement que le contrat. Toutefois, dans l'affaire récente *Smith et al. c. McInnis et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 190, [1978] 2 R.C.S. 1357, 25 N.S.R. (2d) 272, sous le titre de *Webb Real Estate Ltd. et al. v. McInnis et al.*, la Cour suprême du Canada, en examinant une réclamation contre un avocat, a laissé entière la question de savoir si la responsabilité d'un avocat envers son client est délictuelle ou purement contractuelle.

Dans l'affaire *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135, le principe de la responsabilité concurrente a été appliqué en faveur de la défenderesse. La société gazière demanderesse a intenté contre la société d'arpentage défenderesse une action pour rupture de contrat par suite du préjudice résultant d'une erreur d'arpentage et d'une erreur dans le jalonnement d'un gazoduc. La question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir si la défenderesse pouvait, en vertu de *The Contributory Negligence Act*, opposer comme moyen de défense la faute de la victime. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité (les juges Prowse et Harradence) a conclu que la responsabilité de la défenderesse envers la demanderesse était aussi bien délictuelle que contractuelle et que la demanderesse ne pouvait, en fondant son action uniquement sur le contrat, priver la défenderesse du moyen de défense fondé sur la faute de la victime. Le juge Haddad, dissident, est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de faute de la part de la victime demanderesse. Le juge Prowse, qui a rédigé les motifs de la majorité, a formulé ainsi la question de la responsabilité concurrente, à la p. 151: [TRADUCTION] «La question à l'étude est de

common law duty of care set out in *Donoghue v. Stevenson* and give rise to an action in tort between the parties to the contract." After consideration of the scope of the principle of tortious liability affirmed in that case and in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and an extensive review of the cases on concurrent liability, including *Nunes Diamonds*, *Esso Petroleum*, *Midland Bank Trust*, and *Dominion Chain*, Prowse J.A. concluded that a common law duty of care arose from the relationship of proximity or neighbourhood between the parties independently of the contract. He said at p. 152:

The duty that arises at common law is not connected, in law, with the contract. The contract is only of historical interest and the presence or absence of a contract is not the test for determining whether the duty arises. That is determined by resolving whether the necessary relationship of proximity or neighbourhood is present, for one does not cease being a neighbour merely because he happens to be a party to a contract, unless the contract negates the duty.

Prowse J.A. held that the court should treat the plaintiff's action as being in substance one in tort permitting the defendant to raise the defence of contributory negligence under *The Contributory Negligence Act*, because that characterization would lead to a just result.

In *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.*, the respondent telephone company sued the appellant engineers for breach of contract and negligence in the design of a tower. The trial judge found the engineers liable for breach of contract but held that they could not be concurrently liable in tort. On the appeal to the New Brunswick Court of Appeal the issue which turned on the question of concurrent liability was the time at which the cause of action arose for purposes of determining the applicable statutory provision respecting jurisdiction to award interest.

savoir si des faits qui établissent l'existence d'une rupture de contrat et qui résultent d'une négligence dans l'exécution du contrat peuvent être considérés comme constituant un manquement à l'obligation de diligence en *common law* énoncée dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* et s'ils peuvent donner lieu à une action délictuelle entre les parties au contrat." Après avoir examiné la portée du principe de la responsabilité délictuelle posé dans cet arrêt et dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et après avoir procédé à une étude approfondie de la jurisprudence portant sur la responsabilité concurrente, dont les arrêts *Nunes Diamonds*, *Esso Petroleum*, *Midland Bank Trust* et *Dominion Chain*, le juge Prowse a conclu qu'une obligation de diligence en *common law* découlait des rapports étroits qui existaient entre les parties indépendamment du contrat. À la page 152, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] L'obligation qui découle en *common law* est sans lien juridique avec le contrat. Celui-ci ne revêt qu'un intérêt historique et l'existence ou l'inexistence d'un contrat n'est pas le critère qui permet de déterminer s'il y a une telle obligation. Cela est déterminé en établissant si les rapports nécessaires sont présents, car ces rapports subsistent même pour une partie à un contrat, à moins que le contrat ne supprime l'obligation.

f Le juge Prowse a conclu que la cour devait considérer l'action de la demanderesse comme fondée essentiellement sur un délit civil, de sorte que la défenderesse pouvait, en vertu de *The Contributory Negligence Act*, invoquer la faute de la victime comme moyen de défense, parce que c'est en qualifiant ainsi l'action qu'on allait s'assurer que justice soit rendue.

h Dans l'affaire *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.*, la société de téléphone intimée a poursuivi la société d'ingénieurs appelante pour rupture de contrat et pour négligence dans la conception d'une tour. Le juge i de première instance a conclu à la responsabilité des ingénieurs pour rupture de contrat, mais il a jugé qu'ils ne pouvaient en même temps avoir une responsabilité délictuelle. En appel devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, la question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir quand la cause d'action avait pris naissance

The Court of Appeal held that there was a cause of action in tort as well as in contract, and that there was as a result jurisdiction to award interest. In the course of his very thorough discussion of the authorities and the issues on concurrent liability, La Forest J.A. (as he then was), who delivered the unanimous judgment of the Court of Appeal, made two points that appear in the earlier decisions to which I have referred. The first, that was emphasized in *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust*, is that it would be anomalous if a person who has assumed responsibility gratuitously is subject to the legal consequences of tortious liability for a particular act or omission but a person who has assumed such responsibility under contract is not. The second point, which was made in *Dominion Chain and District of Surrey*, is that *Nunes Diamonds* stands for the proposition that "the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract". La Forest J.A. concluded that he would rest the concurrent or alternative liability in tort of the engineers on the general principle of tortious liability applicable to their relationship to the owners rather than on an extension of the common callings and skilled professions category of concurrent liability to include the profession of engineer. He concluded on the issue of concurrent liability at pp. 232-33 as follows:

aux fins de déterminer quelle disposition législative s'appliquait relativement à la compétence pour accorder des intérêts. La Cour d'appel a décidé que la cause d'action avait un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel et qu'en conséquence il y avait compétence pour accorder des intérêts. Dans son analyse très fouillée de la jurisprudence et des questions concernant la responsabilité concurrente, le juge La Forest (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, souligne deux points qui figurent aussi dans les décisions plus anciennes dont j'ai parlé. Selon le premier point, sur lequel on a insisté dans les arrêts *Esso Petroleum* et *Midland Bank Trust*, il serait anormal qu'une personne qui a engagé sa responsabilité à titre gracieux ait à supporter les conséquences juridiques de la responsabilité délictuelle pour un acte ou une omission donnés alors qu'il n'en va pas de même d'une personne qui a assumé cette responsabilité par voie contractuelle. Le second point, qui se dégage des arrêts *Dominion Chain* et *District of Surrey*, est que l'arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «on ne saurait se servir du droit en matière de négligence pour accorder à une personne un redressement pour une rupture de contrat dont elle ne peut être tenue responsable aux termes du contrat». Le juge La Forest a décidé de fonder la responsabilité délictuelle concurrente ou alternative des ingénieurs sur le principe général de la responsabilité délictuelle applicable à leurs relations avec le propriétaire plutôt que sur une extension de la catégorie de la responsabilité concurrente englobant les professions publiques et les métiers spécialisés, de manière à inclure la profession d'ingénieur. Quant à la question de la responsabilité concurrente, le juge La Forest conclut, aux pp. 232 et 233:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que N.B. Tel pouvait à bon droit intenter une action ayant un fondement à la fois délictuel et contractuel, même si, comme le souligne Winfield, elle ne peut évidemment pas se faire indemniser deux fois pour le même dommage. La tentative qu'on a fait au XIX^e siècle d'ériger une barrière entre les domaines délictuel et contractuel allait à l'encontre de l'esprit de la *common law* qui permettait d'intenter différents types d'actions relativement aux mêmes faits. C'était là un des

From the foregoing, I would conclude that N.B. Tel could properly bring an action concurrently in tort and in contract, though as Winfield notes it cannot, of course, recover twice in respect of the same damage. The attempt in the 19th century to create a barrier between tort and contract was contrary to the spirit of the common law which allowed various forms of action to be used in respect of the same facts. This was one of its instruments of growth. So too was the tendency to add to categories that fell within a form of action, a

tendency sought for a time to be reversed in this context. But in England, at least, this tendency could not be resisted indefinitely. Nor could the broad sweep of the rationalizing principle of *Donoghue v. Stevenson*. The particular duties recognized in earlier law are now simply applications of the duty of care to one's "neighbour".

For these reasons, while I could dispose of this case by simply adding the profession of structural engineer to the list of common callings and skilled professions, I prefer to base my judgment on the generalized tort of negligence: in this context see the *Dominion Chain* and *Canadian Western* cases. I am fortified in the conclusion I have reached by the fact that it also appears to accord with the law in the United States as well as in England (see Brian Morgan, "The Negligent Contract-Breaker", 58 Can. Bar Rev. 299 (1980), and the view is overwhelmingly supported by the legal academic community: For example, Fleming's *The Law of Torts*, 5th ed. (1977), pp. 176-7, had this to say about the pre-*Esso Petroleum* and *Batty* situations:

Curiously, the cases reflect a widespread assumption that only one duty, tortious or contractual, can arise out of a particular set of facts: thus the search for the "substance", "gist" or "gravamen" of the action, regardless of the form of pleading. This is certainly out of spirit with the tradition of the old forms of action and the modern procedural policy of permitting a plaintiff to cumulate causes of action or at least elect the one most favourable to him.

The judgment of La Forest J.A. on the issue of concurrent liability in *John Maryon* was quoted with approval and applied by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, in *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588, and by the Ontario Court of Appeal in *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126. In *Avramovitch*, where the issue was the right to contribution under the *Tortfeasors Act*, an architect was held to be liable in tort as well as contract to the owner of a building for negligent location of a sewage system. In

moyens d'assurer l'évolution de la *common law*. Il en était de même de la tendance à accroître les catégories qui relevaient d'un type d'action, tendance qu'on a pendant un certain temps essayé de renverser dans ce contexte. Mais en Angleterre du moins, on ne pouvait indéfiniment résister à cette tendance ni échapper à la portée générale du principe de rationalisation énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*. Les obligations précises que le droit reconnaissait jadis ne sont plus maintenant que de simples applications de l'obligation de diligence envers son «prochain».

Pour ces raisons, bien qu'il soit possible de trancher cette affaire par la simple addition de la profession d'ingénieur des charpentes à la liste des professions publiques et des métiers spécialisés, je préfère fonder mon jugement sur le délit civil général de négligence: dans ce contexte, voir les arrêts *Dominion Chain* et *Canadian Western*. Je suis renforcé dans ma conclusion par le fait qu'elle paraît concorder aussi avec le droit en vigueur aux États-Unis ainsi qu'en Angleterre (voir Brian Morgan, «The Negligent Contract-Breaker», 58 R. du B. can. 299 (1980)). De plus, ce point de vue jouit d'un appui massif de la part des juristes. Voici, par exemple, ce que dit Fleming dans *The Law of Torts*, 5th ed. (1977), aux pp. 176 et 177, concernant la situation antérieure aux arrêts *Esso Petroleum* et *Batty*:

Chose curieuse, la jurisprudence tient généralement pour acquis qu'un ensemble de faits donnés ne peut donner naissance qu'à une seule obligation, soit délictuelle, soit contractuelle: d'où la recherche de l'*essence* ou du «fondement» de l'action, indépendamment de la forme des procédures. Cela va certainement à l'encontre de la tradition des anciennes formes d'action et de la politique moderne en matière de procédure qui permet à un demandeur de cumuler les causes d'action ou, à tout le moins, de choisir celle qui lui est la plus avantageuse.

L'opinion qu'a exprimée le juge d'appel La Forest sur la question de la responsabilité concurrente dans l'arrêt *John Maryon* a été citée, approuvée et appliquée par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126. Dans l'affaire *Avramovitch*, où il était question du droit à une contribution en vertu de la *Tortfeasors Act*, on a jugé qu'un architecte avait une responsabilité aussi bien

Consumers Glass, where the issue was whether the action was statute-barred, a contractor and engineers were held to be liable to the owner of a warehoused in tort as well as in contract for the damage caused by the collapse of a roof. The Court of Appeal also held, however, that the same test respecting the limitation of actions applied, whether the liability was in contract or in tort: the cause of action did not arise until such time as the plaintiff discovered or ought reasonably to have discovered the facts with respect to which the remedy was being sought.

Before turning to a consideration of decisions in other common law jurisdictions on the question of concurrent liability it is convenient to refer to the recent expressions of judicial opinion in England having a bearing on this question in *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289 (C.A.), and *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank*. *Leigh and Sillivan* involved the effect on a third party's right of action in tort of provisions limiting liability in the contract out of which the alleged relationship of proximity arose. The buyer of goods under a c. and f. contract sued the owners of a vessel that was under a time charter for the loss caused by damage to the goods as a result of bad stowage. The Court of Appeal held that the buyers did not have a right of action in contract against the shipowners because ownership had not passed to the buyers as required by s. 1 of the *Bills of Lading Act*, 1855 and that there was no implied contract with the shipowners arising from the buyers having taken delivery of the goods upon presentation of the bill of lading because the buyers did so as the agents of the sellers under their agreement with the latter. A majority of the Court (Sir John Donaldson M.R. and Oliver J.) held, applying *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219, that the buyers did not have a right of action in tort against the shipowners because they did not have the ownership or a right to immediate possession of

délictuelle que contractuelle envers le propriétaire d'un édifice pour avoir fait preuve de négligence dans le choix d'un emplacement pour un système d'égouts. Dans l'affaire *Consumers Glass*, où il s'agissait de déterminer si l'action était prescrite, on a conclu qu'un entrepreneur et des ingénieurs avaient envers la propriétaire d'un hangar pour l'entreposage de marchandises une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle pour les dommages causés par l'effondrement du toit. Toutefois, la Cour d'appel a conclu également que le critère à appliquer en matière de prescription était le même, que la responsabilité fût contractuelle ou délictuelle: la cause d'action n'a pris naissance qu'au moment où la demanderesse a découvert ou aurait dû raisonnablement découvrir les faits à l'égard desquels elle demandait réparation.

