

Une théorie de la responsabilité fiduciaire*

*Paul B. Miller**

The law of fiduciaries has been developed in an unprincipled manner. Consequently, the common law lacks a clear idea of the nature of the fiduciary relationship, the justification for fiduciary duties, and the purpose of fiduciary remedies. However, according to the author a principled theory of fiduciary liability may be derived from the common law. The focal point is the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Galambos v. Perez*. The theory of liability suggested by Galambos and developed by the author is based on the conventional notion that fiduciary liability is premised upon the existence of a fiduciary relationship. The author argues that a clearer account of the nature and normative significance of the fiduciary relationship is critical to developing a sound understanding of the nature and scope of fiduciary duties. Under the theory developed by the author, the fiduciary relationship is treated as a distinctive kind of legal relationship. It is one in which one person (the fiduciary) wields discretionary power over the practical interests of another (the beneficiary). According to the author, fiduciary duties are explicable solely in terms of normatively salient qualities of the fiduciary relationship. The author explains these qualities and shows how they support and limit the incidence of fiduciary duties.

Le droit fiduciaire fut développé sans principe directeur. Par conséquent, la common law n'a pas d'idée claire de ce qu'est la nature de la relation fiduciaire, de la justification des obligations fiduciaires et de l'objectif des remèdes fiduciaires. Toutefois, selon l'auteur, le principe théorique de la responsabilité fiduciaire provient peut-être de la common law. L'élément principal est le jugement récemment rendu par la Cour suprême du Canada dans *Galambos c. Perez*. La théorie de la responsabilité suggérée par Galambos et développée par l'auteur est basée sur la notion conventionnelle selon laquelle la relation fiduciaire est la prémisse sur laquelle l'existence d'une responsabilité fiduciaire est établie. L'auteur tente de démontrer qu'une explication plus claire de la nature et de la signification normative de la relation fiduciaire est un élément essentiel au développement d'une compréhension informée de la nature et de la portée des obligations fiduciaires. Selon la théorie développée par l'auteur, la relation fiduciaire est traitée comme étant une relation légale distincte. Il s'agit d'une relation dans laquelle une personne (le fiduciaire) exerce un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts d'une autre personne (le bénéficiaire). Selon l'auteur, les obligations fiduciaires dépendent principalement des qualités normatives saillantes de la relation fiduciaire. L'auteur explique ces qualités et démontre comment ces dernières supportent et limitent l'incidence des obligations fiduciaires.

*NDLT : Le terme « fiducial » a été normalisé dans le cadre du Programme national d'administration de la justice dans les deux langues officielles (PAJLO); il permet de marquer, en français, la même distinction entre le « fiducial » et le « fiduciaire » que l'on trouve, en anglais, entre les termes *fiduciary* et *trustee*. On constate dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, surtout avant la normalisation, l'emploi du terme « fiduciaire » dans les deux cas.

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Queen's. Je suis reconnaissant envers Joshua Getzler, Lionel Smith et les lecteurs critiques anonymes de la *Revue* pour leurs commentaires utiles. Je demeure responsable de toute erreur ou omission.

© Paul B Miller 2011

Citation: (2011) 56:2 McGill LJ 235 ~ Référence : (2011) 56 : 2 RD McGill 235

Introduction	1
I. Approches approximatives à la responsabilité fiduciaire	3
<i>A. Nature de la relation fiduciaire</i>	4
1. Relations fiduciaires fondées sur le statut	5
2. Relations fiduciaires fondées sur les faits	6
3. Problèmes associés aux approches fondées sur le statut et sur les faits	10
<i>B. Fondement de l'obligation fiduciaire</i>	15
1. Création d'une relation fiduciaire	15
2. Fondement des devoirs fiduciaux	16
<i>C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire</i>	19
II. Une théorie émergente de la responsabilité fiduciaire	21
<i>A. Nature de la relation fiduciaire</i>	23
1. Définition de la relation fiduciaire	23
2. Conséquences pour les approches fondées sur le statut et sur les faits	25
<i>B. Fondement de l'obligation fiduciaire</i>	26
1. Création d'une relation fiduciaire	27
2. Fondement des devoirs fiduciaux	28
<i>C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire</i>	30
III. Corrections et élargissement	31
<i>A. Nature de la relation fiduciaire</i>	31
1. Au-delà des approches fondées sur le statut et sur les faits	31
2. Élargir la définition de la relation fiduciaire	33
<i>B. Fondement de l'obligation fiduciaire</i>	38
1. Création de la relation fiduciaire : corrections	38
2. Réexaminer le fondement des devoirs fiduciaux	39
<i>C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire</i>	40
1. Différencier les devoirs fiduciaux et les devoirs non fiduciaux	40
2. Déterminer la portée de l'obligation fiduciaire	45
Conclusion	46

Introduction

Partout dans les ressorts de common law, le droit relatif aux fiduciaires s'est révélé particulièrement difficile à cerner en raison de l'incertitude qui règne à l'égard des éléments essentiels de la responsabilité fiduciaire. Il y a un certain consensus sur les paramètres de base de la responsabilité, y compris le type de relation qui est fiduciaire, les devoirs qui limitent le comportement des fiduciaires et les mesures de redressement qu'entraînent les manquements aux devoirs fiduciaires. En termes simples, il est généralement reconnu que les relations fiduciaires font naître des obligations fiduciaires de la part du fiduciaire envers le bénéficiaire, le manquement à ces obligations donnant ouverture au bénéficiaire à réparation de la part du fiduciaire.

C'est à peu près tout ce sur quoi on s'entend. Le droit a donc évolué sans théorie générale de la responsabilité. Il nous manque une idée claire de la relation fiduciaire, du fondement des devoirs fiduciaires ou des objectifs que visent les réparations fiduciaires. Cet état de choses a donné lieu à beaucoup d'incertitude et d'incohérence dans les sources juridiques faisant autorité, en conséquence de quoi la responsabilité fiduciaire a été déclarée incohérente. Certains ont laissé entendre que l'incohérence est le reflet d'une prémisse fondamentale défectueuse dans notre raisonnement sur la nature de la responsabilité fiduciaire. Nous avons été induits en erreur en supposant que la responsabilité fiduciaire est une forme particulière de responsabilité civile des particuliers; il serait peut-être plus exact de la voir comme découlant du droit en matière de contrats ou d'enrichissement injustifié¹.

La difficulté qu'affronte le droit en matière de responsabilité fiduciaire n'est pas simplement le résultat d'un manque d'intérêt. Plusieurs analyses théoriques importantes de la responsabilité fiduciaire ont été proposées². Aucune d'entre elles n'a encore obtenu un appui important. Cependant, les juges ont, en général, été réticents à aborder les questions fondamentales concernant la responsabilité fiduciaire. La jurisprudence révèle une tendance à affirmer, plutôt qu'à expliquer, l'existence de relations fiduciaires et à supposer, plutôt qu'à justifier, les obligations qui les accompagnent.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada s'est écartée de cette tendance. La Cour a fait preuve d'une rare sensibilité à l'égard des problèmes conceptuels et a tenté de surmonter certains d'entre eux. Ses efforts n'ont pas été bien accueillis. En fait, la jurisprudence de la Cour en matière d'obligations fiduciaires a été condamnée sans ambages. Des observateurs prétendent que le droit en matière d'obligations fiduciaires au Canada est particulièrement incohérent et dénué de principe directeur³. Certains estiment que les paramètres de la responsabilité fiduciaire sont tellement mal définis que n'importe

¹ Frank H Easterbrook et Daniel Fischel, « Contract and Fiduciary Duty » (1993) 36:1 JL & Econ 425; Gareth Jones, « Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty » (1968) 84 Law Q Rev 472.

² Voir, par exemple, Peter Birks, « The Content of the Fiduciary Obligation » (2000) 34:1 Isr LR 3; Matthew Conaglen, « The Nature and Function of Fiduciary Loyalty » (2005) 121 Law Q Rev 452; Robert Flannigan, « The Boundaries of Fiduciary Accountability » (2004) 83:1 RB Can 35; D Gordon Smith, « The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty » (2002) 55:5 Vand L Rev 1399 [Smith, « Resource Theory »]; et Lionel Smith, « The Motive, Not the Deed » dans Joshua Getzler, dir, *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honour of Edward Burn*, Londres, Butterworths, 2003, 53 [Smith, « Motive »].

³ Voir, par exemple, Laura Hoyano, « The Flight to Fiduciary Haven » dans Peter Birks, dir, *Privacy and Loyalty*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 169; Sarah Worthington, « Fiduciaries: When is Self-Denial Obligatory? » (1999) 58:3 Cambridge LJ 500 [Worthington, « Fiduciaries »].

qui pourrait devenir fiduciaire à son insu. Dans l'arrêt *A(C) v Critchley*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a renchéri sur une condamnation cinglante de la part du juge en chef de l'Australie (tel était alors son titre) :

[TRADUCTION]

Dans un discours prononcé en 1988 dans le cadre d'un échange entre les membres de la magistrature et les membres des barreaux du Canada et de l'Australie, à Canberra, le juge en chef de l'Australie, Sir Anthony Mason, a observé, de façon humoristique, mais tout à fait exacte, que : [TRADUCTION] « Tout le Canada est divisé en trois parties : les personnes qui ont des devoirs fiduciaires, les bénéficiaires des devoirs fiduciaires et les juges qui ne cessent de créer de nouveaux devoirs fiduciaires! »

La Cour suprême du Canada a joué un rôle de pionnière parmi les ressorts de common law dans l'extension des obligations et des réparations fiduciaires, mais elle n'a pas donné autant de directives qu'elle ne le fait habituellement dans des domaines du droit émergents. Notre plus haut tribunal a élargi le droit à cet égard, non pas de manière prévisible ou progressive, mais à pas de géant, de sorte que les juges, les avocats et les citoyens sont tous souvent incapables de savoir si une situation donnée est régie par le droit habituel en matière de contrat, de négligence ou autres délits ou par des obligations fiduciaires dont les limites sont difficiles à distinguer⁴.

Dans une certaine mesure, les critiques sont justifiées. La Cour n'a pas proposé de théorie cohérente de la responsabilité fiduciaire. Elle a eu du mal à exprimer clairement la nature de la relation fiduciaire, le fondement des devoirs fiduciaires et le rôle des réparations fiduciaires. Le raisonnement dans de nombreux arrêts de principe semble être *ad hoc*. Pourtant, la critique est injuste, étant donné que ces manquements sont universels. Le droit en matière de responsabilité fiduciaire a partout échappé à une théorie solide de la responsabilité.

La Cour a le mérite d'avoir été disposée à hasarder des réponses à des questions fondamentales concernant la responsabilité fiduciaire. Même si elle n'a pas donné de réponses fermes, la Cour a contribué de manière utile aux efforts collectifs visant à préciser le fondement, la nature et la portée de la responsabilité fiduciaire. Son élan ayant peut-être été tempéré par les critiques, la Cour n'avait pas, pendant une décennie, abordé

⁴ [1998] 166 DLR (4^e) 475 à la p 496, 60 BCLR (3^e) 92.

ces questions en termes généraux⁵, ce qui, en soi, rend sa récente décision dans *Galambos c Perez* d'une importance capitale⁶.

L'historique de l'engagement difficile de la Cour dans les questions fondamentales touchant la responsabilité fiduciaire, examinée en regard de son récent silence, aurait pu donner à croire qu'elle hésiterait à faire des déclarations à grande portée. Ces prévisions ne se sont pas matérialisées. En fait, l'arrêt *Galambos* offre une réinterprétation et une extension compréhensives et généralement salutaires de la jurisprudence de la Cour en matière d'obligations fiduciaires.

Dans le texte qui suit, je propose une analyse contextuelle de l'arrêt *Galambos* à la lumière du problème primordial d'établir un fondement théorique à la responsabilité fiduciaire. Dans la première partie, j'affirme que la jurisprudence de la Cour qui a précédé l'arrêt *Galambos* fournit des approches approximatives à la responsabilité fiduciaire. L'imputation de la responsabilité est approximative en ce sens qu'elle repose non pas sur des principes, mais plutôt sur des caractérisations inexactes de la relation fiduciaire. Malgré cela, j'affirme, dans la deuxième partie, que certains éléments désignés de cette jurisprudence, tels qu'ils sont interprétés dans *Galambos*, évoquent une théorie raisonnée de la responsabilité, théorie sur laquelle repose une idée claire de la nature essentielle de la relation fiduciaire. Cette notion est de première importance pour le développement d'une meilleure description du fondement, de la nature et de la portée de l'obligation fiduciaire. Dans la troisième partie, je souligne les problèmes que présente ce qui reste de l'approche approximative et propose une manière de modifier, de développer et d'élargir de façon utile la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire.

I. Approches approximatives à la responsabilité fiduciaire

L'imputation de la responsabilité fiduciaire est un exercice qui relève de l'approximation. Cela est vrai tant du droit canadien en matière d'obligations fiduciaires que du droit des États-Unis et des pays du Commonwealth. Nulle part la responsabilité fiduciaire ne repose sur des principes. Partout, elle est tributaire de notions vagues quant à la nature et à l'importance des relations fiduciaires ainsi qu'au rôle des devoirs fiduciaires. Néanmoins, l'imputation traditionnelle de la responsabilité fiduciaire ne se fait pas au hasard. En fait, elle est révélatrice du caractère de la relation fiduciaire ainsi que de la nature, du fondement et de la portée des devoirs fiduciaires.

Plus important encore est la révélation que la relation fiduciaire est le concept organisationnel central en matière de responsabilité fiduciaire. Au Canada et ailleurs, l'explication classique est que la responsabilité fiduciaire repose sur la création d'une relation

⁵ On peut affirmer que la dernière décision dans laquelle la Cour a abordé ces questions de façon générale était *Soulos c Korkontzilas*, [1997] 2 RCS 217, 146 DLR (4^e) 214. Dans des décisions plus récentes, la Cour s'est attachée à des questions plus étroites, telles que le contenu de certains devoirs fiduciaires et les conséquences qui découlent du fait de qualifier certaines relations de fiduciaires. Voir, par exemple, *Strother c 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 RCS 177 (la règle relative aux conflits d'obligations qui découle du devoir de loyauté : *infra* note 74 et texte correspondant); *KLB c Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 RCS 403 (l'importance de différencier les devoirs fiduciaires et les devoirs non fiduciaires dans la relation entre un parent/tuteur et un enfant : *infra* note 45 et texte correspondant).

⁶ 2009 CSC 48, [2009] 3 RCS 247 [*Galambos*].

fiduciale entre un fiducial et un bénéficiaire⁷. Selon cette perspective, il faut déterminer la responsabilité fiduciale en procédant par étapes pour répondre à deux questions, à savoir, premièrement, si la relation entre les parties est de nature fiduciale et, deuxièmement, si le fiducial a manqué à un devoir fiducial⁸. L'explication classique laisse entendre qu'il faut quelque chose qui est de la nature d'une relation fiduciale et qui est suffisant pour expliquer et justifier l'imputation d'une responsabilité fiduciale.