Avant d'entreprendre un examen des décisions d'autres ressorts de *common law* portant sur la question de la responsabilité concurrente, il convient de mentionner, en raison de leur effet sur cette question, les opinions exprimées récemment par les tribunaux anglais dans les affaires *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289 (C.A.), et *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank*. Dans l'affaire *Leigh and Sillivan*, il était question de l'effet que pouvait avoir sur le droit d'un tiers d'intenter une action délictuelle la limitation de responsabilité stipulée par le contrat à l'origine des prétdus rapports étroits. L'acheteuse de marchandises en vertu d'un contrat de coût et fret a poursuivi la propriétaire d'un navire faisant l'objet d'un affrètement à terme pour les pertes résultant des avaries causées aux marchandises par suite d'un arrimage défectueux. La Cour d'appel a jugé que l'acheteuse n'avait pas le droit d'intenter contre la propriétaire du navire une action fondée sur le contrat parce que le titre de propriété n'avait pas été transmis à l'acheteuse comme l'exigeait l'art. 1 de la *Bills of Lading Act*, 1855 et qu'il n'existaient avec la propriétaire du navire aucun contrat implicite découlant de ce que l'acheteuse avait pris livraison des marchandises à la présentation du connaissement, puisqu'elle l'avait fait en tant que mandataire des vendeurs conformément à son entente avec ces derniers. La cour à la majorité (le maître des rôles sir John Donaldson et le juge

the goods at the time the damage occurred. The majority gave as a further consideration for adhering to the decision in *The "Wear Breeze"* that to admit a liability in tort in such a case would be to impose on the shipowners a greater liability than they had under the Hague Rules in the contract of carriage, which was the bargain on which they had agreed to carry the goods. The majority were of the view that a tortious duty of care in such a case could not be made subject, as a matter of legal principle, to the contractual provisions limiting liability. Sir John Donaldson put it thus at p. 301:

I have, of course, considered whether any duty of care owed in tort to the buyer could in some way be equated to the contractual duty of care owed to the shipper, but I do not see how this could be done. The commonest form of contract of carriage by sea is one on the terms of the Hague Rules. But this is an intricate blend of responsibilities and liabilities (Article III), rights and immunities (Article IV), limitations in the amount of damages recoverable (Article IV, r. 5), time bars (Article III, r. 6) evidential provisions (Article III, rr. 4 and 6), indemnities (Article III, r. 5 and Article IV, r. 6) and liberties (Article IV, rr. 4 and 6). I am quite unable to see how these can be synthesised into a standard of care.

Robert Goff L.J. was of the view that contrary to *The "Wear Breeze"*, which he held should be overruled, a c. and f. buyer should have a direct action in tort against a shipowner for damage caused to goods in transit, but that the liability of the shipowner should and would be subject to any exclusions or limitations in the bill of lading. He said that if that were not possible he would not be prepared to recognize a direct action in tort by the

Oliver) a conclu, en appliquant la décision *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219, que l'acheteuse n'avait pas le droit d'intenter une action délictuelle contre la propriétaire du navire parce que, au moment où les avaries sont survenues, elle n'avait ni la propriété des marchandises ni un droit à leur possession immédiate. La cour à la majorité a justifié en outre son application de la décision *The "Wear Breeze"* en disant qu'admettre l'existence d'une responsabilité délictuelle dans un tel cas reviendrait à imposer à la propriétaire du navire une responsabilité plus lourde que celle que, suivant les Règles de La Haye, lui imposait le contrat de transport qui énonçait les conditions auxquelles elle avait accepté de transporter les marchandises. La Cour à la majorité a estimé que, dans un tel cas, aucun principe de droit ne permettait qu'une obligation de diligence en matière délictuelle soit assujettie aux clauses du contrat limitant la responsabilité. Sir John Donaldson s'exprime ainsi, à la p. 301:

[TRADUCTION] Bien entendu, je me suis penché sur la question de savoir si une obligation de diligence en matière délictuelle envers l'acheteur pourrait de quelque manière être assimilée à l'obligation contractuelle de diligence envers l'expéditeur, mais je ne vois pas comment cela pourrait se faire. La forme la plus courante du contrat de transport par mer est celui qui reprend les stipulations des Règles de La Haye. Mais ces règles comportent un mélange complexe de responsabilités et d'obligations (article III), de droits et d'exemptions (article IV), de restrictions quant au montant des dommages-intérêts qu'on peut toucher (article IV, règle 5), de délais de prescription (article III, règle 6), de dispositions en matière de preuve, (article III, règles 4 et 6), de clauses d'indemnisation (article III, règle 5, et article IV, règle 6) et de libertés (article IV, règles 4 et 6). Je ne vois pas du tout comment ces éléments peuvent être synthétisés en une norme de diligence.

Le lord juge Robert Goff s'est dit d'avis que, contrairement à ce qu'on disait dans la décision *The "Wear Breeze"*, laquelle, selon lui, devait être rejetée, un acheteur en vertu d'un contrat de coût et fret devrait pouvoir intenter une action délictuelle directe contre le propriétaire d'un navire pour les avaries causées à des marchandises en transit, mais que la responsabilité du propriétaire du navire devrait être et serait assujettie à toute

buyer. In this particular case he was of the opinion that the shipowners were not liable in tort for damage caused by the bad stowage because the stowage was the responsibility of the time charterers.

In *Tai Hing* the issue of concurrent liability was whether a customer owed a duty of care in tort to his bank to adopt certain procedures with respect to the operation of his current account to prevent and detect forgeries of his cheques. The precise issue was whether, if the customer's duty by reason of the implied terms of the contract with his bank was limited to drawing his cheques in such a manner as not to facilitate fraud or forgery and to advising his bank of any unauthorized cheque drawn on his account as soon as he became aware of it, he had a wider duty in tort, arising from the relationship of proximity to the bank, to take reasonable precautions in the management of his business to prevent forgery and to verify his monthly bank statements to enable him to notify the bank of any unauthorized item. The Hong Kong Court of Appeal, [1984] 1 Lloyd's L.R. 555, held that this wider duty existed both as an implied term of the contract and as a common law duty of care on the basis of the principle affirmed in *Anns v. Merton London Borough Council*. Reference was also made by Hunter J. to *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust*. The Judicial Committee of the Privy Council held that the customer's duty, whether in contract or in tort, was the narrower one indicated above. Lord Scarman, who delivered the judgment of the Judicial Committee, spoke against concurrent liability as a matter of general principle, but held, without deciding whether the customer had a duty in tort as well as in contract, that in any event the duty in tort could not be any greater than that imposed by the implied terms of the contract. After stating that it was, in their Lordship's opinion, "correct in principle and necessary for the avoidance of confusion in the law to adhere to the contractual analysis: on principle because it is a relationship in which the parties have, subject to a few exceptions,

exonération ou limitation stipulée par le connaissement. Il a souligné que, dans l'hypothèse où cela se révélerait impossible, il ne serait pas prêt à reconnaître à l'acheteur un droit d'action délictuelle directe. À son avis, dans l'affaire dont il se trouvait saisi, la propriétaire du navire n'avait aucune responsabilité délictuelle pour les avaries résultant de l'arrimage défectueux parce que l'arrimage était la responsabilité des affréteurs à terme.

Dans l'affaire *Tai Hing*, la question liée à la responsabilité concurrente était de savoir si un client avait envers sa banque une obligation de diligence en matière délictuelle, pour ce qui était de prendre certaines mesures relativement à l'utilisation de son compte courant afin d'empêcher et de découvrir toute falsification de ses chèques. La question précise était de savoir si, à supposer que l'obligation du client découlant des conditions implicites de son contrat avec la banque ait consisté uniquement à tirer ses chèques de manière à rendre difficile la fraude ou le faux et à aviser sa banque, dès qu'il en avait connaissance, de tout chèque non autorisé tiré sur son compte, ses rapports étroits avec la banque lui imposaient la responsabilité plus large en matière délictuelle de prendre des précautions raisonnables dans la gestion de ses affaires de manière à empêcher le faux, et de vérifier ses relevés bancaires mensuels pour pouvoir informer la banque de toute irrégularité. La Cour d'appel de Hong Kong, [1984] 1 Lloyd's L.R. 555, a conclu que cette obligation plus large existait à la fois en tant que condition implicite du contrat et en tant qu'obligation de diligence en *common law* fondée sur le principe posé dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*. Le juge Hunter s'est aussi référé à l'arrêt *Esso Petroleum* et à la décision *Midland Bank Trust*. Le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu que l'obligation du client, qu'il s'agisse d'une obligation contractuelle ou délictuelle, était celle de portée plus étroite susmentionnée. Lord Scarman, qui a prononcé l'arrêt du Comité judiciaire, a préconisé comme principe général le rejet de la responsabilité concurrente, mais il a conclu, sans décider si le client avait une obligation aussi bien délictuelle que contractuelle, qu'en tout état de cause l'obligation en matière délictuelle ne pouvait pas être plus lourde que celle imposée par les

the right to determine their obligations to each other, and for the avoidance of confusion because different consequences do follow according to whether liability arises from contract or tort, eg in the limitation of action" (citing in support of this proposition something said by Lord Radcliffe in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, at p. 587), Lord Scarman said at p. 957:

terms implicites du contrat. Après avoir souligné que, selon leurs Seigneuries, il était [TRADUCTION] «correct en principe et nécessaire pour éviter la confusion dans le droit de souscrire à l'analyse contractuelle: en principe, parce qu'il s'agit de relations dans lesquelles les parties ont, sous réserve de quelques exceptions, le droit de déterminer leurs obligations mutuelles, et pour éviter la confusion, parce que différentes conséquences s'ensuivent selon que la responsabilité a un fondement contractuel ou délictuel, comme par exemple, en matière de prescription» (citant à l'appui de cette proposition certains propos tenus par lord Radcliffe dans l'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, à la p. 587), lord Scarman ajoute, à la p. 957:

[TRADUCTION] Par conséquent, leurs Seigneuries n'entendent pas examiner si, dans les relations entre banquier et client, il est possible de considérer les obligations d'une partie envers l'autre comme ayant un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel. Leurs Seigneuries écartent toutefois l'idée que les obligations mutuelles des parties en matière délictuelle peuvent être plus lourdes que celles qui découlent expressément ou implicitement de leur contrat. Si, en conséquence, comme l'ont conclu leurs Seigneuries, on ne saurait, à défaut de stipulations expresses dans ce sens, conclure que le contrat bancaire prévoit implicitement une obligation de portée plus large que celle reconnue dans les décisions *Macmillan* et *Greenwood*, les banques intimées ne peuvent invoquer le droit en matière de responsabilité délictuelle pour obtenir une protection plus grande que celle stipulée par le contrat.

Their Lordships do not, therefore, embark on an investigation whether in the relationship of banker and customer it is possible to identify tort as well as contract as a source of the obligations owed by the one to the other. Their Lordships do not, however, accept that the parties' mutual obligations in tort can be any greater than those to be found expressly or by necessary implication in their contract. If, therefore, as their Lordships have concluded, no duty wider than that recognised in *Macmillan* and *Greenwood* can be implied into the banking contract in the absence of express terms to that effect, the respondent banks cannot rely on the law of tort to provide them with greater protection than that for which they have contracted.

I turn now to a consideration of decisions in other common law jurisdictions on the question of concurrent liability. In *Finlay v. Murtagh*, the Supreme Court of Ireland (O'Higgins C.J., Henchy, Griffin, Kenny and Parke JJ.), on appeal from the High Court, held that a solicitor who had been retained by a client to act for him in a claim for damages for personal injury was liable to the client in tort as well as in contract for failure to institute an action within the limitation period. The Court applied the distinction, reflected in the test laid down by Greer L.J. in *Jarvis, Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, at p. 405, which I quoted earlier, between a cause of action based on a special obligation or duty created by the express terms of a retainer (sometimes referred to

8 Je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence d'autres ressorts de *common law* sur la question de la responsabilité concurrente. Dans l'arrêt *Finlay v. Murtagh*, la Cour suprême d'Irlande (le juge en chef O'Higgins et les juges Henchy, Griffin, Kenny et Parke), qui se trouvait saisie d'un appel interjeté contre une décision de la Haute Cour, a conclu que l'avocat d'un client qui avait retenu ses services pour le représenter dans une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles avait envers ce client une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle pour l'omission d'intenter une action dans le délai imparti. La cour a appliqué la distinction, qui ressort du critère énoncé par le lord juge Greer dans la décision *Jarvis, Moy, Davies, Smith, Van-*

as a "special contract") and a cause of action based on an implied term of the retainer to exercise reasonable care and skill and a co-extensive common law duty of care. The Court based the tortious liability of a solicitor on the principle affirmed in *Hedley Byrne*, as applying to a person who "undertakes to show professional care and skill towards a person who may be expected to rely on such care and skill and who does so rely", and it held that the *Hedley Byrne* principle, as indicated by the speeches in the House of Lords in that case, was not confined to non-contractual relationships. The Court held that since a solicitor may be liable in tort to persons with whom he has no contractual relationship (such as one for whom he acts gratuitously or a third party injured by his negligence) there is no reason in principle why he should not be liable in tort for the same negligence to a client with whom he has a contractual relationship. As Henchy J. put it at p. 257, subject to the qualification for the case of necessary reliance for the cause of action on a special contractual obligation or duty not falling within the scope of the common law duty of care, "For the same default there should be the same cause of action." The Court referred to *Midland Bank Trust, Batty and Photo Production* in concluding in favour of concurrent liability.

dervell & Co., à la p. 405, que j'ai reproduit plus haut, entre une cause d'action fondée sur une obligation spéciale imposée expressément dans le mandat confié à l'avocat (appelé parfois «contrat spécial») et une cause d'action fondée sur une condition implicite du mandat, portant obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables, ainsi que sur une obligation de diligence de même étendue en *common law*. La cour a fondé la responsabilité délictuelle de l'avocat sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, disant que ce principe s'applique à une personne qui [TRADUCTION] «s'engage à faire preuve de diligence et de compétence professionnelles envers une personne dont on peut s'attendre qu'elle se fie à cette diligence et à cette compétence et qui le fait effectivement», et elle a conclu que l'application du principe posé par l'arrêt *Hedley Byrne*, comme l'indiquent les propos de la Chambre des lords dans cette affaire, ne se limitait pas à des liens non contractuels. La cour a jugé que, puisqu'un avocat peut avoir une responsabilité délictuelle envers des personnes avec qui il n'est pas lié par contrat (comme, par exemple, une personne pour laquelle il agit gratuitement ou encore une tierce personne lésée par suite de sa négligence), il n'y a aucune raison de principe pour laquelle la même faute ne devrait pas engager sa responsabilité délictuelle envers un client avec lequel il a des liens contractuels. Comme le dit le juge Henchy, à la p. 257, sous réserve de l'exception applicable au cas où la cause d'action est nécessairement fondée sur une obligation contractuelle spéciale qui échappe à la portée de l'obligation de diligence en *common law*, [TRADUCTION] «Une même faute doit donner lieu à une même cause d'action.» La cour a invoqué les décisions *Midland Bank Trust, Batty et Photo Production* en concluant à l'existence d'une responsabilité concurrente.