Bien qu'elle soit bien établie, l'approche classique à la responsabilité fiduciale a souffert de l'absence d'une description précise du caractère de la relation fiduciale et du lien entre cette relation et les devoirs fiduciaux. La Cour suprême du Canada a été particulièrement sensible à ces déficiences. Les longs efforts qu'elle a mis à les résoudre à la fois illustrent les problèmes endémiques que présente le droit en matière d'obligations fiduciaires dans d'autres ressorts et sont instructifs quant à la possibilité d'établir une théorie raisonnée de la responsabilité d'application générale.

A. Nature de la relation fiduciale

Selon la perspective classique, la responsabilité fiduciale repose sur le manquement à des devoirs découlant de la relation fiduciale. Toutefois, les sources juridiques faisant autorité révèlent une incertitude et une confusion générales sur trois aspects critiques de la relation fiduciale : son caractère essentiel, sa création et ses attributs structurels à la suite de sa création. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *Lac Minerals* : « Il existe peu de notions juridiques plus fréquemment invoquées et plus imprécises que celle des rapports fiduciaires⁹. »

En fin de compte, on trouve dans les sources faisant autorité deux approches à la reconnaissance d'une relation fiduciale. Selon la première approche, celle qui est fondée sur le statut, de nouvelles catégories de relations sont réputées être de nature fiduciale en raison de leur ressemblance avec une catégorie déjà reconnue. Selon la deuxième approche, celle qui est fondée sur les faits, des relations individuelles sont réputées être fiduciaires au cas par cas, selon qu'elles possèdent ou non certaines marques d'une relation fiduciale.

⁷ Voir *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 384, 13 DLR (4^e) 321, juge Dickson (tel était alors son titre) [*Guerin*] : « L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport [...] » C'est aussi ce point de vue que l'on retrouve traditionnellement ailleurs dans le Commonwealth et aux États-Unis. Voir, par exemple, *Restatement (Second) of Torts* § 874 (1977) : [TRADUCTION] « Une personne qui est dans une relation fiduciale avec une autre personne peut encourir une responsabilité envers cette autre personne à l'égard du préjudice découlant de la violation d'une obligation que la relation impose. »; Conaglen, *supra* note 2 aux pp 454–55; Smith, « Resource Theory », *supra* note 2 à la p 1432; John Glover, « The Identification of Fiduciaries » dans Birks, *supra* note 3 à la p 269.

⁸ Pour une illustration, voir *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp.*, (1984) 156 CLR 41, 55 ALR 417 (HCA) [*Hospital Products*, renvois aux CLR]. Dans des jugements distincts, les juges ont chacun cherché à déterminer, dans un premier temps, si la relation était fiduciale, et, ensuite, si l'on avait établi la responsabilité pour violation d'une obligation fiduciale. Voir aussi *Frame c Smith*, [1987] 2 RCS 99, 42 DLR (4^e) 81, juge Wilson [*Frame*, renvois aux RCS]; *Norberg c Wynrib*, [1992] 2 RCS 226, 92 DLR (4^e) 449, juge McLachlin (tel était alors son titre) [*Norberg*, renvois aux RCS]; *Lac Minerals Ltd c International Corona Resources Ltd*, [1989] 2 RCS 574, 61 DLR (4^e) 14, juge La Forest [*Lac Minerals*, renvois aux RCS].

⁹ *Ibid* aux pp 643–44.

1. Relations fiduciales fondées sur le statut

L'approche fondée sur le statut est celle qui existe depuis le plus longtemps et qui est la méthode de reconnaissance d'une relation fiduciale la plus répandue. Selon cette approche, c'est le statut qui détermine si une relation doit être qualifiée de relation fiduciale. Face à une relation donnée, le tribunal placera celle-ci dans une catégorie (par exemple débiteur-créancier, fiduciaire-bénéficiaire de la fiducie, avocat-client) et déterminera si la catégorie est traditionnellement réputée être de nature fiduciale. Dans l'affirmative, elle sera habituellement considérée comme étant fiduciale. Sinon, il faut alors déterminer si la catégorie devrait être reconnue comme ayant le statut fiducial. Les tribunaux se sont montrés très réticents à consacrer de nouvelles catégories de relations fiduciales, vu la crainte de trop élargir la portée de la responsabilité.

L'approche fondée sur le statut n'est pas révélatrice du caractère de la relation fiduciale. En fait, on dit qu'elle découle d'une série de décisions anglaises dans lesquelles le caractère de la relation était considéré comme sans importance pour l'imputation de la responsabilité fiduciale. Selon Len Sealy, la pratique ayant cours dans les siècles passés était simplement de déterminer si un certain type de relation ressemblait suffisamment à la relation entre le fiduciaire et le bénéficiaire de la fiducie pour être reconnu comme tel. Au fil du temps, les tribunaux [TRADUCTION] « parlaient d'une "quasi-fiducie" ou disaient que la relation était "à certains égards" ou "pour des fins limitées" une relation fiduciale¹⁰ ». Aucun effort n'était fait pour expliquer le type général de relation juridique qui englobait ces types particuliers de relations (fiducie et quasi-fiducie).

Cette pratique a cédé la place à la convention moderne de reconnaître des catégories de relations imprégnées du caractère fiducial. Ainsi, les relations qui sont réputées être des relations fiduciales sont considérées comme des exemples d'un type particulier de relation juridique. Le raisonnement qui crée le statut est purement analogique : de nouvelles catégories de relations sont reconnues comme étant fiduciales du simple fait que ces relations ressemblent suffisamment à une catégorie paradigmatique – typiquement la relation entre le fiduciaire et le bénéficiaire de la fiducie. Comme la professeure Worthington l'explique :

[TRADUCTION]

[L]e droit en matière fiduciale s'est développé à partir de la régulation par l'equity de la relation entre les fiduciaires et les bénéficiaires. Au fil du temps, ces règles ont été étendues, avec des modifications mineures, à d'autres situations qui semblaient analogues. On reconnaît maintenant que les relations entre les administrateurs et leurs sociétés, les mandataires et leurs mandants, les avocats et leurs clients et les associés et leurs coassociés sont toutes des relations fiduciales. Ce sont des relations fiduciales « fondées sur le statut ». Le statut lui-même attire inévitablement l'imposition d'obligations fiduciales¹¹.

Les problèmes que présente l'approche fondée sur le statut ont attiré l'intérêt des tribunaux. Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson l'a écartée :

¹⁰ LS Sealy, « Fiduciary Relationships », [1962] 1 Cambridge LJ 69 à la p 71.

¹¹ Sarah Worthington, *Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p 129 [Worthington, *Equity*].

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur¹². [...]

Le juge Dickson a aussi refusé d'approuver la rigidité classificatoire, insistant sur le fait que, « [c]omme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives¹³ ». Dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Frame*, la juge Wilson a répété ces points et a laissé entendre qu'ils témoignent du besoin de nouveaux efforts pour développer une théorie de la relation fiduciaire :

Par le passé, la question de savoir si un rapport en particulier était assujéti à une obligation fiduciaire a été examinée en fonction des catégories de rapports dans lesquels on a déjà conclu à l'existence d'une obligation fiduciaire. [...] De même, on a souvent souligné que les catégories de rapports fiduciaires ne sont pas fermées [...] L'extension d'obligations fiduciaires à de nouvelles « catégories » de rapports présuppose l'existence d'un principe sous-jacent qui régit l'imposition de l'obligation fiduciaire¹⁴.

La juge Wilson a reconnu qu'une théorie générale de la responsabilité fiduciaire s'est révélée difficile à atteindre :

[D]ans le monde de la *common law*, on a hésité à confirmer l'existence d'un principe fiduciaire général qui puisse être appliqué dans des circonstances appropriées et à lui donner un contenu. Sir Anthony Mason [...] a probablement raison lorsqu'il dit que [TRADUCTION] « le rapport fiduciaire est un concept à la recherche d'un principe ». En conséquence, il n'y a aucune définition du concept « fiduciaire » hors des contextes dans lesquels on a jugé qu'il prenait naissance [...]¹⁵.

Plutôt que d'avancer une théorie de la responsabilité ou même une définition de la relation fiduciaire, la juge Wilson a pris fait et cause pour l'approche fondée sur les faits pour distinguer les relations fiduciaires.

2. Relations fiduciaires fondées sur les faits

Comme on pouvait s'y attendre, dans l'approche fondée sur les faits, ce sont les faits plutôt que le statut qui permettent de déterminer la nature de la relation. L'analyse est, en principe, simple. Une relation peut être qualifiée de fiduciaire du fait qu'elle

¹² *Supra* note 7 à la p 341.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Supra* note 8 aux pp 134–35. Elle a ajouté : « L'incapacité d'identifier un principe fiduciaire général et de l'appliquer a fait en sorte que les tribunaux se sont fondés presque exclusivement sur la liste de catégories de rapports fiduciaires déjà établie et ont été réticents à admettre de nouveaux rapports malgré leurs déclarations souvent répétées selon lesquelles les catégories de rapports fiduciaires ne sont jamais complètes » (*ibid* à la p 135).

¹⁵ *Ibid.*

possède certaines caractéristiques ou certains indices de relations fiduciaires reconnues¹⁶. Préciser les indices a été le principal défi de la Cour dans le développement de cette approche. On trouve une première incursion dans les motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *Frame* :

[Des] caractéristiques communes ressortent des contextes dans lesquels on a établi l'existence de devoirs fiduciaires et celles-ci constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est appropriée et compatible avec ce qui existe.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales :

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire¹⁷.

Dans des décisions ultérieures, la Cour suprême a confirmé la liste proposée par la juge Wilson et a cherché à la peaufiner et à la développer. Ses efforts ne se sont pas révélés particulièrement utiles. Dans deux arrêts phares, la Cour était fortement divisée quant à la pertinence, au sens et à la priorité relative d'une gamme d'indices.

Dans la première décision, *Lac Minerals*, les juges n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si une relation fiduciaire avait été établie entre des sociétés minières qui négociaient en vue d'un projet conjoint. La plus petite société, Corona, était propriétaire de renseignements d'une grande valeur commerciale concernant les perspectives minières d'un certain bien-fonds. Elle devait s'engager dans un projet conjoint avec une plus grande société minière pour développer cette occasion d'affaires, et elle a entrepris des négociations à cette fin avec Lac Minerals. Par la suite, Lac Minerals a acheté et développé le bien-fonds sur le fondement des renseignements que Corona lui avait communiqués à titre confidentiel pendant les négociations. Une poursuite a été intentée contre Lac Minerals pour violation de contrat, abus de confiance et manquement à un devoir fiducial. La majorité de la Cour était d'avis que l'abus de confiance avait été établi. La question de savoir si la relation entre les coentrepreneurs était de nature fiduciaire s'est révélée beaucoup plus difficile et clivante.

Le juge La Forest, s'exprimant sur la question au nom des juges minoritaires, a conclu qu'une relation fiduciaire avait été établie. Ce faisant, il a décrit une gamme de nouveaux indices d'une relation fiduciaire, y compris l'influence, l'ascendant, la communication de

¹⁶ Comme le professeur McCamus l'a expliqué : [TRADUCTION] « [L]es relations fiduciaires peuvent aussi se manifester dans des relations qui ne figurent pas dans la liste prescrite, pourvu que, d'après les faits, la relation particulière présente le caractère fiducial requis. » John D McCamus, « Prometheus Unbound: Fiduciary Obligation in the Supreme Court of Canada » (1997) 28:1 Can Bus LJ 107 à la p 108.

¹⁷ *Supra* note 8 à la p 136.

renseignements confidentiels et la confiance¹⁸. Il a aussi mis l'accent sur les attentes raisonnables des parties selon les pratiques suivies dans l'industrie¹⁹. Définissant la vulnérabilité comme étant la possibilité de subir un tort²⁰, le juge La Forest l'a minimisée en disant ce qui suit : « [L]a vulnérabilité n'est pas [...] un élément nécessaire dans chaque rapport fiduciaire [...] lorsque sa présence est constatée, il devient une circonstance supplémentaire dont il faut tenir compte pour déterminer si les faits donnent lieu à une obligation fiduciaire²¹. »

Le juge Sopinka, s'exprimant sur la question au nom de la majorité des juges, a refusé d'admettre que les faits indiquaient l'existence d'une relation fiduciaire. Pour arriver à sa conclusion, il a rejeté la longue liste de critères proposée par le juge La Forest. Il a souscrit à la liste proposée par le juge Wilson dans l'arrêt *Frame*²². Il a également insisté sur le fait que « la dépendance ou la vulnérabilité » est le seul élément « essentiel » de la relation fiduciaire²³, et il a conclu que la vulnérabilité doit être « physique ou psychologique²⁴ ».

Le prochain et dernier effort important de la part de la Cour pour développer l'approche fondée sur les faits s'est produit dans l'arrêt *Hodgkinson c Simms*²⁵. M. Hodgkinson, un spécialiste en placements, a sollicité et obtenu les conseils de M. Simms, un conseiller en placements et en matière fiscale, sur la planification fiscale et les placements exonérés d'impôt – des questions qui ne relevaient pas de sa compétence [à M. Hodgkinson]. Sur la foi de ces conseils, il a investi dans une série de projets immobiliers. À l'insu de M. Hodgkinson, M. Simms a reçu des honoraires des promoteurs. Le marché immobilier s'est effondré, et M. Hodgkinson a perdu son investissement. M. Hodgkinson a poursuivi M. Simms pour manquement à son devoir fiducial, alléguant qu'il n'aurait pas investi, et donc pas subi de perte, s'il avait été conscient de l'intérêt de M. Simms.

La Cour était encore une fois fortement divisée. Le juge La Forest, s'exprimant cette fois au nom des juges majoritaires, a conclu qu'une relation fiduciaire avait été établie. Pour arriver à cette conclusion, il a remis en question les indices sur lesquels les juges dissidents avaient insisté. Premièrement, le juge La Forest s'est encore une fois opposé à la reconnaissance de la vulnérabilité comme élément essentiel : « [L]a vulnérabilité n'est pas la marque distinctive [de la] relation fiduciaire quoiqu'elle constitue une indication importante de son existence²⁶. » À son avis, la vulnérabilité n'est pas un indice assez précis de la relation fiduciaire parce qu'elle caractérise aussi d'autres relations qui sont traitées de manière différente en common law et en equity. Deuxièmement, il a contesté la pertinence de l'égalité du pouvoir de négociation²⁷. En dernier lieu, il a rejeté

¹⁸ *Lac Minerals*, *supra* note 8 aux pp 648, 656–66.

¹⁹ *Ibid* aux pp 659–62.

²⁰ *Ibid* à la p 663.

²¹ *Ibid* à la p 662.

²² *Ibid* à la p 598.

²³ *Ibid* à la p 599.

²⁴ *Ibid* à la p 606.

²⁵ *Hodgkinson c Simms*, [1994] 3 RCS 377, 117 DLR (4^e) 161 [*Hodgkinson*, renvois aux RCS].

²⁶ *Ibid* à la p 405.

²⁷ *Ibid* à la p 406.

la notion qu'un contrat entre particuliers est incompatible avec l'existence d'une relation fiduciaire entre eux²⁸.

Le juge La Forest a expliqué comment, à son avis, l'analyse fondée sur les faits devait se faire. Il a signalé plusieurs « exemples non exhaustifs de facteurs probants », réaffirmant la pertinence de la discrétion, de l'influence et de la confiance²⁹. Il y a ajouté la confidentialité ainsi que la « complexité et l'importance du sujet³⁰ ». Il a également dit que le fait de fournir des conseils est une caractéristique cruciale de certaines relations fiduciaires (« consultatives »)³¹. Il a laissé entendre, sans toutefois expliquer, qu'il existait une distinction entre les analyses pertinentes à l'égard des relations commerciales et consultatives respectivement³², laissant supposer qu'il devrait être plus difficile de qualifier la première de fiduciaire³³. Sous la rubrique « normes de la société ou de l'industrie », il a réaffirmé la pertinence des pratiques de l'industrie et des professions³⁴. En dernier lieu, il a de nouveau soutenu qu'il est indispensable de déterminer les « attentes raisonnables des parties³⁵ ».

Dans une dissidence vigoureuse, les juges Sopinka et McLachlin (tel était alors son titre) ont nié qu'il s'agissait d'une relation fiduciaire. Ils ont critiqué la liste de plus en plus longue d'indices sanctionnée par la majorité, craignant que celle-ci accentue l'incertitude quant à la portée de la responsabilité. Ils ont rejeté l'idée que le fait de donner des conseils est pertinent en soi, indiquant ce qui suit : « Il ressort de la jurisprudence que ce qui distingue les conseils purs et simples de ceux qui donnent naissance à une obligation fiduciaire est le transfert d'un pouvoir réel d'une partie à l'autre³⁶. » Les juges Sopinka et McLachlin ont aussi rejeté la proposition selon laquelle la distinction entre les relations commerciales et les relations consultatives revêt une quelconque importance³⁷.

Les juges Sopinka et McLachlin ont limité leur analyse aux indices généralement cités. La liste proposée par la juge Wilson dans l'arrêt *Frame* a, encore une fois, été approuvée³⁸. On a aussi insisté sur la confiance et la dépendance³⁹. Plus important encore, ils ont tenté d'apporter de la stabilité à l'analyse fondée sur les faits en ajoutant

²⁸ Pour reprendre ses termes : « [L']existence d'un contrat n'écarte pas nécessairement l'existence d'obligations fiduciaires entre les parties. Au contraire, les particularités juridiques de nombreux contrats sont de nature à faire naître une obligation fiduciaire » (*ibid* à la p 407).

²⁹ *Ibid* à la p 409.

³⁰ *Ibid* à la p 410.

³¹ Il a cité le professeur Shepherd avec approbation : [TRADUCTION] « Il paraît établi qu'une personne peut, si elle offre d'en conseiller une autre de façon particulière, s'imposer à elle-même des obligations fiduciaires découlant de la nature confidentielle de la relation créée [...] » (*ibid* à la p 417, citant JC Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, Toronto, Carswell, 1981 à la p 28). Ni le professeur Shepherd ni le juge La Forest n'ont précisé la [TRADUCTION] « façon particulière » dont la prestation de conseils crée des obligations fiduciaires ni expliqué la [TRADUCTION] « nature confidentielle » de la relation entre un conseiller et son client.

³² Hodgkinson, *supra* note 25 aux pp 417–20.

³³ *Ibid* à la p 414.

³⁴ *Ibid* aux pp 411–13, 423–25.

³⁵ *Ibid* aux pp 411–13.

³⁶ *Ibid* à la p 466.

³⁷ *Ibid* aux pp 468–70.

³⁸ *Ibid* à la p 462, citant *Frame*, *supra* note 8 à la p 136.

³⁹ *Ibid* à la p 465.

une appréciation de l'ampleur. En parlant d'abord de confiance, les juges Sopinka et McLachlin ont dit ce qui suit :

Il est difficile de déterminer *quel* est le degré de confiance suffisant pour donner naissance à une obligation fiduciaire. Un critère objectif est nécessaire pour déterminer ce degré si on veut que le droit permette aux gens de gérer leurs affaires avec une certaine certitude. [...] Si l'on accepte qu'il peut être difficile de répondre à cette question, y a-t-il quelque marque distinctive qui constitue un indice fiable de l'acceptation d'une obligation fiduciaire? En raison de la grande divergence entre les redressements accordés pour la négligence et l'inexécution de contrat [...] et ceux accordés pour le manquement à une obligation fiduciaire, la cour se doit d'offrir une assistance claire aux personnes soucieuses de rester dans le premier camp et de ne pas s'aventurer dans l'autre⁴⁰.

S'attachant plutôt à la confiance, ils ont essentiellement tracé cette ligne :

Des expressions comme « exercice unilatéral de pouvoir », « à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre » et « a transmis ce pouvoir » laissent entendre que le bénéficiaire se fie entièrement au fiduciaire et dépend *totale*ment de lui. [...] La confiance n'est pas une chose simple. Comme le juge Keenan le souligne, à la p. 235 de l'arrêt *Varcoe c. Sterling*, [TRADUCTION] « [c]ela peut aller d'une confiance absolue dans l'autre jusqu'à l'indépendance complète vis-à-vis de l'autre ». Jusqu'à maintenant, le droit impose une obligation fiduciaire seulement dans le cas extrême de la confiance absolue dans l'autre partie⁴¹.

Cette dernière affirmation est discutable⁴². Manifestement, les juges dissidents ont reconnu la nécessité d'ajouter une certaine discipline au raisonnement sous-tendant l'approche fondée sur les faits. Malheureusement, ce raisonnement n'admet pas la systématisation.

3. Problèmes associés aux approches fondées sur le statut et sur les faits

La Cour suprême du Canada est manifestement consciente des difficultés associées aux approches fondées sur le statut et sur les faits. Cependant, elle semble avoir nourri l'espoir qu'on puisse les résoudre. En fait, aucune des deux approches ne peut être sauvée. Aucune n'offre de principe directeur pour justifier l'imputation de la responsabilité. Ainsi, aucune n'offre la prévisibilité et la flexibilité que l'on attend des règles de common law en matière de responsabilité. En outre, aucune n'est en mesure

⁴⁰ *Ibid* aux pp 465–66.

⁴¹ *Ibid* aux pp 467–68 [italiques ajoutés].

⁴² Comme le professeur Flannigan le fait remarquer : [TRADUCTION] « Bien que les deux juges aient prétendu le tirer des suspects habituels (le juge Dickson dans *Guerin*, la juge Wilson dans *Frame*, les professeurs Weinrib, Finn, Shepherd et Frankel), ce critère ne repose tout simplement sur aucun fondement jurisprudentiel ou conceptuel » (*supra* note 2 à la p 73).

de justifier la notion voulant que la responsabilité fiduciaire repose sur des caractéristiques essentielles de la relation fiduciaire.

Voyons d'abord l'approche fondée sur le statut. Comme je l'ai mentionné précédemment, suivant cette approche, la caractérisation de la relation repose sur le statut, qui constitue donc le fondement de l'imputation de la responsabilité. L'approche fondée sur le statut est sans principe directeur pour la simple raison que la détermination du statut n'est pas méthodique sur le plan conceptuel. Cette détermination manque de justification rationnelle. Les tribunaux n'ont pas indiqué quelles similitudes justifient les analogies tirées entre une catégorie de relation donnée et une catégorie paradigmatique⁴³. En outre, ils n'ont pas expliqué le raisonnement qui permet de tirer des analogies.

L'incohérence est une conséquence prévisible de mécanismes de détermination de la responsabilité qui n'ont pas de principe directeur. On trouve des incohérences de raisonnement et de résultats dans les décisions où l'on adopte l'approche fondée sur le statut. On trouve de l'incohérence du premier genre dans le désaccord sur les similitudes qui justifient de tirer une analogie entre deux catégories de relations. Dans certains cas, on met l'accent sur la mesure dans laquelle les catégories de relations reposent sur la confiance⁴⁴. Dans d'autres cas, on s'attache avant tout à la mesure dans laquelle les catégories de relations reposent sur la vulnérabilité ou font appel à la confiance⁴⁵. Dans d'autres cas encore, l'accent est mis sur l'inégalité du rapport de force⁴⁶. L'incohérence de résultats ressort le plus clairement des différences importantes dans les listes de catégories de relations fiduciaires reconnues d'un endroit à l'autre. Par exemple, les tribunaux du Commonwealth sont divisés sur la question de savoir si la relation entre un médecin et son patient doit être considérée comme étant une relation fiduciaire⁴⁷.

Ces contradictions ont des conséquences inquiétantes en ce qui concerne la norme juridique qui exige que la common law offre un guide fiable quant à ce qui constitue un comportement légitime. Étant donné que les similitudes qui sont à la base du raisonnement analogique demeurent incertaines, les particuliers qui se retrouvent dans des catégories de relations dont le statut n'est pas déterminé affrontent de l'incertitude quant aux conditions qui régissent leur relation. La situation des parties à une relation dont le caractère fiducial

⁴³ Le défaut de prévoir même des critères minimes de pertinence pour limiter le raisonnement analogique pose un problème. Comme John Glover l'a reconnu : [TRADUCTION] « Le raisonnement analogique est au cœur du développement de l'equity. Nous devons toutefois prendre le temps de réfléchir [...] Des ressemblances sans aucune pertinence peuvent établir un lien commun entre deux choses » (*supra* note 7 à la p 271).

⁴⁴ En faisant valoir que la relation entre un médecin et son patient devrait être reconnue comme étant de nature fiduciaire, la juge McLachlin a dit ce qui suit : « Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance [...] » (*Norberg, supra* note 8 à la p 272).

⁴⁵ On a dit que la vulnérabilité justifie de traiter la relation parent-enfant et la relation tuteur-pupille comme étant apparentées aux autres catégories de relations fiduciaires fondées sur le statut. Voir, par exemple, *KLB, supra* note 5 au para 38.

⁴⁶ Voir *Guerin, supra* note 7. Le juge Dickson a fait valoir que le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne sur les biens appartenant à une bande autochtone justifiait que l'on traite la relation entre la Couronne et les Autochtones comme étant de nature fiduciaire, de manière analogue à la relation entre le fiduciaire et le bénéficiaire de la fiducie.

⁴⁷ *Norberg, supra* note 8; *Sidaway v Bethlem Hospital Board of Governors*, [1984] 1 QB 493, 2 WLR 778 (CA), conf par [1985] AC 871 (HL); *Breen v Williams*, [1996] HCA 57, 186 CLR 71.

est reconnu est à peine meilleure. La professeure Worthington exagère lorsqu'elle dit que [TRADUCTION] « le statut lui-même appelle invariablement l'imposition de devoirs fiduciaux⁴⁸ ». La Cour suprême du Canada a dit à maintes reprises qu'une relation ne sera pas toujours traitée comme étant fiduciale malgré son statut⁴⁹, ce qui accentue l'incertitude existante, mais, surtout, affaiblit de manière importante l'approche fondée sur le statut, soulevant la question suivante : Si le statut ne rend pas invariablement une relation fiduciale, qu'est-ce qui le fait?

L'approche fondée sur les faits découle de la reconnaissance que l'approche fondée sur le statut est rigide et sans principe directeur. Elle n'a toutefois jamais remplacé l'approche fondée sur le statut. Elle a plutôt été reléguée à un emploi à la marge du statut, dans des situations où les tribunaux préfèrent rendre une décision ponctuelle au lieu de statuer sur la question du statut, qui est de portée plus large⁵⁰. L'approche fondée sur les faits représente un progrès important par rapport à l'approche fondée sur le statut, pour autant qu'elle dirige l'attention sur les caractéristiques générales de la relation fiduciale. Elle marque une évolution importante de l'idée que la responsabilité fiduciale est

⁴⁸ *Equity*, *supra* note 11 à la p 129.

⁴⁹ Dans *Lac Minerals*, après avoir examiné les catégories de relations fiduciales reconnues, le juge Sopinka a dit ce qui suit : « La nature des rapports peut être telle que, bien qu'il s'agisse normalement de rapports fiduciaires, ils peuvent dans des circonstances exceptionnelles ne pas avoir ce caractère » (*supra* note 8 à la p 597). John Glover y fait écho :

[TRADUCTION]

On dit *parfois* que les fiduciaires du genre habituel figurent dans des « catégories reconnues » de relations fiduciales [...] Dire que ces relations sont « reconnues » veut tout simplement dire que les tribunaux leur imposent habituellement des conséquences de nature fiduciale. Le caractère fiduciaire n'est pas présumé. [...] Les défendeurs se retrouvent dans la zone d'inférence fiable du tribunal, sous réserve de l'existence de circonstances spéciales. (*Supra* note 7 à la p 269.)

⁵⁰ Le rapport entre les différentes approches n'a jamais été bien formulé, mais, dans *Lac Minerals*, les juges La Forest et Sopinka ont exprimé des points de vue semblables (*supra* note 8). Le juge La Forest prétend que le droit serait plus précis si l'on reconnaissait que les véritables relations fiduciales se retrouvent dans deux catégories générales. S'agissant des relations du premier genre (les relations fiduciales fondées sur le statut) :

[...] L'accent porte sur la définition des rapports dont les tribunaux diront, en raison de leur fin inhérente ou de ce qui serait leurs particularités factuelles ou juridiques, qu'ils imposent à l'une des parties l'obligation fiduciaire d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine façon. [...] La présomption qu'il existe une obligation fiduciaire dans le cadre de tels rapports n'est pas irréfutable, mais elle est très forte. [...] (*Ibid* aux pp 646–47.)

S'agissant des relations de la deuxième catégorie (fondée sur les faits), le juge La Forest a fait l'observation suivante :

[...] L'existence d'obligations fiduciaires ne se limite pas uniquement aux rapports donnant lieu à la présomption de l'existence de telles obligations. Au contraire, l'obligation fiduciaire peut se présenter tout simplement en vertu des circonstances propres à des rapports donnés. Comme telle, elle peut exister entre des parties dans des rapports où on ne s'attendrait pas normalement à la trouver. [...] (*Ibid* à la p 648.)