The position in New Zealand, which has been opposed to concurrent liability for professional negligence, was established in 1972 in *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, where the Court of Appeal held that the liability of engineers for alleged failure to exercise the requisite professional care and skill in the supervision of the carrying out of an earthwork contract was in contract only. The Court followed *Bagot*,

La position néo-zélandaise, qui s'oppose à la responsabilité concurrente pour négligence professionnelle, a été adoptée en 1972 dans l'arrêt *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, où la Cour d'appel a conclu à la nature purement contractuelle de la responsabilité d'ingénieurs pour l'omission de faire preuve de la diligence et de la compétence professionnelles requises dans la surveillance de l'exécution d'un contrat de

quoting the statement from the judgment of Diplock L.J. which I have quoted earlier in these reasons. In *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178, where a solicitor was held not to have been negligent, Cooke and Roper JJ. in the Court of Appeal expressed the view that *McLaren Maycroft* required reconsideration in view of later English decisions bearing on the question of concurrent liability, such as *Midland Bank Trust*. As far as I have been able to ascertain that has not yet been done by the Court of Appeal. There is a very full analysis of *McLaren Maycroft* and its effect on the New Zealand jurisprudence in French, op. cit., in which the author concludes at pp. 314-15 in favour of concurrent liability.

The Australian position on concurrent liability is reflected in *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, and *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*. In *Aluminum Products* a majority of the Full Court of the Supreme Court of Queensland (Douglas and Campbell JJ.), Connolly J. dissenting, held on a stated case, following *Midland Bank Trust* and *Ross v. Caunters*, that the liability of a solicitor, if any, to a client for the release of mortgage moneys in return for a mortgage executed by a non-existent company would be in tort as well as contract. In his dissenting opinion Connolly J. expressed the view that *Groom v. Crocker* was correctly decided and that *Hedley Byrne* did not apply to a contractual relationship. In *Macpherson & Kelley*, a majority of the Full Court of the Supreme Court of Victoria (Lush and Beach JJ.), Murphy J. dissenting, followed *Midland Bank Trust* and *Aluminum Products* in holding that a retained solicitor was liable to a client in tort as well as in contract for failure to institute an action within the limitation period. In his dissenting opinion, in which he referred to *McLaren Maycroft*, Murphy J. said at p. 587: "I believe that it is unarguable that where there is a contract then it is, together with its incidents both express and implied, the sole measure of the duties of the parties to one another. Irrespective of how the action is pleaded, the plaintiff cannot recover more

terrassement. La cour a suivi la décision *Bagot* dont elle a cité l'extrait déjà reproduit des motifs du lord juge Diplock. Dans l'arrêt *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178, où l'on a conclu qu'un avocat n'avait pas fait preuve de négligence, les juges Cooke et Roper de la Cour d'appel ont exprimé l'avis qu'il y avait lieu de réviser l'arrêt *McLaren Maycroft* en fonction de certaines décisions anglaises subséquentes, telles que *Midland Bank Trust*, portant sur la question de la responsabilité concurrente. Autant que je sache, la Cour d'appel ne l'a pas fait encore. On trouve une analyse très détaillée de l'arrêt *McLaren Maycroft* et de son effet sur la jurisprudence néo-zélandaise, dans French, précité, où, aux pp. 314 et 315, l'auteur se prononce en faveur de la responsabilité concurrente.

- a* La position australienne sur la responsabilité concurrente se dégage des arrêts *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill* et *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*. Dans l'affaire *Aluminum Products*, la Cour suprême du Queensland siégeant au complet se trouvait saisie d'une procédure par voie d'exposé de cause. La cour à la majorité (les juges Douglas et Campbell), le juge Connolly étant dissident, a suivi les décisions *Midland Bank Trust* et *Ross v. Caunters* pour conclure que la responsabilité que peut avoir un avocat envers son client pour avoir libéré des fonds hypothécaires en échange d'une hypothèque consentie par une société inexistante, est aussi bien délictuelle que contractuelle. Dans ses motifs de dissidence, le juge Connolly s'est dit d'avis que l'arrêt *Groom v. Crocker* était juste et que l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'appliquait pas à des liens contractuels. Dans l'affaire *Macpherson & Kelley*, la
- b* Cour suprême de Victoria siégeant au complet a, à la majorité (les juges Lush et Beach), le juge Murphy étant dissident, suivi la décision *Midland Bank Trust* et l'arrêt *Aluminum Products* pour conclure qu'un avocat avait envers un client qui avait retenu ses services une responsabilité non seulement contractuelle mais aussi délictuelle pour ne pas avoir intenté une action dans le délai imparti. Dans ses motifs de dissidence où il mentionne l'arrêt *McLaren Maycroft*, le juge Murphy affirme à la p. 587: [TRADUCTION] «Je crois qu'il est incontestable que, lorsqu'il y a un contrat, ce
- c*
- d*
- e*
- f*
- g*
- h*
- i*
- j*

than the defendant was obliged to perform under the contractual duties imposed upon him."

Liability in tort for breach of a duty of care arising out of a relationship created by contract, including that between attorney and client, is well established in the United States. See Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), p. 617, where it is said: "The principle which seems to have emerged from the decisions in the United States is that there will be liability in tort for misperformance of a contract whenever there would be liability for gratuitous performance without the contract". A leading case, which has frequently been cited, is *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (Ind. 1906), in which the principle or rationale underlying such liability is stated as follows at p. 505:

It is, of course, true that it is not every breach of contract which can be counted on as a tort, and it may also be granted that if the making of a contract does not bring the parties into such a relation that a common-law obligation exists, no action can be maintained in tort for an omission properly to perform the undertaking. It by no means follows, however, that this common-law obligation may not have its inception in contract. If a defendant may be held liable for the neglect of a duty imposed on him, independently of any contract, by operation of law, a fortiori ought he to be liable where he has come under an obligation to use care as the result of an undertaking founded on a consideration. Where the duty has its roots in contract, the undertaking to observe due care may be implied from the relationship, and should it be the fact that a breach of the agreement also constitutes such a failure to exercise care as amounts to a tort, the plaintiff may elect, as the common-law authorities have it, to sue in case or in assumpsit.

The following statement of the principle in 38 *Am. Jur.*, Negligence § 20, is also cited in the cases:

n'est qu'en fonction de ce contrat et de tout ce qui en découle expressément et implicitement que doivent être déterminées les obligations respectives des parties. Quel que soit le fondement de l'action, a le demandeur ne peut obtenir du défendeur plus que ce qu'il était tenu d'exécuter en raison de ses obligations contractuelles.»

La responsabilité délictuelle pour manquement à b l'obligation de diligence qui résulte de liens créés par un contrat, y compris les relations entre avocat et client, est une chose bien établie aux États-Unis. Voir Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), à la p. 617, où l'on dit: [TRADUCTION] c «Le principe qui semble s'être dégagé de la jurisprudence aux États-Unis est que la mauvaise exécution d'un contrat entraîne la responsabilité délictuelle chaque fois qu'il y aurait responsabilité pour exécution à titre gracieux en l'absence d'un contrat.» Une décision de principe, souvent citée, est *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (Ind. 1906), dans laquelle le principe ou le raisonnement qui sous-tend une telle responsabilité est énoncé ainsi à la p. 505:

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que ce n'est pas toute rupture de contrat qui peut être considérée comme un délit civil, et on peut également tenir pour acquis que, si la passation d'un contrat ne crée pas entre les parties des liens qui font naître une obligation en *common law*, l'omission de bien exécuter le contrat ne peut donner lieu à une action ayant un fondement délictuel. Toutefois, il ne s'ensuit pas du tout que cette obligation en *common law* ne peut pas tirer son origine d'un contrat. Si un défendeur peut, de par la loi, indépendamment de tout contrat, être déclaré responsable du manquement à une obligation qui lui incombe, a fortiori sa responsabilité doit être engagée quand une obligation de faire preuve de diligence lui est imposée par suite d'un engagement fondé sur une contrepartie. Lorsque l'obligation procède d'un contrat, l'engagement de faire preuve de diligence raisonnable peut être déduite des liens entre les intéressés, et, dans l'hypothèse où l'inexécution de l'entente constituerait également une omission de faire preuve de diligence qui équivaudrait à un délit civil, le demandeur peut, suivant la *common law*, choisir entre une action pour atteinte indirecte ou *in assumpsit*.

La jurisprudence cite également l'énoncé suivant du principe, tiré de 38 *Am. Jur.*, Negligence § 20:

Ordinarily, a breach of contract is not a tort, but a contract may create the state of things which furnishes the occasion of a tort. The relation which is essential to the existence of the duty to exercise care may arise through an express or implied contract. Accompanying every contract is a common-law duty to perform with care, skill, reasonable expedience and faithfulness the thing agreed to be done, and a negligent failure to observe any of these conditions is a tort, as well as a breach of the contract. In such a case, the contract is mere inducement creating the state of things which furnishes the occasion of the tort. In other words, the contract creates the relation out of which grows the duty to use care.

[TRADUCTION] Normalement, la rupture de contrat n'est pas un délit civil, mais un contrat peut créer une situation qui fournit l'occasion de commettre un délit civil. Les liens dont l'existence est essentielle pour qu'il y ait obligation de faire preuve de diligence peuvent naître d'un contrat exprès ou implicite. Chaque contrat comporte une obligation en *common law* de faire preuve de diligence, de compétence, de promptitude raisonnable et de fidélité dans l'exécution de l'objet du contrat, et l'omission par négligence d'observer l'une quelconque de ces conditions constitue un délit civil en plus d'une rupture de contrat. En pareil cas, le contrat n'est qu'une incitation créant la situation qui fournit l'occasion de commettre le délit civil. En d'autres termes, le contrat fait naître les liens dont découle l'obligation de diligence.

What is not clearly or consistently established is the approach of the courts to the choice of rule or result in a case in which the action may be characterized as being in both contract and tort and different legal consequences flow from the two kinds of liability. This question is very fully examined in Prosser, "The Borderland of Tort and Contract," in *Selected Topics on the Law of Torts* (1953), where the author sums up the state of the law in his conclusion on pp. 450-51 as follows:

Là où il n'y a ni clarté ni constance c'est dans la façon dont les tribunaux abordent le choix d'une règle ou d'un résultat dans un litige où l'action peut être qualifiée comme ayant un fondement à la fois contractuel et délictuel et où des conséquences juridiques différentes découlent des deux types de responsabilité. Cette question fait l'objet d'un examen très approfondi dans Prosser, «The Borderland of Tort and Contract», dans *Selected Topics on the Law of Torts* (1953), où, dans sa conclusion aux pp. 450 et 451, l'auteur résume ainsi l'état du droit:

Taking New York as a typical jurisdiction, and an injury to a passenger at the hands of a carrier as a typical case, the action takes on the color of tort or contract with a facility which a chameleon might envy. It is contract for purposes of jurisdiction, the recovery of interest, survival of the action, the effect of a limiting term of the contract, and of the application of contract rules of the conflict of laws. It becomes tort for purposes of the statute of limitation, the measure of damages, recovery for wrongful death, and of the assignability of the cause of action. Change the state, or make the injury one to goods, and different results follow in many respects. Sometimes the plaintiff is permitted to elect his cause of action; sometimes he is told what it must be; sometimes he is told that it must be contract, sometimes that it must be tort.

[TRADUCTION] Si l'on prend New York comme un ressort typique et si l'on prend le préjudice causé à un passager par un transporteur comme cas typique, l'action peut, avec une facilité qui ferait l'envie d'un caméléon, prendre une apparence soit délictuelle, soit contractuelle. Du point de vue de la compétence, de l'attribution d'intérêts, de la recevabilité de l'action, de l'effet d'une clause restrictive contenue dans le contrat et de l'application des règles du droit international privé en matière contractuelle, l'action revêt un caractère contractuel. Elle devient toutefois délictuelle aux fins de la prescription, du calcul des dommages-intérêts, de l'obtention d'une indemnité en cas de décès causé par la faute d'autrui et de la cessibilité de la cause d'action. Par ailleurs, si on se trouvait dans un autre État ou s'il s'agissait d'un dommage causé à des marchandises, les conséquences seraient différentes à bien des égards. Parfois il est permis au demandeur de choisir sa cause d'action; parfois la cause d'action lui est imposée; tantôt on lui dit que la cause d'action doit être contractuelle, tantôt qu'elle doit être délictuelle.

The situation is described in Prosser, Wade and Schwartz, *Cases and Materials on Torts* (6th ed. 1976), as follows at pp. 457-58:

In these situations the courts have proceeded along two different lines. One is to permit the plaintiff to choose the theory of his action, and dispose of the particular question accordingly

On the other hand, some courts will not give the plaintiff this latitude. Rather, the court will determine the "gravamen" or "gist" of the action, which is to say the essential facts on which the plaintiff's claim rests

As these cases suggest, there is little consistency in the decisions, even in a single state; although many courts have tended to look to the policy underlying the particular rule of law or statute to be applied in order to assist themselves in making the characterization.