Selon le juge Sopinka :

Quand un tribunal se trouve devant l'un des rapports traditionnels, l'existence des caractéristiques ou des critères d'un rapport fiduciaire est tenue pour acquise. Dans des circonstances particulières, si leur inexistence est démontrée, la seule existence du rapport en question ne suffit pas. À l'inverse, face à des rapports qui ne relèvent d'aucune catégorie traditionnelle, le tribunal doit se demander quels sont les éléments essentiels d'un rapport fiduciaire et s'ils existent en l'occurrence. [...] (*Ibid* à la p 598.)

particulière et cohérente, reposant sur les caractéristiques essentielles de la relation fiduciaire. L'approche fondée sur les faits a néanmoins échoué parce que, par sa nature, elle n'est pas en mesure de légitimer cette idée. Les tentatives d'isoler et d'énumérer les caractéristiques d'une chose, réelle ou conceptuelle, peuvent être peu utiles pour révéler sa nature fondamentale. De plus, avoir une idée claire d'une chose est une condition préalable à l'évaluation précise d'affirmations quant à ses attributs.

Ainsi, tout comme l'approche fondée sur le statut, l'approche fondée sur les faits est sans principe directeur. Elle offre la flexibilité, au prix de la prévisibilité. Le raisonnement est direct plutôt qu'analogique, mais il ne repose toujours pas sur des principes. L'opacité quant au caractère de la relation fiduciaire est à la fois une cause et une conséquence du manque de systématisation. Comme la professeure Worthington l'a dit des listes d'indices qui guident l'approche fondée sur les faits : [TRADUCTION] « [L]a difficulté a toujours été que ces descripteurs, bien qu'ils conviennent pour décrire des relations où des obligations fiduciaires *sont* imposées, conviennent souvent tout autant en l'absence de telles obligations. Il s'ensuit qu'ils ne peuvent *définir* de manière adéquate et restrictive la présence d'obligations fiduciaires⁵¹. » Peter Birks a fait part de préoccupations semblables :

[TRADUCTION]

La difficulté que présente le terme « fiducial » est que l'on ait permis à son sens de devenir complètement incertain. [...] Une relation fiduciaire est, ou devrait être, un événement continu, comme un mariage. Elle a un début et une continuation, et le fiducial est, ou devrait être, une partie à cette relation, tout comme un conjoint dans un mariage. Nous savons comment distinguer une relation matrimoniale, mais on ne peut en dire autant des relations fiduciaires. Il est manifestement impossible de prédire si une relation sera qualifiée ou non de fiduciaire lorsque l'affaire se retrouve devant les tribunaux. Dans un grand nombre d'arrêts de principe, d'éminents juges étaient partagés presque également quant à savoir si une relation était fiduciaire ou non. On peut énoncer les éléments nécessaires, [...] mais la valeur prédictive est très faible⁵².

Comme je l'ai expliqué ci-dessus, on n'est pas arrivé à s'entendre sur la caractérisation de la relation fiduciaire. Les membres de la Cour n'ont pas réussi à atteindre un consensus sur la reconnaissance, le sens et la priorité relative des indices. Certains indices ont été approuvés par certains d'entre eux et contestés par d'autres (par exemple l'égalité du pouvoir de négociation). D'autres ont reçu l'aval de tous, mais ils se sont vu attribuer différents degrés de priorité (par exemple la vulnérabilité). En outre, le sens des indices est resté flou⁵³.

⁵¹ Worthington, « Fiduciaries », *supra* note 3 à la p 505 [italiques dans l'original; notes omises].

⁵² Peter Birks, « Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy » (1996) 26:1 UWA L Rev 1 aux pp 17–18 [notes omises].

⁵³ Par exemple, il est toujours incertain si toutes les formes de confiance annoncent la création d'une relation fiduciaire et, sinon, quelles formes et pourquoi; si toutes les formes d'inégalité de pouvoir donnent à entendre qu'une relation donnée est fiduciaire et, sinon, quelles formes et pourquoi; si toutes les formes de vulnérabilité donnent à penser qu'une relation est fiduciaire et, sinon, quelles formes et pourquoi; si toute communication de renseignements confidentiels donne à penser qu'une relation fiduciaire a été créée et, sinon, quel genre de renseignements et pourquoi.

Comme le professeur Birks l'a fait remarquer, ces lacunes ont conduit à un manque de cohérence dans la mise en œuvre. La jurisprudence révèle d'importantes variations dans l'évaluation de la pertinence de certains indices pour déterminer si une relation est fiduciaire sur la base des faits⁵⁴. Quant à la priorité relative des indices, certains tribunaux considèrent la preuve de vulnérabilité comme étant concluante, alors que d'autres considèrent la présence d'un pouvoir discrétionnaire comme étant déterminante⁵⁵. S'agissant du sens à attribuer aux indices, certains voient la vulnérabilité comme étant de nature circonstancielle (c'est-à-dire tributaire de facteurs économiques, sociaux ou psychologiques), tandis que d'autres la considèrent comme structurelle (c'est-à-dire tributaire de la nature de la relation)⁵⁶. L'incertitude quant à la portée de la responsabilité est, ici encore, une conséquence prévisible de cette incohérence⁵⁷ et, comme je l'ai mentionné ci-dessus, elle pose problème au vu des exigences de la norme juridique.

Les approches à la reconnaissance de relations fiduciaires fondées sur le statut et sur les faits reflètent à quel point la position classique sur la responsabilité fiduciaire est enracinée. C'est l'idée que la responsabilité fiduciaire repose sur l'existence d'une relation fiduciaire qui rend nécessaire une méthode quelconque de reconnaissance des relations fiduciaires, mais aucune des deux méthodes ne peut justifier l'idée implicite que la relation fiduciaire est un type particulier de relation juridique qui sert de fondement à une catégorie particulière d'obligations. Il est donc normal de se demander si la perspective traditionnelle repose sur une erreur. Est-il possible que les relations fiduciaires n'ont rien de distinctif? Est-il possible que la relation fiduciaire n'est pas du *genre* juridique, mais une simple manière de parler, le produit d'une imagination insouciance ou d'une manière courante et irréfléchie de s'exprimer?

C'est le défi que pose l'analyse économique traditionnelle de l'obligation fiduciaire. Selon les économistes, l'obligation fiduciaire n'a rien de distinctif, et parler de relations fiduciaires est absurde. Les devoirs fiduciaires sont de nature contractuelle. Les défenseurs les plus insistants de ce point de vue, Frank Easterbrook et Daniel Fischel, affirment que [TRADUCTION] « les relations fiduciaires [n'ont rien de] spécial » et que [TRADUCTION] « [l]a recherche de la bonne définition du devoir fiducial n'est pas un mystère particulier [...] »

⁵⁴ Par exemple, dans *Frame*, la juge Wilson a insisté sur la capacité d'exercer un pouvoir discrétionnaire, l'effet sur les intérêts pratiques du bénéficiaire et la vulnérabilité (*supra* note 8 à la p 136). Dans *Norberg*, la juge McLachlin s'est attachée à la confiance, au pouvoir et à la vulnérabilité (*supra* note 8 aux pp 271–73). Dans *Lac Minerals*, le juge La Forest s'est penché sur la vulnérabilité, la confiance et les pratiques commerciales (*supra* note 8 aux pp 656–66).

⁵⁵ Comparez les opinions du juge Sopinka dans *Lac Minerals* et du juge Dickson dans *Guerin* (*Lac Minerals*, *supra* note 8 à la p 606; *Guerin*, *supra* note 7 à la p 385). Le juge Sopinka donne à entendre que la preuve de vulnérabilité est d'une importance particulière pour distinguer les relations fiduciaires. Le juge Dickson a fait valoir que la relation fiduciaire repose sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

⁵⁶ Comparez les affirmations du juge La Forest dans *Lac Minerals* selon lesquelles la preuve de vulnérabilité n'exige qu'une simple possibilité de subir un tort, et celles du juge Dawson dans *Hospital Products*, qui affirme que la vulnérabilité pertinente est celle qui est inhérente à la relation fiduciaire (*Lac Minerals*, *supra* note 8 à la p 663; *Hospital Products*, *supra* note 8).

⁵⁷ Elle est également engendrée par des commentaires comme ceux du juge Sopinka dans *Lac Minerals* : « Il est possible de conclure qu'il y a des rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Par ailleurs, leur présence n'est pas toujours concluante quant à l'existence de rapports fiduciaires » (*supra* note 8 à la p 599).

il n'y a pas d'objet ici, et les efforts d'unification fondés sur la prémisse qu'il présente un caractère distinctif sont voués à l'échec⁵⁸ ».

Voilà à quoi se résume ce qu'affirment les juristes Easterbrook et Fischel, mais cette affirmation présente un défi de taille. La perspective traditionnelle fonctionne depuis trop longtemps à partir d'approximations. Pour relever le défi, la jurisprudence doit évoluer, et l'évolution requise ne repose pas sur la production d'une liste d'indices arrêtée, exhaustive et classée par ordre de priorité. Un ensemble parfait de descripteurs ne réussirait toutefois pas à donner une idée cohérente de la relation fiduciaire. Parmi les indices reconnus jusqu'à maintenant figurent les caractéristiques fondamentales de la relation fiduciaire. Ce qu'il faut, c'est une définition de la relation fiduciaire qui donne un sens clair à ces éléments. Dans la deuxième partie, j'argumenterai qu'une telle définition est possible, et dans la troisième partie, j'expliquerai comment elle pourrait être élaborée.

B. Fondement de l'obligation fiduciaire

Selon l'explication classique, la responsabilité fiduciaire repose sur le manquement à des devoirs qui découlent de la relation fiduciaire. Ainsi, une théorie crédible de la responsabilité exige non seulement une idée claire de la nature de la relation fiduciaire, mais aussi une description de la manière dont une relation est créée et une explication de la manière dont la relation fiduciaire donne naissance aux obligations qui lui sont traditionnellement attribuées. Ces questions ont moins retenu l'attention dans la jurisprudence. La Cour suprême du Canada s'est néanmoins prononcée à leur égard.

1. Création d'une relation fiduciaire

Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson a affirmé qu'une relation fiduciaire peut être créée par « une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral⁵⁹ ». Il n'est pas entré dans les détails. Cependant, on semble avoir envisagé la possibilité que des relations fiduciaires soient créées par la loi (c'est-à-dire par décret législatif ou peut-être par décision judiciaire), par consentement mutuel des parties à la relation ou par l'expression unilatérale de son intention par le fiduciaire. Chaque mode de création de la relation concorde avec une conception normale de la création de relations dont le caractère fiduciaire est reconnu. La relation entre un parent de naissance et son enfant doit être fiduciaire de droit, car il n'est pas nécessaire que le parent acquiesce formellement à la relation et l'enfant n'est pas en mesure de le faire. Les relations entre des professionnels et leurs clients (par exemple médecin et patient, avocat et client) sont généralement le produit d'un consentement mutuel attesté par consentement formel, contrat ou mandat de représentation. D'autres relations (par exemple tuteur et pupille) sont généralement établies à l'initiative unilatérale du fiduciaire.

Malheureusement, cela laisse encore beaucoup d'incertitudes, y compris les conditions qui doivent être réunies pour qu'un mode de création donné soit efficace. Il doit être vraiment très rare qu'une relation fiduciaire soit créée de droit indépendamment de la volonté des parties à la relation. De même, la création unilatérale d'une relation fiduciaire par

⁵⁸ Easterbrook et Fischel, *supra* note 1 à la p 438.

⁵⁹ *Supra* note 7 à la p 384.

le fiducial doit être exceptionnelle. On s'attendrait à ce que, dans la plupart des cas, la relation fiduciaire doive être créée par consentement mutuel. Quoi qu'il en soit, il importe de savoir dans quelles circonstances on exigera un consentement mutuel, dans quelles circonstances un engagement devrait suffire et ce qui justifiera la reconnaissance implicite d'une relation fiduciaire. Bien sûr, pour pouvoir donner des réponses définitives, il faut que le caractère fondamental de la relation fiduciaire soit clair. Quel est le contenu de l'accord, de l'engagement, de la loi ou du jugement qui donne naissance à une relation fiduciaire? On ne trouve toujours pas de réponse définitive dans la jurisprudence⁶⁰.

2. Fondement des devoirs fiduciaux

L'incertitude qui s'attache au caractère fondamental de la relation fiduciaire a également masqué le lien entre la relation fiduciaire et les devoirs fiduciaux. La Cour suprême du Canada a affirmé que, dans une relation fiduciaire, les devoirs fiduciaux reposent sur l'inégalité ou sur la dépendance ou la vulnérabilité ou sur les deux. Le sens de ces caractéristiques demeure toutefois incertain. Il n'est pas non plus certain si ces caractéristiques sont des attributs extrinsèques et circonstanciels de la relation fiduciaire, ou des attributs intrinsèques et structurels. Selon cette dernière perspective, la justification des devoirs fiduciaux ressortirait intrinsèquement de la nature de la relation fiduciaire et, à ce titre, serait stable et arrêtée. Selon la première perspective, la justification des devoirs fiduciaux repose sur les circonstances d'une relation donnée; elle serait alors conditionnelle et variable.

Dans l'arrêt *Norberg*, la juge McLachlin a exprimé l'opinion que les devoirs fiduciaux répondent à l'inégalité inhérente des pouvoirs dans la relation fiduciaire. Faisant la distinction entre la responsabilité fiduciaire et la responsabilité délictuelle et contractuelle, elle a fait valoir que « contrairement à l'approche fondée sur le droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle, le modèle fiduciaire s'appuie sur la reconnaissance du déséquilibre des pouvoirs qui est inhérent au rapport liant un fiduciaire et un bénéficiaire⁶¹ ». Plus loin dans *Norberg*, elle a ajouté ce qui suit : « [E]n l'absence d'un [...] pouvoir discrétionnaire et du risque d'abus qu'il implique, "il n'est pas nécessaire d'ajouter l'obligation de limiter l'utilisation du pouvoir discrétionnaire"⁶². » Dans le même sens, dans une opinion minoritaire dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, elle a dit ce qui suit : « Lorsqu'une

⁶⁰ Certaines sources donnent à entendre que la substance se trouve dans le caractère représentatif de la prise de décision fiduciaire. On dit que le fiducial accepte d'agir pour ou pour le compte du bénéficiaire, s'engage à le faire ou est réputé agir ainsi. Voir le jugement du juge Mason dans *Hospital Products*, où il dit que la relation fiduciaire naît lorsque [TRADUCTION] « le fiducial s'engage à agir pour ou pour le compte [...] d'une autre personne ou accepte d'agir ainsi » (*supra* note 8 aux pp 96–97). Voir aussi Austin W Scott, « The Fiduciary Principle » (1949) 37:4 Cal L Rev 539 à la p 540 : [TRADUCTION] « Un fiducial est une personne qui s'engage à agir dans l'intérêt d'une autre personne. Il n'importe pas que l'engagement prenne la forme d'un contrat ou non. Il n'importe pas qu'il s'agisse d'un engagement à titre gratuit. » Ces assertions soulèvent des questions quant à la nature de la relation fiduciaire. Dans plusieurs catégories reconnues de relations fiduciaires, le fiducial n'est pas le représentant du bénéficiaire (par exemple, certaines relations sont consultatives). De plus, la nature de la représentation envisagée est ambiguë. Une personne peut [TRADUCTION] « agir pour ou pour le compte » d'une autre personne de nombreuses manières différentes. Il n'est pas possible que toute conduite représentative attire les restrictions fiduciaires.