It should also be noted, at least from the point of view of policy, that the principle of concurrent or alternative liability was applied by this Court to the Quebec civil law in *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, where the issue on a declinatory exception was whether the Superior Court for the District of Trois-Rivières had jurisdiction with respect to an action in damages based on fault in connection with the installation in Trois-Rivières of a machine for processing polyester fibres sold under a contract made in Philadelphia. The fault complained of, which allegedly caused the destruction of the plaintiff's factory by fire, was the failure of the manufacturer's technicians at the time of installation to warn the plaintiff's employees of the danger of fire if the upper part of the machine was not kept clean. The issue of concurrent or alternative liability was whether the plaintiff could base its action on delictual responsibility (which would give the Superior Court for the District of Trois-Rivières jurisdiction), despite the existence of the contract. The Court held that the plaintiff could base its action on delictual responsibility under art. 1053 of the Quebec *Civil Code*, although the alleged fault occurred in the performance of the contract. After a review of the civil law authorities on the much debated question of the "joint application of the systems of contractual

La situation est ainsi décrite dans Prosser, Wade et Schwartz, *Cases and Materials on Torts* (6th ed. 1976), aux pp. 457 et 458:

[TRADUCTION] Dans ces situations, les tribunaux ont adopté deux lignes de conduite différentes. L'une consiste à permettre au demandeur de choisir le fondement théorique de son action et la question précise en litige est tranchée en conséquence

D'autre part, certains tribunaux n'accordent pas cette latitude au demandeur. En effet, c'est plutôt le tribunal qui décidera du «fondement» ou de l'«essence» de l'action, c'est-à-dire des faits essentiels sur lesquels repose la réclamation du demandeur

Comme l'indiquent ces décisions, la jurisprudence, même celle d'un même État, est loin d'être constante; bien que, pour s'aider à faire la détermination qui s'impose, un bon nombre de tribunaux aient eu tendance à prendre en considération la politique générale sous-tendant la règle de droit ou la loi qu'il s'agissait précisément d'appliquer.

Soulignons en outre que, du moins du point de vue de la politique générale, cette Cour a appliqué le principe de la responsabilité concurrente ou alternative au droit civil québécois dans l'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578. Dans cette affaire, on avait soulevé une exception déclinatoire et la question était de savoir si la Cour supérieure du district de Trois-Rivières avait compétence à l'égard d'une action en dommages-intérêts pour une faute commise dans l'installation à Trois-Rivières d'une machine destinée au traitement de fibres de polyester, vendue en vertu d'un contrat conclu à Philadelphie. La faute reprochée, qui aurait causé la destruction de l'usine de la demanderesse par un incendie, consistait en l'omission des techniciens de la fabricante au moment de l'installation d'avertir les employés de la demanderesse du danger de feu si la partie supérieure de la machine n'était pas nettoyée. La question de la responsabilité concurrente ou alternative était de savoir si la demanderesse pouvait, malgré l'existence du contrat, fonder son action sur la responsabilité délictuelle (ce qui aurait donné compétence à la Cour supérieure du district de Trois-Rivières). La Cour a conclu que l'art. 1053 du *Code civil* du Québec autorisait la demanderesse à fonder son action sur la responsabilité délictuelle, même si la faute reprochée avait été commise dans l'exécution du contrat. Après

and delictual liability and of an election by the creditor of either system", Chouinard J., delivering the unanimous judgment of the Court, concluded at p. 590 as follows:

I conclude that the same fact can constitute both contractual fault and delictual fault, and that the existence of contractual relations between the parties does not deprive the victim of the right to base his remedy on delictual fault.

Chouinard J. quoted with approval a passage from the judgment of Paré J.A. in the Quebec Court of Appeal, in which it was said: "It is therefore necessary that the fault committed within the framework of the contract be in itself a fault sanctioned by art. 1053 C.C. even in the absence of a contract."

I must now attempt to draw conclusions from what I fear has been a much too lengthy survey of judicial opinion on the question of concurrent liability. My conclusions as to what I conceive, with great respect, to be the opinion with which I am in agreement on the various issues underlying this question may be summarized as follows.

1. The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson, Hedley Byrne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. Indeed, the dictum of Lord Macmillan in *Donoghue v. Stevenson* concerning concurrent liability, which I have quoted earlier, would clearly suggest the contrary. I also find this conclusion to be persuasively demonstrated, with particular reference to *Hedley Byrne*, by the judgment of Oliver J. in *Midland*

avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence en droit civil sur les questions tant controversées du «cumul des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle et de l'option par le créancier à en faveur de l'un ou l'autre régime», le juge Chouinard, qui a prononcé l'arrêt unanime de la Cour, conclut, à la p. 590:

b Je conclus qu'un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et que l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute délictuelle.

c Le juge Chouinard a cité en l'approuvant un extrait des motifs de jugement du juge Paré de la Cour d'appel du Québec, dans lequel il dit: «Il faut donc que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 C.C., même en l'absence d'un contrat.»

e Je dois maintenant essayer de tirer des conclusions de ce qui, je le crains, a été une étude bien trop longue des opinions des tribunaux sur la question de la responsabilité concurrente. Mes conclusions concernant l'opinion que je partage, avec beaucoup d'égards, sur les différents points sous-tendant cette question peuvent être résumées ainsi:

f 1. L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. En fait, l'opinion incidente que lord Macmillan, dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, a exprimée sur la responsabilité concurrente et que j'ai déjà citée, indique clairement le contraire. J'estime en outre

Bank Trust. As he suggests, the question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one. See *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405, per Lord Simon of Glaisdale at p. 417. *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521, in which an owner sued flooring subcontractors directly in tort, is authority for the proposition that a common law duty of care may be created by a relationship of proximity that would not have arisen but for a contract.

que cette conclusion est solidement appuyée, particulièrement à l'égard de l'arrêt *Hedley Byrne*, par les motifs du juge Oliver dans la décision *Midland Bank Trust*. Comme il le laisse entendre, la question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général. Voir l'arrêt *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405, lord Simon of Glaisdale, à la p. 417. L'arrêt *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521, dans lequel une propriétaire avait engagé contre une société sous-traitante chargée de la pose de planchers une action fondée directement sur un délit civil, établit qu'une obligation de diligence en *common law* peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat.

d

2. What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. The distinction, in so far as the terms of the contract are concerned, is, broadly speaking, between what is to be done and how it is to be done. A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract. Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort. The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

2. Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. La distinction, en ce qui concerne les termes du contrat, est, d'une manière générale, entre ce qu'il faut faire et la façon de le faire. On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat. Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative. Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation précise imposée expressément par un contrat.

j

3. A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

4. The above principles apply to the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained. There is no sound reason of principle or policy why the solicitor should be in a different position in respect of concurrent liability from that of other professionals.

5. The basis of the solicitor's liability in tort for negligence and the client's right in such case to recover for purely financial loss is the principle affirmed in *Hedley Byrne* and treated in *Anns* as an application of a general principle of tortious liability for negligence based on the breach of a duty of care arising from a relationship of sufficient proximity. That principle is not confined to professional advice but applies to any act or omission in the performance of the services for which a solicitor has been retained. See *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, at p. 416; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632, at p. 638.

Applying these conclusions to the facts of the case at bar, I am of the opinion that if the respondent solicitors were negligent in the performance of the professional services for which they were retained they would be liable in tort as well as contract to the appellant, subject, of course, to the other defences which they have raised.

3. Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

4. Les principes énoncés ci-dessus s'appliquent à la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Il n'y a aucune raison valable de principe ou de politique générale pour que la situation de l'avocat à l'égard de la responsabilité concurrente soit différente de celle d'autres personnes qui exercent une profession libérale.

5. Le fondement de la responsabilité délictuelle de l'avocat pour négligence et du droit de son client en pareil cas de se faire indemniser pour des pertes purement financières est le principe posé dans l'arrêt *Hedley Byrne* et considéré, dans l'arrêt *Anns*, comme l'application d'un principe général de responsabilité délictuelle pour négligence fondée sur le manquement à une obligation de diligence découlant de rapports suffisamment étroits entre les intéressés. Ce principe ne se limite pas aux conseils professionnels, mais s'applique à tout acte ou à toute omission d'un avocat dans la prestation de ses services. Voir *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, à la p. 416; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632, à la p. 638.

Appliquant ces conclusions aux faits de la présente affaire, j'estime que, si les avocats intimés ont fait preuve de négligence dans la prestation de leurs services professionnels, leur responsabilité envers l'appelante est non seulement contractuelle mais aussi délictuelle, sous réserve évidemment des autres moyens de défense qu'ils ont soulevés.

III

I turn now to the question whether the respondent solicitors were negligent in taking a mortgage that was void as being contrary to s. 96(5) of the *Companies Act*. As I have indicated, the Trial Division and the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court came to different conclusions on this issue. Hallett J. in the Trial Division held that the respondents had not failed to meet the applicable standard of care. The Appeal Division held that they had been negligent. This difference in conclusion appears to have turned to some extent on a difference of view as to the relevance of some of the expert evidence concerning the practice of solicitors in real estate transactions involving corporations in Nova Scotia in 1968.

The work which the respondents undertook for the Nova Scotia Trust Company was to perform the necessary legal services to obtain a valid first mortgage on the property of Stonehouse. Although the trust company's letter of December 12, 1968 to the respondent Rafuse and the respondent Cordon's letter of January 17, 1969, to the trust company (from both of which I have quoted at the beginning of these reasons), did not make explicit reference to the validity of the mortgage, the respondent Cordon, in his evidence on discovery, acknowledged that the obligation to the Nova Scotia Trust Company was "to see that there was a valid first mortgage".

The act or omission which, it is contended, constituted the negligence in this case was the failure of the respondents to know of or discover s. 96(5) of the *Companies Act*, to perceive that it raised a question concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly. The question is whether this was a failure to meet the applicable standard of care in discharging the professional responsibility which the respondents had assumed.

J'aborde maintenant la question de savoir si les avocats intimés ont fait preuve de négligence en prenant une hypothèque entachée de nullité du fait qu'elle contrevenait au par. 96(5) de la *Companies Act*. Comme je l'ai déjà souligné, la Division de première instance et la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sont arrivées à des conclusions différentes sur cette question. Le juge Hallett de la Division de première instance a conclu que les intimés avaient satisfait à la norme de diligence applicable. La Division d'appel pour sa part a conclu qu'ils avaient fait preuve de négligence. Cette différence paraît dans une certaine mesure attribuable à une divergence d'opinions quant à la pertinence d'une partie de la preuve d'experts concernant la pratique des avocats en Nouvelle-Écosse en 1968 dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés.

Les intimés ont entrepris de fournir à Nova Scotia Trust Company les services juridiques nécessaires pour obtenir une hypothèque valable de premier rang sur la propriété de Stonehouse. Bien que ni la lettre en date du 12 décembre 1968 que la société de fiducie a adressée à l'intimé Rafuse, ni celle en date du 17 janvier 1969 que l'intimé Cordon a adressée à la société de fiducie (lettres dont j'ai déjà cité des extraits au début des présents motifs), ne mentionnent expressément la validité de l'hypothèque, l'intimé Cordon, au cours de son interrogatoire préalable, a reconnu que l'obligation de Nova Scotia Trust Company était de [TRADUCTION] «veiller à ce qu'il y ait une hypothèque valable de premier rang».

L'acte ou l'omission qui, prétend-on, constitue la négligence en l'espèce est le fait que les intimés n'étaient pas au courant du par. 96(5) de la *Companies Act* et n'ont pas découvert son existence, qu'ils ne se sont pas rendus compte que cette disposition soulevait une question quant à la validité de l'hypothèque projetée et qu'ils n'en n'ont pas informé Nova Scotia Trust Company en conséquence. La question est de savoir si cela équivalait à une omission de la part des intimés de satisfaire à la norme de diligence applicable en s'acquittant de la responsabilité professionnelle qu'ils avaient assumée.

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken. See *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 S.C.R. 290, at p. 292. The requisite standard of care has been variously referred to as that of the reasonably competent solicitor, the ordinary competent solicitor and the ordinary prudent solicitor. See Mahoney, "Lawyers — Negligence — Standard of Care" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 221. Hallett J., in referring to the standard of care as that of the "ordinary reasonably competent" solicitor, stressed the distinction between the standard of care required of the reasonably competent general practitioner and that which may be expected of the specialist. It was on the basis of this distinction that he disregarded the evidence of one of the expert witnesses concerning the practice in real estate transactions involving corporations.

The requirement of professional competence that was particularly involved in this case was reasonable knowledge of the applicable or relevant law. A solicitor is not required to know all the law applicable to the performance of a particular legal service, in the sense that he must carry it around with him as part of his "working knowledge", without the need of further research, but he must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points. The duty in respect of knowledge is stated in 7 *Am Jur* 2d, *Attorneys at Law* § 200, in a passage that was quoted by Jones J.A. in the Appeal Division, as follows: "An attorney is expected to possess knowledge of those plain and elementary principles of law which are commonly known by well-informed attorneys, and to discover those additional rules of law which, although not commonly known, may readily be found by standard research techniques." See *Charlesworth and Percy on Negligence* (7th ed. 1983), pp. 577-78 to similar effect, where it is said: "Although a solicitor is not bound to know the contents of every statute of the realm, there are some statutes, about which it is his duty to know. The test for deciding

Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels. Voir *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 R.C.S. 290, à la p. 292. La norme de diligence à laquelle on doit satisfaire a été énoncée de diverses façons, savoir comme étant celle de l'avocat raisonnablement compétent, celle de l'avocat compétent ordinaire et celle de l'avocat prudent ordinaire. Voir Mahoney, «*Lawyers — Negligence — Standard of Care*» (1985), 63 *R. du B. can.* 221. Le juge Hallett, en décrivant la norme de diligence comme étant celle de l'avocat [TRADUCTION] «moyen raisonnablement compétent», a insisté sur la distinction entre la norme de diligence à laquelle doit satisfaire un généraliste raisonnablement compétent et celle à laquelle on peut s'attendre qu'un spécialiste satisfasse. C'est sur cette distinction qu'il s'est fondé pour écarter le témoignage de l'un des témoins experts concernant la pratique dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés.

L'exigence de compétence professionnelle dont il est particulièrement question en l'espèce est la connaissance raisonnable des règles de droit applicables ou pertinentes. Un avocat est tenu non pas de connaître toutes les règles de droit applicables à la prestation d'un service juridique donné, en ce sens que cela doit faire partie de son «bagage professionnel», sans qu'il soit nécessaire de procéder à des recherches plus fouillées, mais plutôt de posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris, de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent. L'obligation sur le plan des connaissances est énoncée à 7 *Am Jur* 2d, *Attorneys at Law* § 200, dans un passage cité ainsi par le juge Jones de la Division d'appel: [TRADUCTION] «Un avocat est censé posséder une connaissance des principes de droit évidents et élémentaires que connaît normalement un avocat bien renseigné, et on s'attend en outre à ce qu'il découvre les autres règles de droit qui, bien qu'elles ne soient pas généralement connues, peuvent facilement être décelées par le recours à des techniques ordinaires de recherche.» Voir l'ouvrage de Charlesworth et Percy intitulé *Negligence* (7th ed. 1983), aux pp. 577 et 578 où l'on affirme dans

what he ought to know is to apply the standard of knowledge of a reasonably competent solicitor." The duty or requirement of professional competence in respect of knowledge is put by Jackson and Powell, *Professional Negligence* (1982), at pp. 145-46 as follows: "Although a solicitor is not 'bound to know all the law,' he ought generally to know where and how to find out the law in so far as it affects matters within his field of practice. However, before the solicitor is held liable for failing to look a point up, circumstances must be shown which would have alerted the reasonably prudent solicitor to the point which ought to be researched", citing *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411. In that case, where a solicitor undertook on very short notice to prepare the necessary document to give effect to an oral agreement providing that a mortgagee would have an option to purchase, the New Zealand Court of Appeal held that it was not negligence to have failed to perceive that making the option to purchase a condition of the mortgage rendered it void or unenforceable as a clog on the equity of redemption. The point was referred to as a rather old and obscure principle which had not been the subject of judicial commentary for many years and was mainly a subject of academic interest. It is clear, however, that the determining considerations in the Court's conclusion were the time available to the solicitor and the fact that the client was already committed to the transaction in the form that proved defective. See Turner J. at p. 427. The decision is nevertheless instructive concerning the duty of a solicitor to perceive problems and to warn the client of them. For a statement of the solicitor's duty "to identify problems and to bring their effect to the attention of the client", with reference to cases in which this duty has been applied, see Dugdale and Stanton, *Professional Negligence* (1982), p. 203.

le même sens: [TRADUCTION] «Quoiqu'un avocat ne soit pas obligé de connaître la teneur de toutes les lois du pays, il y en a certaines dont il se doit d'être au courant. Le critère à appliquer pour ^a déterminer ce qu'il devrait connaître est celui des connaissances normales d'un avocat raisonnablement compétent.» L'obligation ou l'exigence de compétence professionnelle sur le plan des connaissances est énoncée ainsi dans Jackson et Powell, *Professional Negligence* (1982), aux pp. 145 et 146: [TRADUCTION] «Bien qu'un avocat ne soit pas tenu de connaître toutes les règles de droit, il doit généralement savoir où et comment trouver celles qui touchent aux questions qui relèvent de son domaine. Toutefois, pour que l'avocat soit tenu responsable d'avoir omis de chercher un point donné, il faut démontrer l'existence de circonstances qui auraient éveillé l'attention de l'avocat ^b raisonnablement prudent sur le point devant faire l'objet de recherches», pour citer la décision *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411. Dans cette affaire où un avocat s'était engagé à dresser dans de très brefs délais ^c l'acte nécessaire pour donner effet à une entente orale accordant à un créancier hypothécaire une option d'achat, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a conclu qu'on n'avait pas fait preuve de négligence en ne réalisant pas qu'en faisant de l'option d'achat une condition de l'hypothèque cela rendait cette dernière nulle ou non exécutoire puisque cela constituait une entrave au droit de rachat. On a dit qu'il s'agissait d'un principe plutôt vieux ^d et obscur que les tribunaux n'avaient pas commenté depuis bien des années et qui intéressait surtout les théoriciens. Il est toutefois évident que les considérations déterminantes dans la conclusion de la cour ont été le délai dont disposait ^e l'avocat et le fait que le client s'était déjà engagé à conclure le marché dans la forme qui s'est révélée viciée. Voir ce qu'en dit le juge Turner à la p. 427. La décision est néanmoins instructive relativement à l'obligation d'un avocat de déceler les problèmes et d'en prévenir son client. Pour un énoncé de l'obligation de l'avocat [TRADUCTION] «de cerner les problèmes et d'attirer l'attention du client sur leur effet», avec renvois aux affaires dans lesquelles cette obligation a été appliquée, voir Dugdale et Stanton, *Professional Negligence* (1982), à la p. 203.

While the solicitor's duty of care has generally been stated, for obvious reasons, in the context of contractual liability as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and in tort are the same. See *Esso Petroleum*, at p. 15; Mahoney, op. cit., p. 223; Dugdale & Stanton, op. cit., p. 218.

Two solicitors, Mr. S. David Bryson, Q.C., and Mr. Arthur G. H. Fordham, Q.C., gave evidence as to their practice and that of other solicitors in real estate transactions involving corporations. Both stated that it was the practice to determine the capacity of a corporation to give security and for this purpose to examine the provisions of the *Companies Act*. Mr. Bryson said that he could not be certain that he knew of the existence of s. 96(5) of the Act in 1968, that the transaction handled by the respondents was "a rather unusual one and not in the common run of real estate mortgage transactions", and that he did not recall having encountered a transaction of this kind in his practice. Mr. Fordham said that he was aware of s. 96(5) in 1968. Hallett J. disregarded the evidence of Mr. Fordham as being that of the specialist in commercial real estate transactions. He attached particular importance to the evidence of Mr. Bryson as being more relevant, despite his acknowledged experience and expertise, to the standard of care to be expected of the reasonably competent general practitioner in real estate matters. From the evidence of Mr. Bryson, the fact that persons of legal training in the Nova Scotia Trust Company had approved the loan and instructed the respondents, and the differences of judicial opinion concerning the validity of the mortgage, Hallett J. concluded that the ordinary reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would not have known of s. 96(5) of the *Companies Act*, and if he did, would not have perceived the possible implications of this

Bien que, pour des raisons évidentes, l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite dans le contexte de la responsabilité contractuelle comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créées par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle. Voir *Esso Petroleum*, précité, à la p. 15; Mahoney, op. cit., à la p. 223; Dugdale et Stanton, op. cit., à la p. 218.

Deux avocats, M^e S. David Bryson, c.r., et M^e Arthur G. H. Fordham, c.r., ont témoigné concernant leur pratique et celle d'autres avocats dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés. Tous deux ont affirmé qu'il était usuel de déterminer si une société était en mesure de fournir une sûreté et, à cette fin, d'examiner les dispositions de la *Companies Act*. M^e Bryson a dit qu'il ne pouvait être certain s'il connaissait en 1968 l'existence du par. 96(5) de la Loi, que l'opération dont s'étaient occupés les intimés [TRADUCTION] «sortait plutôt de l'ordinaire et ne ressemblait aucunement aux opérations hypothécaires habituelles», et qu'il ne se souvenait pas d'avoir eu affaire à une opération de ce genre depuis qu'il exerçait. M^e Fordham a dit qu'il était au courant du par. 96(5) en 1968. Le juge Hallett a écarté le témoignage de M^e Fordham pour le motif que c'était celui d'un spécialiste en matière d'opérations immobilières commerciales. Malgré l'expérience et l'expertise reconnues de M^e Bryson, le juge Hallett a attaché une importance particulière à son témoignage qu'il estimait plus pertinent sur la question de la norme de diligence à laquelle on pouvait s'attendre qu'un généraliste raisonnablement compétent satisfasse en matière immobilière. Se fondant sur le témoignage de M^e Bryson, sur le fait que certaines personnes relevant de Nova Scotia Trust Company, qui possédaient une formation juridique, avaient approuvé le prêt et donné des instructions aux intimés, et sur les divergences d'opinions des juges quant à la validité de l'hypothèque, le juge Hallett a conclu que l'avocat raisonnablement compétent ordinaire en Nouvelle-

provision for the validity of the proposed mortgage.

The Appeal Division held that the trial judge erred in disregarding the evidence of Mr. Fordham, that the issue was not whether a reasonably competent solicitor would have known of the existence of s. 96(5) of the *Companies Act* without an examination of the Act, or would have formed the opinion that the mortgage was void, but rather whether he would have examined the *Companies Act* to determine if it placed any restrictions on the capacity of a corporation to give security and whether he would have perceived that s. 96(5) raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage. In concluding that the respondent solicitors had been negligent, Jones J.A., delivering the unanimous judgment of the Appeal Division, said:

The solicitor's obligation in the present case was to ensure that the mortgage was valid. As the security was being given by a company it was their duty to be acquainted with those provisions of the *Companies Act* which might affect the security. Where a solicitor does not have knowledge of the statutes pertaining to a transaction then he has an obligation to inform himself of those provisions. With respect, I find nothing unusual about the provisions of s. 96(5) of the *Companies Act*. Once a solicitor was aware of that provision, from the language of the section, he would realize that he was faced with a problem. Regardless of the interpretation placed on the provision, he would be under a duty to inform the client. It was the solicitor's duty to exercise reasonable skill and knowledge. That duty was not placed on the officials of the appellant company, who were only concerned with the business aspects of the transaction.

With respect, I am in agreement with the conclusion of the Appeal Division on the issue of negligence. The fact that the capacity of a corporation to borrow and give security may be limited or subjected to certain conditions by the provisions of the applicable *Companies Act* is such basic knowledge that a reasonably competent solicitor must be held to possess it, whether he is a general practitioner or a specialist. It is knowledge which a

Écosse en 1968 n'aurait pas été au courant de l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* et, s'il l'avait été, il ne se serait pas rendu compte des répercussions possibles de cette disposition sur la validité de l'hypothèque projetée.

La Division d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en faisant abstraction du témoignage de M^e Fordham et que la question était non pas de savoir si un avocat raisonnablement compétent aurait su, sans avoir examiné la *Companies Act*, que le par. 96(5) existait, ou s'il aurait formé l'opinion que l'hypothèque était frappée de nullité, mais plutôt de savoir s'il aurait examiné la *Companies Act* pour déterminer si elle imposait des restrictions à la capacité d'une société de fournir une sûreté et s'il se serait aperçu que le par. 96(5) posait un problème quant à la validité de l'hypothèque projetée. En concluant que les avocats intimés ont fait preuve de négligence, le juge Jones, qui a rendu l'arrêt unanime de la Division d'appel, affirme ceci:

[TRADUCTION] L'obligation de l'avocat en l'espèce était de s'assurer de la validité de l'hypothèque. Comme la sûreté allait être fournie par une société, il incombaît aux avocats de se familiariser avec les dispositions de la *Companies Act* qui pourraient avoir une incidence sur la sûreté. Lorsqu'un avocat ne connaît pas les lois applicables à une opération, il est alors tenu de se renseigner sur les dispositions pertinentes. Avec égards, je ne vois rien d'anormal au sujet des dispositions du par. 96(5) de la *Companies Act*. Dès qu'un avocat prendrait connaissance de ce paragraphe, son libellé lui permettrait de se rendre compte qu'il y avait un problème. Quelle que soit l'interprétation donnée à la disposition, l'avocat serait dans l'obligation d'en informer son client. Il était du devoir de l'avocat de faire preuve d'un niveau raisonnable de compétence et de connaissances. Cette obligation n'incombaît pas aux responsables de la société appellante, car ils ne s'intéressaient qu'aux aspects commerciaux de l'opération.

Avec égards, je suis d'accord avec la conclusion de la Division d'appel sur la question de la négligence. Le fait que les dispositions de la loi applicable, savoir la *Companies Act*, peuvent restreindre ou soumettre à certaines conditions la capacité d'une société d'emprunter et de fournir une sûreté est un élément de connaissance à ce point fondamental qu'un avocat raisonnablement compétent doit être réputé le posséder, qu'il soit généraliste

solicitor who undertakes to do the legal work to obtain a mortgage or other security from a corporation must possess, and with it there is a duty to exercise reasonable care and skill to ascertain by an examination of the relevant legislation what limits or conditions it imposes upon the capacity of a corporation to give security. A reasonably competent solicitor knowing, as the respondent solicitors did, that the mortgage was being given by Stonehouse to obtain a loan to assist in the purchase of its shares would have recognized that s. 96(5) of the *Companies Act* raised a serious question, to say the least, concerning the legality or validity of the proposed mortgage. With great respect, I cannot agree with the trial judge that the reasonably competent solicitor would have concluded that s. 96(5) did not affect the validity of the mortgage, as was later held by Hart J. in the action for foreclosure, and would have said nothing about the matter to his client. In the existing state of the law in 1968 the reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would have perceived that there was a serious possibility that the mortgage might be held to be void as being contrary to s. 96(5) and would have advised his client accordingly. In *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] S.C.R. 312, some five years before the mortgage transaction in the case at bar, this Court held that a mortgage given by a company to secure the payment by the new owner of the purchase price of his shares in the company was void as contrary to s. 37(1) of the New Brunswick *Companies Act*, R.S.N.B. 1952, c. 33, which provides, in words essentially the same as those of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, that a company "shall not . . . give whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of, or in connection with, a purchase made or to be made by any person of any shares in the company". Martland J., delivering the judgment of the Court, held that the appeal from the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick should be dismissed for the reasons of Ritchie J.A., who said, (1962) 33 D.L.R. (2d) 317, at p. 332: "The purpose and result of the mortgage was the creation of a charge on the real property of the

ou spécialiste. Il s'agit d'un élément de connaissance que doit avoir un avocat qui s'engage à faire le travail juridique nécessaire pour obtenir d'une société une hypothèque ou autre sûreté, et cette connaissance emporte l'obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables pour déterminer par un examen de la législation pertinente à quelles restrictions ou conditions celle-ci assujettit la capacité d'une société de fournir une sûreté. Un avocat raisonnablement compétent sachant, comme c'était le cas des avocats intimés, que Stonehouse consentait l'hypothèque pour obtenir un emprunt qui aiderait à l'achat de ses actions, aurait reconnu que le par. 96(5) de la *Companies Act* posait un problème sérieux, c'est le moins qu'on puisse dire, concernant la légalité ou la validité de l'hypothèque projetée. Avec égards, je ne puis être d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'un avocat raisonnablement compétent aurait conclu que le par. 96(5) n'avait aucun effet sur la validité de l'hypothèque, comme l'a conclu par la suite le juge Hart dans l'action en forclusion, et qu'il n'en aurait pas parlé à son client. Suivant l'état du droit en 1968, un avocat raisonnablement compétent en Nouvelle-Écosse, cette année-là, se serait aperçu qu'il y avait une possibilité réelle que l'hypothèque soit jugée nulle pour le motif qu'elle contrevainait au par. 96(5), et il aurait conseillé son client en conséquence. Dans l'arrêt *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] R.C.S. 312, rendu environ cinq ans avant l'opération hypothécaire en l'espèce, cette Cour a conclu qu'une hypothèque consentie par une société pour garantir le paiement par le nouveau propriétaire du prix d'achat de ses actions de la société était nulle pour le motif qu'elle enfreignait le par. 37(1) de la *Companies Act* du Nouveau-Brunswick, R.S.N.B. 1952, chap. 33, qui dispose, essentiellement dans les mêmes termes que ceux du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, qu'une compagnie [TRADUCTION] «ne doit . . . donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit». Le juge Martland, qui a rendu le jugement de la Cour, a conclu que le pourvoi contre l'arrêt de la

company to secure payment of the price Clavette had agreed to pay Thibault for shares in its capital stock. There was no outstanding indebtedness of the company to Thibault. The company received no consideration for the mortgage, either express or implied." With reference to the effect of s. 37(1) he said at pp. 334-35: "I find in the explicit and unambiguous language of s. 37(1) a clear intention on the part of the legislature to restrict, except as to five specified types of transaction, the powers of any company so as to prevent it giving financial assistance to any person for the purpose of, or in connection with, a purchase of shares in its capital stock. The peremptory nature of the language used is directed to the corporate capacity and so renders the restriction mandatory. The mortgage comes squarely within the wording of the prohibition. In view of such statutory restriction on its corporate powers the mortgage must be held *ultra vires* the company. No authorization or ratification by the directors or the shareholders could serve to make the mortgage valid." Hart J. in *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.*, drew a distinction, in effect, between a mortgage given, as in *Thibault*, to secure the payment to the vendor of the purchase price of shares and a mortgage given to secure a loan to the company, the proceeds of which were to be given to the vendor in part payment for the shares. While the reasonably competent solicitor might well be of the view that this distinction, had it occurred to him, might prevail if there were a challenge to the validity of the mortgage, there would have to remain in his view a serious question as to whether the mortgage might be held to be void for the reasons given by Ritchie J. delivering the judgment of this Court in *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.* Saying that he was unable to accept the view taken of the mortgage transaction by Hart J., Ritchie J. held that it was an unavoidable conclusion from the facts as found by the trial judge and the Court of Appeal that the proceeds of the mortgage loan were never intended to go to the company but were to be paid to the vendor for the shares. A reasonably competent solicitor would in my opinion have seen that this was possibly, if not probably, the view that would ultimately be taken of the mort-

Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick devait être rejeté pour les motifs donnés par le juge Ritchie de la Cour d'appel, qui avait dit (1962), 33 D.L.R. (2d) 317, à la p. 332: [TRADUCTION] «L'hypothèque avait pour objectif et pour effet de créer une charge grevant les biens immobiliers de la société afin de garantir le paiement du prix que Clavette avait accepté de payer à Thibault pour des actions de son capital-actions. La société en question n'était pas en dette avec Thibault. Elle n'a reçu aucune contrepartie, expresse ou implicite, en échange de l'hypothèque.» Quant à l'effet du par. 37(1), le juge Ritchie affirme, aux pp. 334 et 335: [TRADUCTION] «Je constate qu'il se dégage des termes clairs et nets du par. 37(1) une intention manifeste chez le législateur de restreindre les pouvoirs d'une société, sauf en ce qui concerne cinq types d'opérations précises, de manière à l'empêcher de donner à qui que ce soit une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de son capital-actions. Le caractère péremptoire des termes employés vise la capacité de la société, d'où le caractère impératif de la restriction. L'hypothèque en cause relève nettement du texte de l'interdiction. Étant donné cette restriction apportée par la Loi aux pouvoirs de la société, l'hypothèque doit être jugée *ultra vires* de celle-ci. Aucune autorisation ni aucune ratification par les administrateurs ou les actionnaires ne pouvait servir à valider l'hypothèque.» Le juge Hart, dans la décision *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.*, a fait en réalité une distinction entre une hypothèque consentie, comme dans l'affaire *Thibault*, pour garantir le paiement au vendeur du prix d'achat d'actions et une hypothèque consentie pour garantir un prêt à la société, dont le montant devait être donné au vendeur en paiement partiel des actions. Même si un avocat raisonnablement compétent aurait bien pu estimer que cette distinction, à supposer qu'elle lui soit venue à l'esprit, pourrait l'emporter en cas de contestation de la validité de l'hypothèque, il aurait tout de même eu des motifs sérieux de se demander si cette hypothèque risquerait d'être déclarée nulle pour les raisons données par le juge Ritchie dans l'arrêt de cette Cour *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.* Se disant dans l'impossibilité d'adopter le point de vue du

gage transaction and would have advised his client for this reason that he could not give any assurance as to the validity of the proposed mortgage I am therefore of the opinion that the respondent solicitors were negligent in failing to ascertain the existence of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, to perceive that it raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly, and that their negligence was causative of the damage suffered by the trust company.

IV

The respondents contend that if they were negligent there was contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible and that accordingly there should be an apportionment of liability between the appellant and the respondents. This contention is based essentially on the fact that the mortgage loan to Stonehouse was recommended and approved by persons of legal training and experience, who knew that the proceeds of the loan were to be used to purchase the shares of the company. Mr. John Mroz, the mortgage manager of the Nova Scotia Trust Company, who recommended the loan to the Executive Committee of the Board of Directors of the trust company, and Mr. D. G. Grant, the President of the company and a member of the Executive Committee, were both graduates in law with some experience in practice before joining the company and members of the Bar of Nova Scotia. Mr. Lorne Clarke, Q.C., one of the members of the Truro Advisory Board which advised the trust company as to whether Stonehouse was a good risk, was an experienced practitioner. At least two members of

juge Hart sur l'opération hypothécaire, le juge Ritchie a conclu qu'il découlait inévitablement des faits constatés par le juge de première instance et par la Cour d'appel, que les fonds avancés en vertu *a* de l'hypothèque n'avaient jamais été destinés à être versés à la société, mais devaient être payés au vendeur pour les actions. J'estime qu'un avocat raisonnablement compétent se serait rendu compte que c'était là peut-être, voire probablement, le point de vue qui en définitive serait adopté au sujet de l'opération hypothécaire et, pour cette raison, il aurait informé son client qu'il ne pouvait garantir la validité de l'hypothèque projetée. Je suis donc *b* d'avis que les avocats intimés ont fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en ne s'apercevant pas que cette disposition posait un problème en ce qui concerne la validité de *c* l'hypothèque projetée et en ne conseillant pas Nova Scotia Trust Company en conséquence; j'estime en outre que leur négligence est à l'origine du préjudice subi par la société de fiducie.

e

IV

f Les intimés prétendent que, à supposer qu'ils aient été négligents, il y a eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company ou des personnes dont elle répondait et que, par conséquent, la responsabilité doit être partagée entre l'appelante et les intimés. Cet argument repose essentiellement sur le fait que le prêt hypothécaire consenti à Stonehouse a été recommandé et approuvé par des personnes possédant une formation et une expérience juridiques, qui savaient que le prêt devait être affecté à l'achat des actions de la société. M^e John Mroz, responsable des hypothèques de Nova *g* Scotia Trust Company, qui a recommandé au comité exécutif du conseil d'administration de cette dernière d'approuver le prêt, et M^e D. G. Grant, président de la société et membre du comité exécutif, étaient tous les deux diplômés en droit ayant exercé la profession d'avocat pendant un certain temps avant de se joindre à la société et ils étaient membres du Barreau de la Nouvelle-Écosse. M^e Lorne Clarke, c.r., l'un des membres du Truro Advisory Board qui a conseillé la société de fiducie sur la nature du risque présenté par Stonehouse, était un avocat d'expérience. Outre *i*

the Executive Committee, besides Mr. Gránt, who were present at the meeting which approved the loan, were lawyers. Mr. John A. Walker, Q.C., was a prominent and experienced member of the Nova Scotia Bar, although he was apparently retired from practice at the time the loan was approved. Although the testimony on this point was not too clear, the trial judge found that Mr. Mroz and Mr. Grant, and by implication the other members of the Executive Committee, must have known from the documentation that the proceeds of the mortgage loan were to be used to purchase the shares. The loan application contained the words "money required to assist in the purchase (chattel mortgage on equipment)", and the reference to the loan in the minutes of the meeting of the Executive Committee at which the loan was approved contained the words "Purchase price of the Company shares — \$315,000." Jones J.A. in the Court of Appeal said with reference to the company's knowledge of the nature of the transaction at p. 270:

The second issue concerns the knowledge of the appellant. If the appellant knew that the transaction was invalid then presumably it would be responsible for the loss. It would not be relying on the solicitors for that information. The trial judge found that both parties knew that the proceeds of the loan were to be used to purchase the Stonehouse shares. There was ample evidence to support that conclusion. It was clear on the face of the documents and in the company's minutes that the money was to be used for that purpose. It also appears from the decision that the parties were not aware that the loan was illegal. Certainly there is no finding by the trial judge that the appellant knew that the transaction was illegal.

In my opinion the defence of contributory negligence must fail. The executive officers of the Nova Scotia Trust Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services. As the testimony of Mr. Mroz and Mr. Grant indicated, they were administrative officers who, despite their legal qualifications, were not expected to provide the company with legal advice.

M^e Grant, au moins deux membres du comité exécutif qui assistaient à la réunion lors de laquelle le prêt a été approuvé, étaient des avocats. M^e John A. Walker, c.r., était un membre éminent et expérimenté du Barreau de la Nouvelle-Écosse, bien qu'il fût apparemment retiré de l'exercice de la profession au moment de l'approbation du prêt. Malgré le caractère équivoque des témoignages sur ce point, le juge de première instance a conclu que M^e Mroz et M^e Grant et, par voie de conséquence, les autres membres du comité exécutif, ont dû constater à partir des documents que le prêt hypothécaire serait affecté à l'achat des actions. La formule de demande de prêt contenait les mots [TRADUCTION] «fonds requis pour aider à l'achat (nantissement sur le matériel)», et le procès-verbal de la réunion du comité exécutif, au cours de laquelle le prêt a été approuvé, mentionnait au sujet du prêt: [TRADUCTION] «Prix d'achat des actions de la société—315 000 \$.» Le juge Jones de la Cour d'appel a dit au sujet de la connaissance que pouvait avoir la société de la nature de l'opération, à la p. 270:

[TRADUCTION] La seconde question concerne la connaissance qu'avait l'appelante. Si l'appelante savait que l'opération était invalide, elle serait alors probablement responsable de la perte. Elle ne compterait pas sur les avocats pour lui fournir cette information. Le juge de première instance a conclu que l'une et l'autre parties savaient que les fonds prêtés devaient être affectés à l'achat des actions de Stonehouse. Cette conclusion était largement appuyée par la preuve. En effet, il ressort nettement des documents et du procès-verbal de la société que c'est ce à quoi devait servir l'argent. De plus, il se dégage de la décision que les parties ignoraient l'ilégalité du prêt. Certes, le juge de première instance n'a pas conclu que l'appelante savait que l'opération était illégale.

À mon avis, le moyen de défense fondé sur la faute de la victime doit être rejeté. Les administrateurs de Nova Scotia Trust Company et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas, à l'égard des aspects juridiques d'une opération, d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. Les témoignages de M^e Mroz et M^e Grant révèlent qu'ils étaient des administrateurs qui, malgré leur formation juridique, n'étaient pas

They and the Executive Committee were concerned with the business or financial aspects of a loan — whether the borrower was a good risk — and quite properly left the legal aspects of a transaction to the retained solicitors. They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case. The fact that neither the executive officers nor the members of the Executive Committee were responsible for the legal aspects of a proposed mortgage loan was acknowledged by the trial judge, who said at p. 391: "Again, I am mindful that it was not the function of the executive committee to decide on legal matters. Their function was to assess the feasibility of making the loan." Although Jones J.A. found it unnecessary, because of his conclusion on the question of limitation, to decide the issue of contributory negligence, he said at p. 270, "It was the solicitor's duty to exercise reasonable skill and knowledge. That duty was not placed on the officials of the appellant company, who were only concerned with the business aspects of the transaction", and at p. 278 he said that the trust company "took the only course open to it to determine the validity of the mortgage, namely, consulting the solicitors." I respectfully agree with these observations.

V

censés donner des conseils juridiques à la société. Ce dont ils s'occupaient, eux et le comité exécutif, c'était les aspects commerciaux ou financiers d'un prêt—c'est-à-dire le risque que présentait un emprunteur—and, à juste titre d'ailleurs, ils laissaient aux avocats dont on avait retenu les services le soin de s'occuper des aspects juridiques d'une opération. Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique. Le fait que ni les administrateurs ni les membres du comité exécutif n'étaient responsables des aspects juridiques d'un prêt hypothécaire projeté a été reconnu par le juge de première instance qui affirme, à la p. 391: [TRADUCTION] «Encore une fois, je ne suis pas sans savoir que le comité exécutif n'avait pas pour fonction de se prononcer sur des questions juridiques. Leur rôle était de décider s'il convenait de consentir le prêt.» Bien que le juge Jones ait conclu qu'il n'était pas nécessaire, étant donné sa conclusion sur la question de la prescription, de trancher celle de la faute de la victime, il a affirmé, à la p. 270: [TRADUCTION] «Il était du devoir de l'avocat de faire preuve d'un niveau raisonnable de compétence et de connaissances. Cette obligation n'incubait pas aux employés de la société appelante, car ils ne s'intéressaient qu'aux aspects commerciaux de l'opération.» À la p. 278, il a ajouté que la société de fiducie [TRADUCTION] «a eu recours au seul moyen dont elle disposait pour déterminer la validité de l'hypothèque, savoir la consultation des avocats». Avec égards, je souscris à ces observations.

V

The respondents further contended that the appellant's action was not maintainable because it was based on an illegal transaction. It was contended that because the mortgage was illegal the appellant's retainer of the respondents was also illegal and thus unenforceable as a basis of the appellant's action for breach of contract and negligence. In my opinion this contention is without merit. It was considered and rejected by the Appeal Division, and I am in respectful agreement with their reasons for doing so. The retainer itself was separate from the mortgage transaction and did not have an unlawful purpose to the knowledge

Les intimés ont allégué en outre l'irrecevabilité de l'action de l'appelante pour le motif qu'elle était fondée sur une opération illégale. On a fait valoir qu'en raison de l'illégalité de l'hypothèque, le contrat par lequel l'appelante a retenu les services des intimés était également illégal et ne pouvait donc servir de fondement à l'action de l'appelante pour rupture de contrat et néGLIGENCE. Selon moi, cet argument n'est pas fondé. La Division d'appel l'a examiné et l'a écarté et, avec égards, j'approuve les raisons pour lesquelles elle l'a fait. Le contrat par lequel les services des avocats ont été retenus était distinct de l'opération hypothécaire et à la connais-

of either of the parties. A solicitor cannot raise the defence of illegality if it is only because of his negligence that the exercise of the professional services for which he was retained results in the carrying out of an illegal transaction.