⁶¹ *Norberg*, *supra* note 8 à la p 289.

⁶² *Ibid* aux pp 275–76, citant *Frame*, *supra* note 8 à la p 136, juge Wilson.

partie se voit conférer certains pouvoirs touchant les droits d'une autre partie et que cette dernière se voit privée des pouvoirs en question ou est "vulnérable", la première partie, celle qui détient les pouvoirs, a l'obligation de fiduciaire de les exercer dans l'intérêt de l'autre [...]»⁶³.

Dans d'autres cas, on a mis l'accent sur la dépendance du bénéficiaire par rapport au fiduciaire. Par dépendance, on entend généralement que certains intérêts du bénéficiaire sont soumis à l'influence du fiduciaire⁶⁴. L'idée, c'est que les devoirs fiduciaires atténuent la dépendance en protégeant le bénéficiaire d'une influence adverse. On ne s'entend toutefois pas sur l'importance de diverses variétés de dépendance. Certaines sources jurisprudentielles attribuent la dépendance à des inégalités circonstancielles⁶⁵. D'autres s'attachent à la dépendance intrinsèque⁶⁶.

Le plus souvent, on dit que les devoirs fiduciaires reposent sur la vulnérabilité du bénéficiaire par rapport au fiduciaire. Le sens du terme vulnérabilité n'est toutefois pas arrêté. Elle a été assimilée à la dépendance⁶⁷, à la faiblesse et à l'incapacité⁶⁸. Le plus souvent, on dit qu'elle renvoie à la possibilité de subir un tort⁶⁹. Ici encore, on ne s'entend

⁶³ [1995] 4 RCS 344 au para 115, 130 DLR (4^e) 193, juge McLachlin (tel était alors son titre) [*Rivière Blueberry*].

⁶⁴ Ainsi, par exemple, la juge Wilson a affirmé qu'un fiduciaire éventuel doit être en mesure d'« exercer [un] pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire » (*Frame*, *supra* note 8 à la p 136). De même, le juge La Forest, dans *Hodgkinson*, a parlé du fiduciaire en termes de personne qui exerce une « influence sur les droits » du bénéficiaire (*supra* note 25 à la p 409). De même, le juge Mason a dit ce qui suit dans *Hospital Products* : [TRADUCTION] « C'est en partie parce que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire peut influencer négativement sur les intérêts de la personne qui est bénéficiaire de l'obligation et parce que cette dernière est à la merci du premier que le fiduciaire a l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de la personne qui est bénéficiaire de l'obligation » (*supra* note 8 à la p 97).

⁶⁵ Par exemple, dans *Lac Minerals*, le juge Sopinka a donné à entendre qu'« une sorte de dépendance physique ou psychologique [donne naissance à l'imposition d'] une obligation fiduciaire » (*supra* note 8 à la p 606).

⁶⁶ Voir l'opinion du juge Dawson dans *Hospital Products*, *supra* note 8 à la p 142 [italiques ajoutées; renvois omis] :

[TRADUCTION]

Il y a [...] la notion qui sous-tend tous les cas d'obligations fiduciaires selon laquelle on trouve *de manière inhérente dans la nature de la relation elle-même une position désavantageuse ou vulnérable* dans laquelle se trouve une des parties et qui amène celle-ci à se fier à l'autre partie et qui exige l'intervention de l'équité pour agir sur la conscience de cette autre partie [...] *Il en découle l'obligation* pour la personne tenue d'une obligation fiduciaire d'éviter de se placer dans une position de conflit entre ses intérêts et ses obligations ou, si le conflit est inévitable, de résoudre le conflit en faveur de ses obligations et d'éviter, sauf par suite d'un arrangement spécial, de tirer profit de sa position.

⁶⁷ Voir, par exemple, le jugement des juges Sopinka et McLachlin dans *Hodgkinson*, où ils définissent la vulnérabilité comme étant une « dépendance implicite » (*supra* note 25 à la p 467).

⁶⁸ Ici on semble assimiler cause et définition. Voir spécialement le jugement de la juge Wilson dans *Frame*, où elle dit : « Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire [...] » (*supra* note 8 à la p 137).

⁶⁹ Voir, par exemple, *Lac Minerals*, *supra* note 8 à la p 663, où le juge La Forest cite le *Oxford English Dictionary*, 2^e éd, *sub verbo* « vulnérable » en ajoutant : « Une personne est vulnérable si on peut lui faire du mal ou du tort. » Plus tard, il a réaffirmé sa position dans *Hodgkinson* : « La vulnérabilité n'est rien de plus que le corollaire de la capacité de faire du tort, soit la possibilité de subir un tort » (*supra* note 25 à la p 430).

pas sur son importance. Une certaine jurisprudence affirme que la vulnérabilité est importante, quelle qu'en soit la source⁷⁰. Certaines décisions indiquent expressément que les vulnérabilités circonstancielles sont pertinentes⁷¹. D'autres décisions indiquent que la vulnérabilité est un attribut structurel de la relation fiduciaire et que ce n'est qu'en ce sens qu'elle est importante pour le droit en matière fiduciaire⁷².

⁷⁰ Voir le jugement du juge La Forest dans *Hodgkinson*, où il dit que, interprétée ainsi, la vulnérabilité sous-tend le droit en matière d'abus d'influence, d'iniquité et de déclaration inexacte faite par négligence en plus de la responsabilité fiduciaire (*supra* note 25 à la p 405).

⁷¹ Par exemple, pour conclure que la relation entre un médecin et son patient était fiduciaire, la juge McLachlin dans *Norberg* a dit ce qui suit à l'égard du patient : « À titre de patiente et, surtout, en raison de sa dépendance, la demanderesse était vulnérable et à la merci du médecin » (*supra* note 8 à la p 275). Plus loin, elle a ajouté : « Ce n'est qu'en cas de déséquilibre important, tenant aux circonstances du rapport en cause, entre le pouvoir de l'un et la vulnérabilité de l'autre, que l'existence d'un rapport fiduciaire est reconnue en droit » (*ibid* à la p 278). Plus loin, elle a qualifié cette position :

[L]a vulnérabilité du patient peut être tant physique qu'émotionnelle [...] qu'il soit physiquement vulnérable ou non, en raison de son manque de connaissances, de la « *soumission* » *nécessaire au rapport établi* et parfois, comme en l'espèce, de la nature de la maladie elle-même, le patient est en situation d'impuissance relative. Le fait que la société nous incite à faire confiance aux médecins et à croire qu'ils sont dignes de notre confiance doit être pris en considération comme un facteur de vulnérabilité accrue [...] (*ibid* aux pp 278–79; italiques ajoutés.)

Ailleurs dans son jugement, la juge McLachlin indique d'autres origines circonstancielles de la vulnérabilité, affirmant que « [l]es femmes, qui peuvent facilement être exploitées à des fins sexuelles par des médecins, peuvent être particulièrement vulnérables à cet égard » (*ibid* à la p 279) et que « la fragilité émotionnelle de bon nombre de patients en psychothérapie [milite] en faveur de l'imposition d'une obligation fiduciaire au psychothérapeute [...] particulièrement stricte » (*ibid* à la p 280).

⁷² Tamar Frankel a particulièrement bien formulé ce point de vue :

[TRADUCTION]

Il est important d'insister sur le fait que la vulnérabilité du commettant face à l'abus de pouvoir ne découle pas d'une inégalité initiale du pouvoir de négociation entre le commettant et le fiduciaire [...] La relation peut exposer le commettant à un risque même lorsque celui-ci est une personne avertie et capable de négocier véritablement. La vulnérabilité du commettant résulte plutôt de la *structure* et de la *nature* de la relation fiduciaire. Le pouvoir délégué qui permet au fiduciaire d'avantager le commettant lui permet également de lui faire du tort, puisque la fin pour laquelle le fiduciaire est autorisé à utiliser son pouvoir délégué est plus restreinte que les fins pour lesquelles il a la capacité de l'utiliser. (Tamar Frankel, « Fiduciary Law » (1983) 71:3 Cal L Rev 795 à la p 810.)

Ce point a été exprimé de manières semblables dans plusieurs arrêts de principe. Dans *Hospital Products*, trois juges de la Haute Cour de l'Australie étaient du même avis sur ce point (*supra* note 8). Le juge en chef Gibbs (tel était alors son titre) a eu du mal à définir les principes qui doivent sous-tendre les obligations fiduciaires, et il a fini par proposer que [TRADUCTION] « la raison d'être du principe se trouve dans la *vulnérabilité particulière des personnes dont les intérêts sont confiés au pouvoir d'une autre personne par rapport à l'abus de ce pouvoir* » (*ibid* à la p 68; italiques ajoutés). Le juge Mason a expliqué que [TRADUCTION] « [l]a relation entre les parties est [...] une relation qui donne au fiduciaire une possibilité particulière d'exercer le pouvoir discrétionnaire au détriment du [bénéficiaire], qui est, en conséquence, vulnérable par rapport à l'abus de sa position par le fiduciaire » (*ibid* à la p 97). Le juge Dawson a expliqué que [TRADUCTION] « [t]ous les cas d'obligation fiduciaire reposent sur la notion que la position de désavantage ou de vulnérabilité de la part de l'une des parties est *inhérente à la nature de la relation elle-même* » (*ibid* à la p 142; italiques ajoutés). Dans une observation confirmée par le juge La Forest au nom de la majorité des juges dans *Hodgkinson*, le juge Lambert a expliqué que [TRADUCTION] « le concept de la vulnérabilité [...] n'est rien de plus qu'une description de la situation de la victime lorsqu'elle est dans une position où le fiduciaire peut exercer une influence sur elle en

Bien que, aujourd'hui, l'on reconnaisse généralement l'inégalité, la dépendance et la vulnérabilité comme des attributs d'une relation fiduciaire qui justifient l'imposition d'obligations fiduciaires, leur sens et leur importance n'ont pas été affirmés de manière constante ni expliqués convenablement. Le développement d'une théorie valable de la responsabilité fiduciaire exige plus de clarté sur ces éléments.

C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire

La jurisprudence est plus claire quant à la nature et la portée des devoirs fiduciaires. La Cour suprême du Canada a adhéré au point de vue qui a maintenant cours selon lequel le droit en matière d'obligations fiduciaires s'attache surtout à la fidélité du fiducial envers le bénéficiaire⁷³. La fidélité est exigée par le devoir fiducial de loyauté qui, à son tour, est constitué de ce que l'on appelle communément les deux règles relatives aux conflits. Premièrement, le fiducial doit éviter les conflits entre ses intérêts personnels et son devoir d'agir au bénéfice du bénéficiaire (la règle relative aux conflits d'intérêts). Deuxièmement, le fiducial doit éviter les conflits entre ce devoir et d'autres intérêts (la règle relative au conflit entre deux devoirs)⁷⁴.

La Cour suprême du Canada a essentiellement éludé le débat sur la question de savoir s'il existe d'autres devoirs fiduciaires. Elle a régulièrement invoqué le lieu commun et inutile sur le plan de l'analyse que ce ne sont pas toutes les obligations imposées à un fiducial qui sont de nature fiduciaire⁷⁵. Contrairement à l'impression qui ressort de certaines déclarations normatives quant aux obligations fiduciaires, la Cour a insisté sur le fait que les

abusant de sa confiance pour obtenir un avantage » : *Burns v Kelly Peters & Associates Ltd* (1987), 41 DLR (4^e) 577 à la p 600, 6 WWR 1 (BCCA), cité dans *Hodgkinson*, *supra* note 25 à la p 430.

⁷³ Une grande controverse concerne le contenu et le rôle du devoir de loyauté. Voir, en général, Conaglen, *supra* note 2; Deborah A DeMott, « Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences » (2006) 48:4 Ariz L Rev 925; Arthur B Laby, « Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships » (2004) 54:1 Am U L Rev 75; John H Langbein, « Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest? » (2005) 114:5 Yale L J 929.

⁷⁴ On trouve l'essence des règles concernant les conflits dans la description que fait le juge Binnie du devoir de loyauté; il s'agirait de l'obligation pour le fiducial d'[TRADUCTION] « éviter les situations où il se trouve[rait] en conflit d'intérêts ou celles qui pourraient donner naissance à un conflit d'intérêts » : *Strother*, *supra* note 5 au para 51, citant *Ramrakha v Zinner* (1994), 157 AR 279 (CA) au para 73. Dans *R c Neil*, les règles ont été énoncées dans l'assertion suivante voulant que les avocats, en leur qualité de fiduciaires, doivent éviter les conflits qui présentent [TRADUCTION] « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat » (2002 CSC 70, [2002] 3 RCS 631 au para 31 [Neil], citant le *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* § 121 (2000)). À cet effet, voir *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 RCS 223 au para 125, juge Rothstein : « [L']obligation de loyauté [...] exige du fiducial qu'il évite tout conflit d'intérêts. Le fiducial doit se soustraire à toute situation où son obligation d'agir au seul bénéfice de la fiducie et de ses bénéficiaires entre en conflit avec ses propres intérêts ou ses obligations envers un tiers [...] »

⁷⁵ Voir, par exemple, *Lac Minerals*, *supra* note 8 à la p 597. Le juge Sopinka a affirmé que « les obligations des parties ayant des rapports généralement reconnus comme fiduciaires ne peuvent pas toutes être qualifiées de fiduciaires ». Plus récemment, le point a été réitéré dans *Bande indienne Wewaykum c Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 RCS 245, juge Binnie [Wewaykum].

fiduciaux n'ont pas d'obligation positive d'agir au mieux des intérêts des bénéficiaires⁷⁶. Elle a fait remarquer, à juste titre, que le fiduciaire n'a jamais été tenu responsable du sort des intérêts des bénéficiaires⁷⁷. Ce qui est plus controversé, c'est que la Cour est arrivée progressivement à nier l'existence d'un devoir fiduciaire de diligence⁷⁸.

Afin d'éviter de laisser croire que la Cour entretient l'idée bien arrêtée que l'obligation fiduciaire se limite au devoir de loyauté, il importe de noter qu'elle a considéré les devoirs fiduciaires de confidentialité et de franchise⁷⁹. En général, la désignation d'un devoir comme

⁷⁶ *Norberg, supra* note 8 à la p 288. La juge McLachlin présente la portée de l'obligation fiduciaire en termes généraux : « L'essence même du rapport de confiance ou fiduciaire est que le fiduciaire, qui est investi de pouvoirs, *assume la responsabilité d'assurer le bien-être* du bénéficiaire dans les domaines qui relèvent du rapport de confiance » [italiques ajoutées]. Comparez *KLB, supra* note 5. La juge en chef nie que les parents, en leur qualité de fiduciaires, doivent « “agir” dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (*ibid* au para 43), précisant que, même si « [l]es parents devraient essayer d'agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants [...], on n'a toutefois pas élevé cet objectif au rang de motif distinct de responsabilité en common law ou en equity » (*ibid* au para 44; soulignement dans l'original).