VI

The final issue is whether the appellant's action in tort is statute-barred. As I indicated earlier, the appellant conceded that if its recourse against the respondents was in contract only its action was barred. As will appear, the limitations issue ultimately turns on whether the discoverability rule is to apply to the appellant's cause of action in tort.

The applicable limitation period is six years after the cause of action arose, as prescribed by s. 2(1)(e) of *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168, as follows:

2 (1) The actions in this Section mentioned shall be commenced within and not after the times respectively in such Section mentioned, that is to say:

(e) all actions grounded upon any lending, or contract, expressed or implied, without specialty, or upon any award where the submission is not by specialty, or for money levied by execution; all actions for direct injuries to real or personal property; actions for the taking away or conversion of property, goods and chattels; actions for libel, malicious prosecution and arrest, seduction, criminal conversation; and actions for all other causes which would formerly have been brought in the form of action called trespass on the case, except as herein excepted, within six years after the cause of any such action arose;

The relevant dates are as follows: the mortgage was executed by Stonehouse and taken by the respondents as security for the loan on December 31, 1968; the certificate of title stating that the mortgage formed a first charge on the property was given by the respondents on January 17, 1969;

sance des parties, il n'avait pas d'objet illicite. Un avocat ne saurait invoquer l'ilégalité comme moyen de défense si c'est uniquement à cause de sa négligence que la prestation de ses services professionnels au client qui les a retenus aboutit à l'exécution d'une opération illégale.

VI

b La dernière question en litige est de savoir si l'action délictuelle de l'appelante est prescrite. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, l'appelante reconnaît que, si elle ne pouvait exercer contre les intimés qu'un recours fondé sur le contrat, son action serait frappée de prescription. Or, nous allons constater que la question de la prescription dépend en dernière analyse de la question de savoir si la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert s'applique à la cause d'action délictuelle de l'appelante.

c Suivant l'al. 2(1)e) de *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, chap. 168, le délai de prescription applicable est de six ans à compter de la date où la cause d'action a pris naissance. L'alinéa 2(1)e) est ainsi conçu:

f [TRADUCTION] **2 (1)** Les actions visées par le présent article doivent être intentées dans les délais mentionnés, c'est-à-dire:

g e) toutes les actions fondées sur un prêt, ou un contrat, exprès ou implicite, sans acte scellé, ou sur une adjudication lorsque la soumission ne se fait pas par acte scellé, ou pour des fonds levés par voie de saisie-exécution; toutes les actions pour dommages directs causés à des biens meubles ou immeubles; les actions pour la dépossession ou l'appropriation illicite de biens meubles et de marchandises; les actions pour diffamation, pour poursuite et arrestation abusives, pour séduction, pour adultère; et toutes les autres actions qui auraient autrefois été intentées sous la forme d'une action dite pour atteinte indirecte sauf exception prévue par la présente loi, dans un délai de six ans à compter du moment où cette cause d'action a pris naissance;

j Voici les dates pertinentes: l'hypothèque a été consentie par Stonehouse et acceptée par les intimés en garantie du prêt le 31 décembre 1968; le certificat de titre portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang gavant les biens a été remis par les intimés le 17 janvier 1969; la

the validity of the mortgage was challenged in the appellant's action for foreclosure instituted on April 21, 1977; the mortgage was held to be void by this Court on April 22, 1980; and the appellant's action for negligence was instituted on October 22, 1980.

Without deciding whether there was concurrent liability, the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court held that the appellant's action was statute-barred, whether it was in contract or in tort. It held that the appellant's cause of action for negligence, however characterized, arose for purposes of *The Statute of Limitations* when the negligence occurred and not when it was discovered or ought to have been discovered by the appellant with the exercise of reasonable diligence. As to when the breach of duty and damage occurred, Jones J.A. said at p. 274: "In this case the negligence occurred when the solicitors gave the certificate of title. As found by the Supreme Court of Canada, the mortgage was void when it was delivered. The loss at that point was the face value of the defective mortgage." In support of his conclusion on the limitations issue Jones J.A. relied particularly on the opinion of Laskin J.A. in *Schwebel v. Telekes*, in which he held, following *Howell v. Young*, that whether the cause of action for negligence against the notary public was viewed as being in contract or in tort it arose for purposes of the statute of limitations when the breach of duty occurred and not when it was discovered or should have been discovered. Jones J.A. also referred to *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758, in which the House of Lords acknowledged the harshness or injustice of the rule that a cause of action for negligence may arise for purposes of the statute of limitations before the injured party has discovered or could have discovered the negligence but held that the rule could be changed only by legislation. Jones J.A. was of the view that to apply the discoverability rule would be in effect to amend *The Statute of Limitations*.

validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion intentée par l'appelante le 21 avril 1977; l'hypothèque a été déclarée nulle par cette Cour le 22 avril 1980 et l'appelante a intenté son action pour négligence le 22 octobre 1980.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, sans décider s'il y avait responsabilité concurrente, a conclu que l'action de l'appelante était prescrite, que son fondement fut contractuel ou délictuel. Elle a jugé que la cause de l'action de l'appelante pour négligence, peu importe la manière de la qualifier, a pris naissance aux fins de *The Statute of Limitations* lorsque la négligence s'est produite et non pas lorsqu'elle a été découverte ou aurait dû l'être par l'appelante si elle avait fait preuve de diligence raisonnable.

Quant au moment où sont survenus le manquement à l'obligation et le préjudice, le juge Jones affirme à la p. 274: [TRADUCTION] «En l'espèce, il y a eu négligence lorsque les avocats ont remis le certificat de titre. Comme l'a conclu la Cour suprême du Canada, l'hypothèque était nulle lorsqu'elle a été consentie. La perte à ce moment-là équivaut à la valeur nominale de l'hypothèque viciée.» À l'appui de sa conclusion sur la question de la prescription, le juge Jones a invoqué particulièrement l'opinion exprimée par le juge Laskin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Schwebel v. Telekes*, où il a décidé, en suivant la décision *Howell v. Young*, que peu importe que la cause de l'action pour négligence contre le notaire soit considérée comme ayant un fondement contractuel ou délictuel, elle a pris naissance aux fins de la prescription au moment du manquement à l'obligation et non pas quand il a été ou aurait dû être découvert.

Le juge Jones s'est référé également à l'arrêt *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758, dans lequel la Chambre des lords a reconnu la sévérité ou l'injustice de la règle voulant qu'une cause d'action pour négligence puisse prendre naissance, aux fins de la prescription, avant que la partie lésée n'ait découvert la négligence ou n'ait pu la découvrir, mais elle a conclu que cette règle ne pouvait être changée que par voie législative. Le juge Jones a estimé que l'application de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert reviendrait à modifier *The Statute of Limitations*.

The appellant made alternative submissions on the limitations issue: (a) if the rule that should govern is the one applied in *Cartledge*, that a cause of action for negligence arises when damage occurs whether or not it has been discovered or ought to have been discovered, the appellant's action in tort is not statute-barred because the damage did not occur before the mortgage was declared to be void by this Court on April 22, 1980; and (b) if the applicable rule, as the appellant contends, is that a cause of action for negligence does not arise for purposes of the statute of limitations before the damage is discovered or ought to have been discovered by the exercise of reasonable diligence, the basis of the appellant's cause of action in tort was discoverable at the earliest in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure.

Sur la question de la prescription, l'appelante a fait valoir: a) que, si la règle à retenir est celle appliquée dans l'arrêt *Cartledge*, savoir qu'une cause d'action pour négligence prend naissance au moment où le préjudice est causé peu importe qu'on l'ait découvert ou qu'on aurait dû le découvrir, l'action délictuelle de l'appelante n'est pas prescrite parce que le préjudice n'a pas été causé avant que l'hypothèque soit déclarée nulle par cette Cour le 22 avril 1980; et b) subsidiairement que, si la règle applicable, comme le soutient l'appelante, est qu'une cause d'action pour négligence ne prend pas naissance aux fins de la prescription avant que le préjudice soit découvert ou qu'il aurait dû l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable, le fondement de la cause d'action délictuelle de l'appelante aurait pu être découvert au plus tôt en avril ou en mai 1977 quand la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion.

If the discoverability rule were not to apply, I would agree that the cause of action in tort arose when damage occurred, according to the established rule affirmed in *Cartledge* and applied in *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, at p. 433 and *Forster v. Outred & Co.*, to the concurrent liability in tort of solicitors to clients. As I indicated earlier, the reference in *Howell v. Young* (followed in *Schwebel*), in the context of a consideration of possible concurrent liability, to the time when the breach of duty, rather than the damage, occurred has been questioned by commentators. The better view, as I have suggested, is that the courts had in mind the usual case of solicitor's negligence where actual damage, if not ultimate financial loss, occurs at the same time as the breach of duty. There would appear to be no reason in principle why the established distinction in this regard between a cause of action in contract and a cause of action in tort should not apply to a case of concurrent liability. This does not, however, in my opinion, assist the appellant. Although the mortgage was not declared by final judgment to be void until April 22, 1980, it was void *ab initio* and actual damage occurred when the respondents took it on December 31, 1968 because as a result the Nova Scotia Trust Company

Si la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert ne s'appliquait pas, je serais d'accord pour dire que la cause d'action délictuelle a pris naissance quand le préjudice a été causé, conformément à la règle bien établie énoncée dans l'arrêt *Cartledge* et appliquée, dans les décisions *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, à la p. 433, et *Forster v. Outred & Co.*, à la responsabilité délictuelle concurrente qu'ont les avocats envers leurs clients. J'ai déjà souligné que les glossateurs se sont interrogés au sujet de la mention, dans la décision *Howell v. Young* (suivie dans l'arrêt *Schwebel*) dans le cadre d'un examen de la question de savoir s'il y avait responsabilité concurrente, du moment où s'est produit le manquement à l'obligation, plutôt que le préjudice. Comme je l'ai laissé entendre, le point de vue à retenir est que les tribunaux avaient à l'esprit le cas habituel de négligence d'un avocat où le préjudice comme tel, voire même la perte financière qui en résulte, coïncide avec le manquement à l'obligation. Il ne semblerait y avoir aucune raison de principe pour laquelle la distinction établie à cet égard entre une cause d'action contractuelle et une cause d'action délictuelle ne devrait pas s'appliquer à un cas de responsabilité concurrente. J'estime toutefois que cela n'est daucun secours à

acquired no interest in the Stonehouse property as security for its loan. Cf. *Forster v. Outred*.

It is necessary then to consider the appellant's alternative submission on the limitations issue. The question raised by this submission, as I see it, is whether there is any reason why the judgment of the majority in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] S.C.R. 2, which applied the discoverability rule to the limitation period in s. 738(2) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, should not be followed with respect to the appellant's cause of action in tort under s. 2(1)(e) of the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168.

Kamloops involved a claim against a municipality for negligent failure to prevent the construction of a house with defective foundations. Section 738(2) of the *Municipal Act* provided that such an action must be brought within one year "after the cause of such action shall have arisen", and s. 739 provided that notice of the damage must be given to the municipality within two months "from and after the date on which such damage was sustained". Counsel for the municipality conceded that time began to run under both sections from the date the plaintiff actually discovered the damage or ought to have discovered it by the exercise of reasonable diligence. The issue was when he should have discovered it. The British Columbia Court of Appeal accepted this view of the law, citing *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), in support of the discoverability rule.

l'appelante. Bien que le jugement définitif portant nullité de l'hypothèque n'ait été rendu que le 22 avril 1980, elle était nulle dès le départ et un préjudice réel a été causé dès que les intimés l'ont prise le 31 décembre 1968 parce que, en conséquence, Nova Scotia Trust Company n'a acquis sur la propriété de Stonehouse aucun droit en garantie du prêt qu'elle a consenti. Cf. *Forster v. Outred*.

b

Il est donc nécessaire d'étudier l'argument subsidiaire de l'appelante sur la prescription. La question soulevée par cet argument, d'après moi, est de savoir s'il existe une raison pour laquelle l'arrêt de la Cour à la majorité, *City of Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, qui a appliqué la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert au délai de prescription prévu par le par. 738(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, ne devrait pas être suivi à l'égard de la cause d'action délictuelle que possède l'appelante en vertu de l'al. 2(1)e de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168.