⁷⁷ *Ibid*. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué, ce genre de responsabilité « semblerait être une forme de responsabilité fondée sur le résultat plutôt que sur la faute et l'omission [...] Il faut cependant établir l'existence d'une faute pour qu'il y ait manquement à une obligation fiduciaire. Il ne s'agit pas d'une responsabilité fondée sur le résultat [...] » (*ibid* au para 45).

⁷⁸ Les divergences d'opinion sur cette question chez les membres de la Cour remontent au moins à l'arrêt *Canson Enterprises Ltd c Boughton & Co*, [1991] 3 RCS 534, 85 DLR (4^e) 129 [*Canson Enterprises*, renvoi aux RCS]. La Cour, examinant les répercussions de la décision de la Chambre des lords dans *Nocton v Lord Ashburton* et le débat sur le bien-fondé de la fusion de la common law et de l'equity, était divisée sur la relation entre les principes de common law et d'equity régissant la responsabilité et la réparation pour les préjudices résultant de la négligence professionnelle ([1914] AC 932, 30 TLR 602). Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, a parlé d'une obligation fiduciaire de diligence et a écarté, comme étant « déplacé[es] » les préoccupations concernant l'ordre doctrinal (*Canson Enterprises, supra* note 78 aux pp 570–89). La juge McLachlin (tel était alors son titre), dans une opinion minoritaire à laquelle ont souscrit deux autres juges, a signifié son opposition, soulevant des préoccupations quant à la préservation des limites doctrinales entre le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit en matière de responsabilité fiduciaire et la distinction à faire entre les redressements en common law et les redressements en equity (*ibid* aux pp 542–58). Plus tard, dans *Hodgkinson*, le juge La Forest a réitéré qu'« une obligation fiduciaire comporte une obligation d'aptitude et de compétences » (*supra* note 25 à la p 405). En sa qualité de juge en chef, la juge McLachlin a eu, sinon le dernier mot, le mot le plus récent. Dans *KLB*, une affaire concernant la relation fiduciaire entre parents et enfants, la juge en chef a dit que le « manquement à une obligation fiduciaire tient traditionnellement à l'abus de confiance, avec l'accent mis en conséquence sur le manque de loyauté et la promotion des intérêts de l'auteur du manquement ou d'une autre personne au détriment de ceux du bénéficiaire » (*supra* note 5 au para 48), signalant que « [l]a même relation et les mêmes circonstances peuvent engendrer différentes obligations en common law et en equity » (*ibid*). Se trouvant encore une fois aux prises avec la question plus générale du rapport entre la common law et l'equity, elle a formulé l'opinion que « [l]es causes d'action fondées sur l'equity ne font pas double emploi avec celles prévues par la common law; elles les complètent » (*ibid*; soulignement dans l'original). La juge en chef a conclu ainsi : « La négligence, même grave, ne saurait engager la responsabilité fiduciaire des parents si elle n'implique pas d'abus de confiance [...] » (*ibid* au para 49).

⁷⁹ S'agissant du devoir de franchise, voir *Neil, supra* note 74 au para 19. Voir aussi Lawrence A Hamermesh, « Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty » (1996) 49:5 Vand L Rev 1087. S'agissant du devoir de confidentialité, voir *Lac Minerals, supra* note 8. Le juge La Forest a fait valoir que le droit en matière d'obligations fiduciaires découle de la doctrine d'abus de confiance en equity et a émis l'opinion que les principes de responsabilité qui opèrent dans chaque domaine sont « étroitement liés ». Le juge Sopinka était dissident à cet égard, et la Cour a depuis lors préféré dire que la responsabilité pour abus de confiance n'est pas de nature fiduciaire. Dans *Cadbury Schweppes Inc c Aliments F&B Ltée*, le juge Binnie a précisé que l'action pour abus de confiance est *sui*

étant fiducial n'est pas étayée par un raisonnement approfondi. Si l'on expliquait mieux le lien entre les devoirs fiduciaux et la relation fiduciale, il serait peut-être possible de justifier des décisions taxinomiques de manière convaincante.

On dit souvent que le devoir de loyauté oblige le fiducial à agir de façon désintéressée⁸⁰. Qu'il s'agisse d'abnégation ou d'autre chose, il est manifeste que le droit impose aux fiduciaux une norme de conduite élevée. Il est donc important que la portée de l'obligation fiduciale puisse être délimitée sur le fondement de principes. La Cour a indiqué que la portée de l'obligation fiduciale est définie par les paramètres et la durée de la relation fiduciale⁸¹, ce qui est tout à fait raisonnable, dans la mesure où les devoirs qui limitent la conduite du fiducial reposent sur cette relation. Il en découle, cependant, que la portée de la responsabilité sera incertaine tant que le caractère fondamental de la relation fiduciale n'est pas clairement décrit dans la jurisprudence. Si l'obligation fiduciale repose sur l'inégalité, la dépendance, la vulnérabilité ou une combinaison quelconque de ces attributs, la portée de la responsabilité fiduciale ne peut être déterminée que lorsqu'il est clairement établi à quelle fin et dans quelle mesure le fiducial doit répondre de ces attributs ou de tout autre déséquilibre créé par la relation fiduciale.

II. Une théorie émergente de la responsabilité fiduciale

Dans l'arrêt *Galambos*, la Cour suprême du Canada s'est livrée à une réévaluation capitale, bien qu'attendue depuis longtemps, de sa jurisprudence en matière d'obligations fiduciales. Comme je vais l'expliquer, la réévaluation est importante en ce sens qu'elle offre une réinterprétation salutaire de cette jurisprudence, une réinterprétation qui laisse entrevoir une théorie prometteuse de la responsabilité fiduciale. Il convient toutefois de noter que le jugement se démarque de la jurisprudence à au moins deux égards importants. Premièrement, les motifs sont de portée modeste. Dans des décisions antérieures, des membres de la Cour avaient tendance à examiner une gamme de questions de leur propre initiative, jugeant nécessaire d'aborder les principes de responsabilité fiduciale de la manière la plus générale possible, ainsi que les problèmes liés à la classification des obligations et le rapport entre la common law et l'equity. Les motifs du juge Cromwell, qui s'exprimait au nom de la Cour dans *Galambos*, se limitent aux questions dont la Cour était

generis, et il a insisté sur le fait que, bien que les obligations fiduciales et les obligations de confidentialité puissent coïncider, elles reposent sur des fondements distincts ([1999] 1 RCS 142 aux para 31–32, 167 DLR (4^e) 577). L'obligation de confidentialité repose sur une relation de confiance engendrée par la divulgation de renseignements confidentiels. Il n'est pas nécessaire que la relation dans laquelle elle se présente soit également une relation fiduciale.

⁸⁰ Birks, *supra* note 2. Voir aussi *EDG c Hammer*, 2003 CSC 52, [2003] 2 RCS 459 au para 23; *Magasins à rayons Peoples inc (Syndic de) c Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 RCS 461 au para 35.

⁸¹ S'agissant du lien entre la portée de l'obligation fiduciale et la portée de la relation fiduciale, voir *Peso Silver Mines Ltd (NPL) v Cropper*, [1966] SCR 673 aux pp 681–82, 58 DLR (2^e) 1. Voir aussi *Strother*, *supra* note 5 aux para 39–44 (la portée des obligations fiduciales qui limitent la conduite des avocats est déterminée en fonction de la portée de la relation fiduciale telle qu'elle est définie dans le mandat confié par le client). En ce qui concerne la portée de la responsabilité et la durée de la relation fiduciale, il y a lieu de noter que la résiliation de la relation n'a pas pour effet d'exclure la responsabilité fiduciale lorsqu'il est manifeste que le fiducial a mis fin à la relation pour éviter l'obligation ou la responsabilité pour un manquement. Voir *Can Aero c O'Malley*, [1974] RCS 592, 40 DLR (3^e) 371. Voir aussi Smith, « Motive », *supra* note 2 à la p 78.

saisie. Ainsi, la réévaluation de la jurisprudence, bien qu'elle soit importante, n'est pas complète. Deuxièmement, il s'agissait d'une décision unanime. Des motifs ciblés ont vraisemblablement aidé à prévenir les profondes divisions d'opinion qui ont entaché la jurisprudence. Cependant, l'unanimité peut aussi être imputée aux faits de l'espèce. Les faits ne sont pas particulièrement intéressants et ne laissent voir rien de la malhonnêteté, de la tromperie ou de l'exploitation qui caractérisent les grands arrêts en matière de responsabilité fiduciaire. Ainsi, ils ont vraisemblablement peu fait pour aviver la conscience des membres de la Cour. En revanche, la jurisprudence plus ancienne est marquée par une conscience aiguë du caractère typiquement flexible et discrétionnaire de l'intervention de l'*equity*⁸².

Bien que les faits dans *Galambos* ne soient pas particulièrement intéressants, ils sont inhabituels. L'appelant, M^e Galambos, était l'avocat principal d'un cabinet d'avocats. L'intimée, M^{me} Perez, était son aide-comptable. Au cours des années, le cabinet a connu des difficultés financières croissantes. Pour alléger le fardeau, M^{me} Perez a fait plusieurs avances de fonds au cabinet à partir de ses comptes personnels et de ses facilités de crédit. Les avances totalisaient environ 200 000 \$. M^{me} Perez a fait les avances de fonds volontairement, sans directive ou consentement de la part de M^e Galambos. La plupart des avances ont également été faites sans que M^e Galambos en ait connaissance au préalable. Finalement, malgré les avances, le cabinet a fait faillite sans que M^{me} Perez ait été remboursée. Elle a poursuivi M^e Galambos personnellement pour négligence, rupture de contrat et manquement à un devoir fiduciaire, en vue d'obtenir réparation.

La demande fondée sur le manquement à un devoir fiduciaire reposait sur deux moyens. M^{me} Perez soutenait que, en plus de leur relation d'emploi, elle et M^e Galambos avaient une relation avocat-client continue. M^e Galambos lui avait fourni des services juridiques gratuitement à quelques occasions, sur des questions qui n'avaient aucun rapport avec le cabinet ou avec son emploi. C'est sur cette base que M^{me} Perez alléguait que leur relation était de nature fiduciaire, fondée sur le statut. M^{me} Perez prétendait également que la relation était marquée par l'inégalité du rapport de force et la dépendance. En conséquence, la relation était de nature fiduciaire au vu des faits, indépendamment du statut. M^{me} Perez a fait valoir que le manquement au devoir fiduciaire consistait en un manque de diligence raisonnable et non en un manque de loyauté. Elle a soutenu que M^e Galambos aurait dû exercer plus de vigilance dans la supervision de sa gestion des finances du cabinet et éviter qu'elle ne prenne un intérêt financier personnel dans le cabinet.

La demande fondée sur le manquement à un devoir fiduciaire a échoué au procès. Le juge du procès a rejeté l'argument portant qu'il existait une relation avocat-client continue et que les faits poussaient par ailleurs à la reconnaissance d'une relation fiduciaire. Il a expliqué que les services juridiques qui avaient été fournis étaient des opérations ponctuelles et ne faisaient pas partie d'une relation de durée indéterminée. Il a également insisté sur le fait que M^{me} Perez n'avait pas transféré de pouvoir quelconque à M^e Galambos et n'était pas vulnérable par rapport à celui-ci. Il n'y avait donc pas de relation fiduciaire pouvant donner lieu à une responsabilité fiduciaire. La Cour d'appel

⁸² Voir, par exemple, *Lac Minerals*, *supra* note 8. Le juge Sopinka justifie le manque de précision de la Cour concernant la relation fiduciaire, affirmant que « l'*equity* [a] refusé de se lier les mains en précisant les cas donnant naissance à des rapports fiduciaires » (*ibid* aux pp 596–97). Voir aussi *Canson Enterprises*, *supra* note 78.

n'était pas du même avis. Elle a reconnu qu'il n'y avait pas de relation avocat-client continue, mais elle a conclu que la relation était de nature fiduciaire au vu des faits, en raison de la preuve d'asymétries – inégalité du rapport de force, dépendance et vulnérabilité – au bénéfice de M^e Galambos et au détriment de M^{me} Perez. La Cour d'appel a conclu à un manquement au devoir fiducial, à savoir un abus de confiance.

La Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel. Le juge Cromwell était du même avis que le juge du procès, à savoir qu'il n'y avait pas de relation fiduciaire, qu'elle soit fondée sur le statut ou sur les faits. Même s'il y avait eu une relation fiduciaire, il n'y avait pas eu manquement à un devoir fiducial reconnu. Ces conclusions sont incontestables au vu des faits. Plus intéressants encore sont les motifs à l'appui de la décision.

A. Nature de la relation fiduciaire

Comme je l'ai expliqué dans la première partie, c'est le développement de l'approche fondée sur les faits comme complément à l'approche fondée sur le statut qui a dominé la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'obligations fiduciaires. La Cour s'est toutefois dirigée graduellement, malgré un certain manque d'uniformité, vers une perspective essentialiste de la relation fiduciaire. Qu'une telle perspective se concrétise représenterait un progrès remarquable, puisqu'elle justifierait l'hypothèse implicite en droit voulant que la relation fiduciaire soit un genre particulier de relation juridique et que la responsabilité fiduciaire soit un mode particulier d'organisation personnelle de ses affaires. Le raisonnement dans *Galambos* révèle les progrès les plus importants réalisés par la Cour vers l'essentialisme jusqu'à maintenant.

1. Définition de la relation fiduciaire

Malgré son engagement envers les approches fondées sur le statut et sur les faits, la Cour suprême du Canada n'a eu de cesse de laisser entendre que la caractéristique fondamentale de la relation fiduciaire est le pouvoir discrétionnaire que le fiducial exerce à l'égard du bénéficiaire⁸³. Ainsi, dans l'arrêt *Norberg*, la juge McLachlin a dit que « le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l'une des parties exerce un pouvoir au nom de l'autre⁸⁴ ». Dans l'arrêt *Hodgkinson*, les juges Sopinka et McLachlin ont affirmé que « ce qui distingue » la relation fiduciaire « est le transfert d'un pouvoir réel d'une partie à l'autre⁸⁵ ». Plus récemment, dans l'arrêt *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre*

⁸³ Ernest Weinrib était parmi les premiers à faire valoir que quelque chose qui s'apparente à un pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de toute relation fiduciaire : Ernest J Weinrib, « The Fiduciary Obligation » (1975) 25:1 UTLJ 1. Il a fait remarquer que la relation fiduciaire est une relation [TRADUCTION] « dans laquelle la manière dont le fiducial exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui a été confié peut avoir un effet sur les intérêts du mandant, qui en sont alors tributaires » (*ibid* à la p 4). Il a précisé : [TRADUCTION] « Il y a donc deux éléments qui sont au cœur du concept fiducial, et ces éléments peuvent aussi servir à en établir les limites. Premièrement, le fiducial doit avoir la possibilité d'exercer un pouvoir discrétionnaire, et deuxièmement, ce pouvoir discrétionnaire doit être susceptible d'influer sur la position juridique du mandant » (*ibid*; notes omises).