Dans l'affaire *Kamloops*, il s'agissait d'une réclamation contre une municipalité pour la négligence dont elle avait fait preuve en n'empêchant pas la construction d'une maison dont les fondations étaient défectueuses. Le paragraphe 738(2) de la *Municipal Act* portait qu'une telle action devait être intentée dans un délai d'un an [TRADUCTION] «après que la cause d'action a pris naissance», et l'art. 739 disposait qu'un avis du dommage devait être donné à la municipalité dans les deux mois [TRADUCTION] «qui suivent la date où le dommage a été causé». L'avocat de la municipalité a reconnu que le délai commençait à courir aux fins des deux dispositions à compter de la date où le demandeur a réellement constaté le dommage ou aurait dû le constater s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. La question était de savoir à quel moment il aurait dû le constater. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté cette conception du droit applicable, en citant l'arrêt *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), à l'appui de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert.

f

g

i

j

Limitation of actions was not an issue when the appeal in *Kamloops* was argued in this Court but after the decision of the House of Lords in *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1, the Court called for written submissions on the question. In *Pirelli*, the House of Lords held that the date of accrual of a cause of action in tort for damage caused by the negligent design or construction of a building was the date when the damage came into existence, and not the date when the damage was discovered or should have been discovered by the exercise of reasonable diligence. *Cartledge* was applied and *Sparham-Souter* disapproved on this issue. As in *Cartledge*, the House of Lords acknowledged the injustice of the established rule but was of the opinion that it could only be changed by legislation. In *Cartledge*, the House of Lords attached particular importance to s. 26 of the *Limitation Act, 1939*, which provided that in certain cases of fraud and mistake "the period of limitation shall not begin to run until the plaintiff has discovered the fraud or the mistake, as the case may be, or could with reasonable diligence have discovered it", as indicating the limited application to be given to the discoverability rule. In *Pirelli*, which involved an action against engineers for negligence with respect to the design of a chimney, the House of Lords had the further expression of legislative intent reflected in the amendment made by the *Limitation Act 1963* to remedy the injustice demonstrated by *Cartledge* in cases of personal injury. Lord Fraser of Tullybelton said at p. 14 that the amendment of 1963, confined as it was to personal injury cases, indicated that "Parliament deliberately left the law unchanged so far as actions for damages of other sorts was concerned". Both Lord Fraser and Lord Scarman, however, adverted to the more general reason for leaving such an important change in the law affecting the limitations of actions to the legislature: the inability of the courts to provide a satisfactory scheme for the accommodation of the competing interests, including the provision of an outside limit or "final longstop date", as Lord Fraser referred to it. Lord Fraser put the general

La question de la prescription n'a pas été soulevée au cours des débats devant cette Cour dans l'affaire *Kamloops*, mais, à la suite de l'arrêt de la Chambre des lords *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1, la Cour a demandé qu'on présente des observations écrites sur la question. Dans l'arrêt *Pirelli*, la Chambre des lords a conclu que la date à laquelle prend naissance une cause d'action délictuelle pour le préjudice résultant de la négligence dans la conception ou la construction d'un édifice était la date à laquelle le préjudice a été causé, et non pas celle où il a été découvert ou aurait dû l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable. Sur cette question, l'arrêt *Cartledge* a été appliqué et l'arrêt *Sparham-Souter* critiqué. Comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Cartledge*, la Chambre des lords a reconnu l'injustice de la règle établie, mais elle a estimé que cette dernière ne pouvait être modifiée que par voie législative. Dans l'arrêt *Cartledge*, la Chambre des lords a attaché une importance toute particulière à l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939*, qui prévoyait que dans certains cas de dol et d'erreur [TRADUCTION] «le délai de prescription ne commence à courir que lorsque le demandeur a découvert le dol ou l'erreur, selon le cas, ou lorsqu'il aurait pu le découvrir s'il avait fait preuve de diligence raisonnable», pour le motif qu'il indiquait l'application restreinte qui devait être faite de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert. Dans l'affaire *Pirelli*, où il s'agissait d'une action intentée contre des ingénieurs pour avoir fait preuve de négligence dans la conception d'une cheminée, la Chambre des lords disposait de la nouvelle expression de l'intention du législateur qui ressortait de la modification apportée par la *Limitation Act 1963* afin de remédier à l'injustice révélée par l'arrêt *Cartledge* dans les cas où il y avait préjudice corporel. Lord Fraser of Tullybelton affirme, à la p. 14, que la modification de 1963 ne visait que les cas de préjudice corporel, ce qui indiquait que [TRADUCTION] «le Parlement s'est délibérément abstenu de modifier la règle applicable aux autres types d'actions en dommages-intérêts». Cependant, lord Fraser et lord Scarman se sont référés tous les deux à la raison plus générale pour laquelle un changement aussi important de la règle en matière

objection to the judicial introduction of the discoverability rule as follows at p. 19:

Postponement of the accrual of the cause of action until the date of discoverability may involve the investigation of facts many years after their occurrence — see, for example, *Dennis v. Charnwood Borough Council* [1983] Q.B. 409 — with possible unfairness to the defendants, unless a final longstop date is prescribed, as in sections 6 and 7 of the Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973. If there is any question of altering this branch of the law, this is, in my opinion, a clear case where any alteration should be made by legislation, and not by judicial decision, because this is, in the words of Lord Simon of Glaisdale in *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] A.C. 443, 480: "a decision which demands a far wider range of review than is available to courts following our traditional and valuable adversary system — the sort of review compassed by an inter-departmental committee." I express the hope that Parliament will soon take action to remedy the unsatisfactory state of the law on this subject.

de prescription devait être laissé au législateur: l'incapacité des tribunaux d'établir un régime adéquat permettant de concilier les intérêts opposés, notamment en fixant un délai maximal ou une

- a [TRADUCTION] «date limite», pour reprendre l'expression de lord Fraser. À la page 19, lord Fraser formule ainsi l'argument général qu'on oppose à l'introduction par les tribunaux de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert:
- b [TRADUCTION] Si la cause d'action ne devait prendre naissance qu'à la date où le dommage a pu être découvert, cela pourrait entraîner une enquête sur des faits bien des années après leur survenance— voir, par exemple, *Dennis v. Charnwood Borough Council* [1983] Q.B. 409—avec la possibilité d'injustice envers la défenderesse, à moins qu'une date limite ne soit prescrite, comme le font les articles 6 et 7 de la Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973. Dans la mesure où il est question de modifier ce domaine du droit, on est ici, selon moi, manifestement en présence d'un cas où cette modification doit être apportée par voie législative et non par décision judiciaire parce qu'il s'agit, pour reprendre les termes de lord Simon of Glaisdale dans l'arrêt *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] A.C. 443, à la p. 480, d'une «décision qui exige un examen beaucoup plus poussé que ce qui est possible devant les tribunaux dans notre admirable système contradictoire traditionnel—le type d'examen enfin que pourrait entreprendre un comité interministériel.» J'espère bien que le Parlement prendra bientôt des mesures pour remédier à l'état peu satisfaisant du droit dans ce domaine.

Lord Scarman spoke in a similar vein as follows at p. 19:

It is tempting to suggest that in accordance with the *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, the House might consider it right to depart from the decision in *Cartledge*. But the reform needed is not the substitution of a new principle or rule of law for an existing one but a detailed set of provisions to replace existing statute law. The true way forward is not by departure from precedent but by amending legislation. Fortunately reform may be expected, since the Lord Chancellor has already referred the problem of latent damage and date of accrual of cause of action to his law reform committee.

g Lord Scarman se prononce dans le même sens, à la p. 19:

- i [TRADUCTION] On est tenté de laisser entendre que, conformément à l'affaire *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, la Chambre pourrait s'estimer justifiée de s'éloigner de l'arrêt *Cartledge*. Mais la réforme qui s'impose n'est pas la substitution d'un nouveau principe ou d'une nouvelle règle de droit à un principe ou à une règle déjà existants; ce qu'il faut c'est un ensemble détaillé de dispositions qui viendront remplacer la législation actuelle. La véritable façon de progresser consiste non pas à s'écartier des précédents, mais à modifier la loi. Heureusement, on peut s'attendre à une réforme, car le lord chancelier a déjà soumis à son comité de réforme du droit le problème du préjudice latent et de la date à laquelle la cause d'action prend naissance.

These considerations were obviously before the Court in *Kamloops*, yet in spite of them the majority chose to apply the discoverability rule to s. 738(2) of the *Municipal Act*. While noting the importance attached in *Cartledge* to s. 26 of the *Limitation Act, 1939*, they did not suggest that *Cartledge* and *Pirelli* were distinguishable because of the particular legislative context in *Kamloops*. Indeed, it is questionable whether they were distinguishable on that basis. While s. 738(2) was in force, prior to its repeal and replacement by s. 16 of the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37, which makes express provision for the discoverability rule and an outside limit, the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1948, c. 191, afforded a similar basis for an argument as to legislative intent in s. 38, which provided that the right of action for the recovery of any land or rent of which a person may have been deprived by concealed fraud "shall be deemed to have first accrued at and not before the time at which such fraud shall or with reasonable diligence might have been first known or discovered". There is a similar provision in s. 28 of the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168. Although Wilson J., who delivered the judgment of the majority in *Kamloops*, did not comment explicitly on the opinion that the introduction of the discoverability rule should be left to legislative rather than judicial decision, it is an obvious implication of her reasons and conclusion that she disagreed with the views on this question expressed in *Cartledge* and *Pirelli*. She appears to have been led to this conclusion essentially by the acknowledged injustice of the rule applied out of judicial restraint in those cases. Referring to *Pirelli*, she said at p. 40:

De toute évidence, ces points avaient été soulevés en cette Cour dans l'affaire *Kamloops* et néanmoins la Cour à la majorité a décidé d'appliquer au par. 738(2) de la *Municipal Act* la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert. Quoiqu'elle ait souligné l'importance attachée dans l'arrêt *Cartledge* à l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939*, la Cour n'a pas laissé entendre qu'une distinction pouvait être faite d'avec les arrêts *Cartledge* et *Pirelli* en raison du contexte législatif particulier de l'affaire *Kamloops*. En fait, on peut se demander s'ils pouvaient être distingués pour ce motif. Au moment même où le par. 738(2) était en vigueur, avant d'être abrogé et remplacé par l'art. 16 de la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, chap. 37, qui prévoit expressément l'application de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert et fixe un délai maximal, la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1948, chap. 191, art. 38, offrait la même possibilité d'un argument relatif à l'intention du législateur. L'article 38 portait que le droit d'action en recouvrement d'un bien-fonds ou des loyers dont une personne a pu être privée par suite d'un dol caché [TRADUCTION] «est réputé avoir pris naissance au moment précis où le dol a été constaté ou découvert ou aurait pu l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable». L'article 28 de la *Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168, contient une disposition analogue. Quoique le juge Wilson, qui a rendu le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops*, n'ait pas commenté explicitement l'opinion selon laquelle la décision d'introduire la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert devrait être prise par le législateur plutôt que par les tribunaux, il découle manifestement de ses motifs et de la conclusion qu'elle a tirée qu'elle ne partageait pas les avis exprimés sur cette question dans les arrêts *Cartledge* et *Pirelli*. Elle semble avoir été amenée à tirer cette conclusion essentiellement en raison de l'injustice reconnue de la règle que les tribunaux, dans un esprit de réserve, ont appliquée dans ces affaires. Parlant de l'arrêt *Pirelli*, elle dit, à la p. 40:

But perhaps the most serious concern is the injustice of a law which statute-bars a claim before the plaintiff is even aware of its existence. Lord Fraser and Lord Scarman were clearly concerned over this but con-

Mais ce dont on se préoccupe peut-être le plus est l'injustice d'une règle suivant laquelle une réclamation est prescrite avant même que le demandeur prenne conscience de son existence. Lord Fraser et lord Scar-

sidered themselves bound by *Cartledge*. The only solution in their eyes was the intervention of the legislature.

This Court is in the happy position of being free to adopt or reject *Pirelli*. I would reject it. This is not to say that *Sparham-Souter* presents no problem. As Lord Fraser pointed out in *Pirelli* the postponement of the accrual of the cause of action until the date of discoverability may involve the courts in the investigation of facts many years after their occurrence. *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, is a classic illustration of this. It seems to me, however, to be much the lesser of two evils.

man étaient nettement préoccupés par cela mais ils s'estimaient liés par l'arrêt *Cartledge*. L'intervention du législateur constituait, à leurs yeux, la seule solution.

Il est heureusement loisible à cette Cour d'adopter ou de rejeter l'arrêt *Pirelli*. Je suis d'avis de le rejeter. Cela ne signifie pas que l'arrêt *Sparham-Souter* ne présente aucun problème. Comme le souligne lord Fraser dans l'arrêt *Pirelli*, le report de la naissance de la cause d'action à la date où il est possible de découvrir le dommage peut faire en sorte que les cours vont examiner les faits plusieurs années après leur survenance. L'arrêt *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, en est un exemple classique. Il me semble toutefois beaucoup plus constituer le moindre de deux maux.

Je suis donc d'avis que le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops* pose une règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable; j'estime en outre qu'on doit suivre cette règle et l'appliquer à la cause d'action délictuelle que possède l'appelante contre les intimés, en vertu de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168. Il n'y a, selon moi, aucune raison de principe de faire une distinction à cet égard entre une action pour dommages causés à un bien et une action en indemnisation pour le préjudice purement financier causé par la négligence professionnelle, comme on a proposé de le faire dans la décision *Forster v. Outred*, précitée, aux pp. 765 et 766. Puisque les intimés ont remis à Nova Scotia Trust Company le 17 janvier 1969 un certificat portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant la propriété de Stonehouse, donnant ainsi à entendre qu'il s'agissait d'une hypothèque valide, on pourrait prétendre que ce n'est qu'en avril ou en mai 1977, au moment où la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion, que l'appelante a découvert la négligence des intimés ou aurait dû la découvrir si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. En conséquence, la cause d'action délictuelle de l'appelante n'a pas pris naissance avant cette date et son action pour négligence contre les intimés n'est pas prescrite.

I am thus of the view that the judgment of the majority in *Kamloops* laid down a general rule that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence, and that that rule should be followed and applied to the appellant's cause of action in tort against the respondents under the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168. There is no principled reason, in my opinion, for distinguishing in this regard between an action for injury to property and an action for the recovery of purely financial loss caused by professional negligence, as was suggested in *Forster v. Outred*, at pp. 765-66. Since the respondents gave the Nova Scotia Trust Company a certificate on January 17, 1969 that the mortgage was a first charge on the Stonehouse property, thereby implying that it was a valid mortgage, the earliest that it can be said that the appellant discovered or should have discovered the respondents' negligence by the exercise of reasonable diligence was in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure. Accordingly the appellant's cause of action in tort did not arise before that date and its action for negligence against the respondents is not statute-barred.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgments of the Trial Division and the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia and enter judgment against the respondents ordering them to pay to the appellant, in accordance with the agreement of the parties as to quantum, the sum of \$424,434.04 outstanding on the mortgage for principal, interest and taxes, plus interest accruing daily after April 14, 1982 at the rate of \$156.93 and legal fees of \$56,759.46 incurred by the appellant in attempting to enforce the mortgage, the whole with costs in this Court and in the Trial and Appeal Divisions.

Appeal allowed with costs.

*Solicitor for the appellant: R. A. Cluney,
Halifax.*

*Solicitor for the respondents: Arthur W. R.
Moreira, Halifax.*

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements de la Division de première instance et de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et d'inscrire a contre les intimés un jugement leur ordonnant de verser à l'appelante, conformément à l'entente intervenue entre les parties relativement au montant réclamé, la somme de 424 434,04 \$ au titre de l'hypothèque (capital, intérêts et impôts) plus les intérêts courus après le 14 avril 1982 au taux de 156,93 \$ par jour ainsi que des frais de justice de 56 759,46 \$ engagés par l'appelante pour tenter b d'obtenir l'exécution de l'hypothèque, le tout avec dépens en cette Cour et dans les divisions de première instance et d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Procureur de l'appelante: R. A. Cluney,
d Halifax.*

*Procureur des intimés: Arthur W. R. Moreira,
Halifax.*