⁸⁴ *Supra* note 8 à la p 272.

⁸⁵ *Supra* note 25 à la p 466.

des Forêts)⁸⁶, la juge en chef McLachlin a voulu distinguer la notion d'honneur de la Couronne des relations fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones. Elle a conclu que ce n'est que « [l]orsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts autochtones particuliers [que] le principe de l'honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire⁸⁷ ». Ce faisant, elle s'est fondée sur le « pouvoir discrétionnaire », que le juge Binnie avait désigné comme étant la caractéristique fondamentale de la relation fiduciaire dans l'arrêt *Wewaykum*. Selon le juge Binnie, la reconnaissance du caractère fiducial de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones « vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones⁸⁸ ».

À mon avis, on peut tirer une bonne définition de la relation fiduciaire de cette série de sources jurisprudentielles : *une relation fiduciaire est une relation dans laquelle une partie (le fiducial) est investie d'un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques importants d'une autre partie (le bénéficiaire)*⁸⁹. Dans *Galambos*, la Cour suprême du Canada s'est engagée d'une manière plus profonde dans la perspective essentialiste. Lorsqu'il décrit les « principes fondamentaux » de la responsabilité fiduciaire, le juge Cromwell explique ainsi le caractère de la relation fiduciaire :

L'importance qu'accorde le droit des fiducies aux relations est à la base de ces assertions. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a énoncé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 384, « [l']obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport ». [...] Les relations particulières auxquelles s'intéresse le droit des fiducies sont celles où l'une des parties est investie d'un pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques de l'autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques fondamentales sur celle-ci [...] ⁹⁰.

Rejetant carrément la notion voulant que la responsabilité fiduciaire puisse être établie dans des situations où le fiducial éventuel n'a pas de pouvoir discrétionnaire, il a expliqué :

⁸⁶ 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*, renvois aux RCS].

⁸⁷ *Ibid* au para 18, citant *Wewaykum*, *supra* note 75 au para 79.

⁸⁸ *Wewaykum*, *supra* note 75 au para 79. Les tribunaux canadiens ont dominé le développement de cette perspective, mais, sporadiquement, des tribunaux d'autres pays les ont rejoints. À peine quelques semaines après l'arrêt *Guerin*, la Haute Cour de l'Australie a proposé une approche semblable dans *Hospital Products* (*supra* note 8 aux pp 68, 96–97). Dans des opinions distinctes, les juges ont reconnu les problèmes associés à l'approche fondée sur le statut. Le juge en chef Gibbs a reconnu que, pour les surmonter, [TRADUCTION] « le défi est de proposer un critère qui permet de déterminer si une relation [...] est de nature fiduciaire » (*ibid* à la p 68). Le juge Mason est allé plus loin. Confirmant l'opinion exprimée par le professeur Weinrib, il a dit que [TRADUCTION] « [l]a caractéristique cruciale de ces relations est que le fiducial s'engage à agir pour ou pour le compte d'une [...] autre personne dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui aura un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques de cette autre personne, ou accepte d'agir ainsi » (*ibid* aux pp 96–97). De même, dans l'importante décision rendue par le Second Circuit dans *United States v Chestman*, la majorité de la Cour a dit qu'une [TRADUCTION] « relation fiduciaire comporte un pouvoir discrétionnaire et un état de dépendance » (947 F (2^e) 551 au para 13 (2d Cir 1991)).

⁸⁹ Je développe cet argument davantage dans Paul B Miller, *Essays Toward a Theory of Fiduciary Law*, thèse de doctorat, Université de Toronto, Département de philosophie, 2008 [non publiée].

⁹⁰ *Galambos*, *supra* note 6 au para 70 [renvois omis].

Il est essentiel à l'existence d'une obligation fiduciaire que le fiduciaire ait été investi du pouvoir discrétionnaire de poser des actes ayant des incidences sur les intérêts juridiques et pratiques de l'autre partie. Dans *Guerin*, le juge Dickson dit de ce pouvoir discrétionnaire qu'il constitue « la marque distinctive de tout rapport fiduciaire » [...]

[...] Certes la question de savoir ce qui est suffisant pour attribuer un pouvoir au fiduciaire peut être sujet de controverse dans certaines situations, mais tel n'est pas le cas quant à la nécessité que le fiduciaire soit investi d'un tel pouvoir⁹¹. [...]

Le fait de conclure que M^e Galambos n'exerçait pas de pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques de M^{me} Perez était essentiel à la conclusion du juge Cromwell qu'il n'y avait pas de relation fiduciaire entre eux :

[L]a conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Galambos n'avait pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant, de façon unilatérale ou autrement, d'influer sur les intérêts de M^{me} Perez porte un coup fatal à la thèse de cette dernière voulant qu'une obligation fiduciaire *ad hoc* ait incombé à M. Galambos d'agir uniquement dans ses intérêts à elle en ce qui concerne les avances de fonds en question⁹².

Dans *Galambos*, la Cour a clairement décidé que le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de toute relation fiduciaire.

2. Conséquences pour les approches fondées sur le statut et sur les faits

Si elle avait porté le point de vue essentialiste à sa conclusion logique, la Cour aurait défini la relation fiduciaire de la manière décrite ci-dessus et désavoué les approches fondées sur le statut et sur les faits. Malheureusement, le juge Cromwell maintient la structure analytique des approches fondées sur le statut et sur les faits (qu'il appelle respectivement les rapports en soi et les rapports *ad hoc*). Voici ce qu'il dit au sujet des premiers :

On considère que certains types de rapports font naître des obligations fiduciaires en raison de leur fin inhérente ou des particularités factuelles ou juridiques qui leur sont attribuées [...] Ces rapports sont parfois qualifiés de fiduciaires en soi⁹³. [...]

Le juge Cromwell n'explique pas quelles fins ou particularités un type de rapports doit avoir pour être considéré comme fiduciaire, bien qu'il considère manifestement que, dans toutes les catégories, le fiduciaire exerce un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques du bénéficiaire. Il distingue l'approche fondée sur le statut et l'approche fondée sur les faits en ces termes :

⁹¹ *Ibid* aux para 83–84 [italiques ajoutés].

⁹² *Ibid* au para 86 [italiques dans l'original].

⁹³ *Ibid* au para 36.

[O]utre les obligations fiduciaires inhérentes à certains types de relations, il peut en exister qui découlent des circonstances particulières propres à une relation donnée⁹⁴. [...]

Le juge Cromwell n'explique pas davantage les critères à prendre en compte pour déterminer si une relation fiduciaire existe au cas par cas. Il est toutefois évident qu'il est mal à l'aise avec des listes d'indices hétéroclites. En fait, il ne manque pas de mettre en question les indices mal définis.

S'agissant du pouvoir et de la dépendance, le juge Cromwell soutient que les relations dites « de force et de dépendance » – ce par quoi il semble vouloir dire toute relation caractérisée par une inégalité de pouvoir et une dépendance – ne sont pas toujours fiduciaires : « [L]e concept en question, emprunté à la doctrine, est utile pour décrire certaines relations, mais il n'a pas été utilisé pour classer les relations fiduciaires et ne devrait pas l'être⁹⁵. » Il explique qu'« un rapport de force et de dépendance n'est pas toujours de nature fiduciaire et la présence d'un rapport de force et de dépendance, à lui seul, ne permettra pas de trancher la question de savoir s'il s'agit d'une relation fiduciaire⁹⁶ ».

S'agissant de la vulnérabilité, le juge Cromwell affirme que l'« on donne une portée trop large au droit des fiducies si on affirme qu'il vise à protéger la partie ou les personnes vulnérables⁹⁷ ». Citant le jugement du juge La Forest dans *Hodgkinson*, il explique : « La façon dont le droit s'intéresse à la situation des personnes vulnérables "engendre toute une gamme de devoirs qui souvent se chevauchent" et "les obligations de common law ou d'*equity* que les tribunaux feront respecter dans une relation donnée sont adaptées aux particularités juridiques et pratiques de la relation concernée"⁹⁸. »

Les craintes du juge Cromwell sont bien fondées. Les indices sont trop larges et imprécis, mais ces problèmes sont propres à l'approche fondée sur les faits. Le caractère essentiel de la relation fiduciaire ne sera jamais éclairci par le recensement de caractéristiques isolées. Il faut comprendre comment les caractéristiques sont réunies dans une idée claire et bien précisée de la relation. Il est donc révélateur que le juge Cromwell n'ait pas tenté de préciser ou de compléter les listes d'indices existantes. Son jugement met plutôt l'accent sur le fait que le caractère fondamental de la relation fiduciaire repose sur l'exercice par une personne d'un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne.

B. Fondement de l'obligation fiduciaire

Dans *Galambos*, la Cour s'est étendue longuement sur des questions touchant le fondement des devoirs fiduciaires, en particulier les devoirs se rapportant à la création de la relation.

⁹⁴ *Ibid* au para 48.

⁹⁵ *Ibid* au para 73.

⁹⁶ *Ibid* au para 74.

⁹⁷ *Ibid* au para 67.

⁹⁸ *Ibid* au para 73, citant *Hodgkinson*, *supra* note 25 aux pp 412–13.

1. Création d'une relation fiduciaire

Selon l'argument présenté au nom de M^{me} Perez et accepté par la Cour d'appel, il est possible d'établir l'existence d'une relation fiduciaire en se fondant sur les attentes raisonnables de la part d'une personne qu'une autre personne agira dans ses intérêts, ce qui veut dire qu'un bénéficiaire peut créer une relation fiduciaire unilatéralement⁹⁹. Étant donné que les devoirs fiduciaux limitent considérablement la liberté des fiduciaires, on peut comprendre que la Cour ait rejeté cet argument. L'avocat de M^e Galambos a, pour sa part, argumenté que l'on ne peut créer une relation fiduciaire que par consentement mutuel du fiduciaire et du bénéficiaire. La Cour n'était pas disposée à aller aussi loin; elle a toutefois affirmé qu'une relation fiduciaire ne peut être établie que du plein gré du fiduciaire. Le juge Cromwell s'est expliqué ainsi :

[B]ien qu'une entente mutuelle puisse ne pas être nécessaire dans tous les cas [...], l'existence d'un engagement, exprès ou implicite, du fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de l'autre partie est une condition préalable essentielle à l'existence d'obligations fiduciaires *ad hoc*. En d'autres termes, même s'il peut ne pas être nécessaire dans tous les cas que le bénéficiaire accepte l'engagement, il est clairement établi que l'engagement comme tel est essentiel à l'existence d'une relation fiduciaire *ad hoc*¹⁰⁰. [...]

Le juge Cromwell a trouvé appui à cette condition préalable dans des décisions antérieures de la Cour :

[D]ans l'arrêt *Hodgkinson*, notre Cour a examiné deux fondements différents pouvant donner naissance à des obligations fiduciaires *ad hoc*, fondements qui opposent jusqu'à un certain point l'entente mutuelle aux attentes raisonnables du prétendu bénéficiaire. Les sept juges ayant entendu le pourvoi ne partageaient pas, à tous égards, le même point de vue à ce sujet, mais ils étaient tous d'avis qu'une entente mutuelle en ce sens pouvait donner lieu à des obligations fiduciaires *ad hoc* et, suivant l'exemple du juge Dickson dans *Guerin*, p. 384, ils n'ont pas exclu qu'il puisse en découler un engagement unilatéral du fiduciaire [...]. Ainsi, *s'agissant d'obligations fiduciaires ad hoc, il faut nécessairement un engagement du fiduciaire d'exercer un pouvoir discrétionnaire au mieux des intérêts de l'autre partie*¹⁰¹. [...]

Le juge Cromwell n'explique pas davantage comment on peut prendre un engagement obligatoire. Il donne toutefois à entendre qu'un tel engagement peut découler implicitement de la nature d'une relation librement consentie, de l'exercice de pouvoirs dans le cadre d'une relation, des modalités d'une entente ou, par ailleurs, de la conduite du fiduciaire¹⁰². Il

⁹⁹ Pour qu'une relation fiduciaire puisse être créée unilatéralement, il faut prouver que les attentes étaient raisonnables dans les circonstances – une condition amorphe, mais non sans importance.

¹⁰⁰ *Galambos*, *supra* note 6 au para 66.

¹⁰¹ *Ibid* au para 76 [italiques ajoutées].

¹⁰² *Ibid* au para 77 :

L'engagement du fiduciaire peut résulter de l'exercice de pouvoirs conférés par la loi, des conditions – expresses ou implicites – d'une entente, ou, peut-être, simplement de l'engagement d'agir ainsi. Lorsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient. Le point

semblerait donc qu'un consentement formel n'est pas nécessaire. L'objet de l'engagement n'est pas non plus précisé. Suffit-il que le fiduciaire s'engage simplement à exercer un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne, ou doit-il accepter expressément les obligations qui accompagnent l'exercice d'un tel pouvoir? Le premier point de vue semble correct d'après la jurisprudence, comme je l'expliquerai dans la troisième partie, mais le deuxième point de vue est la conséquence apparente de la référence favorable du juge Cromwell aux ouvrages savants de Paul Finn et de Lionel Smith. Le professeur Finn a soutenu que [TRADUCTION] « [p]our qu'une personne soit un fiduciaire, elle doit d'abord et avant tout s'être engagée, d'une manière ou d'une autre, à protéger les intérêts d'une autre personne ou à agir en faveur de cette dernière¹⁰³ ». Le professeur Smith a écrit que, pour qu'une relation fiduciaire soit créée, [TRADUCTION] « [l]e fiduciaire doit *renoncer* à agir dans son propre intérêt¹⁰⁴ ».

Le juge Cromwell n'aborde pas directement la question de savoir si une relation fiduciaire pourrait être créée par décret législatif ou décision judiciaire. La possibilité est exclue par le fait que l'on prétend qu'un acte volontaire de la part du fiduciaire est nécessaire. L'exclusion rend toutefois difficile d'expliquer les relations créées par décret ou jugement qui sont habituellement réputées être de nature fiduciaire¹⁰⁵.

2. Fondement des devoirs fiduciaires

Le pouvoir analytique de la perspective essentialiste de la relation fiduciaire est manifeste dans la manière dont elle structure l'analyse que fait le juge Cromwell du fondement normatif des devoirs fiduciaires. Partant de la proposition que le pouvoir discrétionnaire est un élément essentiel de la relation fiduciaire, le juge Cromwell précise soigneusement le sens des principales caractéristiques normatives de la relation. La Cour s'était embourbée dans des considérations générales inutiles concernant la signification de l'inégalité, de la dépendance et de la vulnérabilité en droit privé en général. L'analyse du juge Cromwell indique *comment* ces concepts caractérisent la relation fiduciaire et *pourquoi* ils sont importants pour la responsabilité fiduciaire.

Le juge Cromwell commence en reprenant le point de vue classique selon lequel la responsabilité fiduciaire repose sur le non-respect des devoirs qui découlent de la relation fiduciaire. Pour reprendre ses mots : « Le recours pour manquement à une obligation

central demeure qu'il y aura, tant dans les relations fiduciaires en soi que dans les relations fiduciaires *ad hoc*, un engagement du fiduciaire d'agir loyalement.

Voir aussi *ibid* au para 79 :

Toutefois, cela ne signifie pas qu'un engagement explicite est requis. Dans certains types de relations, l'engagement du fiduciaire peut en effet être implicite. Les normes professionnelles, les pratiques de l'industrie ou d'autres pratiques courantes et la question de savoir si la partie qu'on dit être un fiduciaire a incité l'autre partie à compter sur le fait qu'elle agirait loyalement envers elle comptent parmi les considérations utiles pour juger de l'existence ou non d'un tel engagement implicite.

¹⁰³ PD Finn, *Fiduciary Obligations*, Sydney, Law Book Company, 1977 au para 15.

¹⁰⁴ Lionel Smith, « Fiduciary Relationships – Arising in Commercial Contexts – Investment Advisors: *Hodgkinson v Simms* » (1995) 74:4 RB Can 714 à la p 717 [Smith, « Fiduciary Relationship »] [italiques dans l'original].

¹⁰⁵ Voir Evan Fox-Decent, « The Fiduciary Nature of State Legal Authority » (2005) 31:1 Queen's LJ 259 aux pp 294–98.

fiduciale ne peut reposer que sur le non-respect des obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaux¹⁰⁶. »

Il ajoute comme explication que les principales caractéristiques normatives de la relation fiduciale sont des caractéristiques inhérentes et essentielles de *la relation*, et non des caractéristiques extrinsèques et accidentelles de *relations particulières* :

[L]e droit des fiducies s'intéresse plus à la position respective des parties *résultant* de la relation qui donne lieu à l'obligation fiduciale qu'à leurs positions respectives *avant* le début de cette relation¹⁰⁷. [...]

Dire que le droit en matière d'obligations fiduciales s'intéresse aux structures de la relation fiduciale est crucial. Cela signifie que la responsabilité fiduciale ne dépend pas de la manière dont les parties se retrouvent l'une par rapport à l'autre pour quelque raison. La responsabilité fiduciale prend plutôt racine dans la nature de la relation fiduciale, au sens d'un type de relation juridique distinctif. Cependant, quelles sont les caractéristiques structurelles de la relation fiduciale, et pourquoi servent-elles de fondement à la responsabilité? Le juge Cromwell reconnaît que la réponse se trouve dans le sentiment jusqu'à maintenant primitif que les relations fiduciales sont marquées par l'inégalité, la dépendance et la vulnérabilité. Comprendre l'importance particulière de ces caractéristiques en ce qui concerne la relation fiduciale exige de les considérer comme des caractéristiques structurelles qui sont nécessairement accessoires à la notion de relation fiduciale elle-même. Du fait que, par définition, une relation fiduciale comprend une personne qui exerce un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne, les parties sont dans une position d'inégalité, le bénéficiaire étant dépendant du fiducial dans l'exercice de pouvoir par le fiducial et vulnérable par rapport à ce dernier.

Ce point de vue est implicite dans l'analyse que fait le juge Cromwell de l'importance que revêt la vulnérabilité par rapport à la responsabilité fiduciale. En rejetant la notion voulant que la responsabilité fiduciale soit sensible à la vulnérabilité primitive, il indique que les devoirs fiduciaux reposent sur la vulnérabilité inhérente du bénéficiaire par rapport au fiducial : « Ainsi, bien que la vulnérabilité au sens large découlant de facteurs étrangers à la relation soit une considération pertinente, il importe avant tout de savoir dans quelle mesure elle résulte de la relation¹⁰⁸. » La vulnérabilité en ce sens découle de la dépendance du bénéficiaire par rapport au fiducial dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Comme le professeur Weinrib l'a expliqué, en raison de la relation fiduciale, [TRADUCTION] « la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir¹⁰⁹ ».

Cette interprétation fait partie intégrante de la conclusion du juge Cromwell selon laquelle M^e Galambos n'avait pas de devoir fiducial envers M^{me} Perez. Distinguant l'arrêt *Mustaji v Tjin*¹¹⁰, il a dit ce qui suit :

¹⁰⁶ *Galambos*, *supra* note 6 au para 37.

¹⁰⁷ *Ibid* au para 68, citant avec approbation Weinrib, *supra* note 83 à la p 6 [italiques dans l'original].

¹⁰⁸ *Ibid* au para 68.

¹⁰⁹ *Supra* note 83 à la p 4, cité avec approbation dans *Galambos*, *supra* note 6 au para 83.

¹¹⁰ (1995), 224 CCLT (2d) 191 (BCSC) (disponible dans QL), conf par (1996), 25 BCLR (3^e) 220 (CA) (disponible dans QL) [*Mustaji*].

[...] *Mustaji* traite d'une poursuite intentée par une gouvernante venue au Canada dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers. Des conclusions de fait portaient que les défendeurs avaient pris en charge ses dossiers d'immigration et d'emploi au Canada, qu'ils possédaient un pouvoir discrétionnaire sur elle, qu'ils étaient en mesure de l'exercer à son insu ou sans son consentement de façon à influencer sur ses intérêts juridiques et pratiques et que, en ce qui concerne l'exercice de tel pouvoir discrétionnaire ou contrôle, elle était particulièrement vulnérable [...] En l'espèce, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de cette nature¹¹¹.

Il en découle que la vulnérabilité qui est pertinente pour la responsabilité fiduciaire est celle qui est créée par la relation fiduciaire elle-même et qui est inhérente à cette relation.

C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire

L'apport de l'arrêt *Galambos* quant à la jurisprudence sur la nature et la portée des obligations fiduciaires est moins utile. Le juge Cromwell répète le truisme que les faits d'une relation donnée peuvent faire en sorte que les devoirs fiduciaires et les devoirs non fiduciaires se recoupent¹¹². Il insiste sur le fait que le devoir fiduciaire fondamental est le devoir de loyauté. Il indique également que la teneur du devoir de loyauté peut s'expliquer en termes de vulnérabilité structurelle du bénéficiaire par rapport à l'exercice abusif du pouvoir par le fiduciaire. Faisant remarquer que le « droit des fiducies se préoccupe notamment de la protection d'une partie contre l'exercice abusif du pouvoir par une autre partie », le juge Cromwell explique que le fiduciaire est réputé avoir accepté le pouvoir discrétionnaire sachant qu'il ne devait l'exercer qu'au mieux des intérêts du bénéficiaire¹¹³. Le pouvoir est exercé de manière abusive lorsqu'il est plutôt utilisé pour favoriser les intérêts du fiduciaire ou d'un tiers.

La Cour devait se pencher sur la portée de l'obligation fiduciaire pour trancher la question de savoir si M^e Galambos avait des devoirs fiduciaires continus envers M^{me} Perez du fait qu'il lui avait fourni des services juridiques auparavant. Elle a abordé la question en partant de la prémisse que la portée de l'obligation fiduciaire est tributaire de l'étendue et de la durée de la relation fiduciaire. Ainsi, les obligations du fiduciaire découlent de la

¹¹¹ *Galambos*, *supra* note 6 au para 56. On pourrait ergoter sur la pertinence de certaines des conclusions de fait dans *Mustaji* (*supra* note 110). Par exemple, le fait que le bénéficiaire avait connaissance de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire ou y avait consenti n'a aucune importance, sauf lorsque cette connaissance ou ce consentement est de nature à éroder la nature discrétionnaire de celui-ci. En outre, dans la mesure où la vulnérabilité est une caractéristique structurelle inhérente à la relation fiduciaire, la proposition voulant qu'il soit nécessaire d'examiner le degré de vulnérabilité est trompeuse.

¹¹² *Ibid* au para 37.

¹¹³ *Ibid* au para 67. Le juge Cromwell affirme que « l'existence d'un engagement de loyauté est une caractéristique fondamentale d'une relation fiduciaire : le fiduciaire s'engage à agir au mieux des intérêts de l'autre partie » (*ibid* au para 69). Ce commentaire est vrai dans la mesure où il vise le statut du pouvoir exercé par le fiduciaire – le pouvoir ne peut être exercé que dans l'intérêt du bénéficiaire. Il est toutefois trompeur s'il donne à entendre que le fiduciaire éventuel doit être conscient de la nature des obligations qui limitent l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

relation fiduciaire, qui en détermine les paramètres. À moins que le fiduciaire ait un mandat indéterminé ou conserve des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts liés à un mandat terminé, les obligations créées par la relation prennent fin avec la fin du mandat. Le juge Cromwell n'explique pas comment cette analyse doit se faire, mais il n'était pas tenu de le faire, puisque la conduite en question allait clairement au-delà des mandats que M^e Galambos avait exécutés. Les mandats ne s'étendaient pas à l'emploi de M^{me} Perez au sein du cabinet, encore moins à ses initiatives personnelles pour améliorer la situation financière du cabinet¹¹⁴. L'objet était vague et les mandats comme tels étaient épuisés depuis longtemps.

III. Corrections et élargissement

L'arrêt *Galambos* représente un progrès louable. Il y a plusieurs décennies, la Cour suprême du Canada s'est établie comme pionnière grâce à son engagement important dans l'analyse des questions fondamentales concernant la responsabilité fiduciaire. Elle n'a pas développé de théorie cohérente de la responsabilité, mais ce manquement a été universel. Dans *Galambos*, le juge Cromwell a réuni des idées dispersées tirées de la jurisprudence existante dans une approche plus cohésive. La Cour est sur le point d'établir une théorie raisonnée de la responsabilité fiduciaire.

La théorie émergente annonce une consécration de la perspective classique que la responsabilité fiduciaire repose sur la relation fiduciaire qui, elle, serait un genre particulier de relation juridique. Elle précise le caractère fondamental de la relation fiduciaire et explique le fondement, la nature et la portée de l'obligation fiduciaire. L'essence de la relation fiduciaire se trouve dans le pouvoir discrétionnaire que le fiduciaire exerce sur les intérêts pratiques du bénéficiaire. Le pouvoir qu'exerce le fiduciaire est essentiellement un moyen qui appartient légitimement au bénéficiaire, et il doit être exercé au mieux des intérêts de ce dernier. Le devoir fiduciaire capital de loyauté découle de la vulnérabilité inhérente du bénéficiaire à l'abus de pouvoir de la part du fiduciaire. Cette vulnérabilité est inhérente en ce sens qu'elle est une caractéristique structurelle qui découle de la création d'une relation fiduciaire. La portée de l'obligation fiduciaire est déterminée par l'étendue et la durée de la relation fiduciaire.

Alors que la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire est prometteuse, elle doit être peaufinée. Dans ce qui suit, je me limite aux défis les plus importants. Lorsque c'est possible, je propose des pistes de solution.

A. Nature de la relation fiduciaire

1. Au-delà des approches fondées sur le statut et sur les faits

L'essence de la relation fiduciaire ayant été établie, les approches fondées sur le statut et sur les faits qui permettent de distinguer les relations fiduciaires devraient être abandonnées. S'il est vrai que la relation fiduciaire est un genre particulier de relation

¹¹⁴ *Ibid* aux para 38–39.

juridique, il n'y a pas de distinction importante à faire entre les relations fiduciales en soi et les relations fiduciales *ad hoc*. Une relation donnée répondra à une définition de nature juridique, ou non.

Comme je l'ai expliqué dans la première partie, l'approche fondée sur le statut est lacunaire du fait que le statut a été attribué à partir d'un raisonnement analogique sans structure. La confiance que l'on tire de la stabilité relative de l'approche est fausse, tout comme l'immutabilité du statut est illusoire. On a sans cesse insisté sur le fait qu'une relation ayant le statut de relation fiduciale peut être fiduciale à certaines fins, mais non à d'autres¹¹⁵. Il en résulte que le statut fiducial repose tout au plus sur une présomption.

L'approche fondée sur le statut n'est pas pour autant entièrement erronée. Il se peut que certaines catégories de relations sociales dont le caractère fiducial est reconnu (par exemple médecin et patient, avocat et client) soient habituellement réputées être fiduciales à juste titre, puisqu'elles comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne sur les intérêts pratiques d'une autre personne. Il n'y a toutefois rien d'inéluctable dans les catégories sociales elles-mêmes qui permettrait de remplacer la classification juridique par la classification sociale. Les catégories de relations juridiques (par exemple administrateur et société, fiduciaire et bénéficiaire) sont différentes en ce sens qu'il est possible que les catégories reposent en partie sur la capacité d'exercer un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne. Dans ces circonstances, le pouvoir fiducial est inhérent aux relations qui constituent la catégorie juridique. Cependant, même là, il n'y a rien dans la classification qui oblige à reconnaître le caractère fiducial de la relation. Après tout, l'appartenance d'une relation donnée à une catégorie juridique dont une composante est le pouvoir fiducial peut être purement conceptuelle. L'appartenance sera notamment conceptuelle lorsque le pouvoir a été retiré, limité ou soumis à un contrôle, de sorte qu'il n'est plus vraiment discrétionnaire. Même la classification juridique peut donner lieu à des inférences erronées quant à la véritable nature juridique d'une relation. Je le répète, reconnaissant que le statut est un repère imparfait, il faut, pour bien qualifier une relation, que l'on définisse la relation fiduciale comme étant un genre en soi.

Étant donné qu'une telle définition est à portée de main, il n'est pas non plus utile de continuer à avoir recours à l'approche fondée sur les faits. L'approche fondée sur les faits encourageait une réflexion utile sur les caractéristiques d'une relation fiduciale. Elle s'est toutefois révélée déficiente sur le plan conceptuel. L'approche a produit des listes contestées de descripteurs qui, pris séparément, sont mal définis et qui, pris ensemble, ne sont rien de plus qu'un amas de mots et d'expressions. En droit, où les concepts font l'objet de définitions, la définition est l'expression aboutie des efforts de caractérisation.

Un genre de caractérisation moins structuré n'est pas nécessairement sans valeur. Il n'est donc pas surprenant que l'approche fondée sur les faits influe sur la vision essentialiste émergente de la relation fiduciale. En fait, bon nombre des caractéristiques de la relation fiduciale qui sont le plus souvent invoquées sont réinterprétées dans l'arrêt *Galambos*. Discrétion, pouvoir, intérêts pratiques, inégalité, dépendance et vulnérabilité jouent tous un rôle important dans la formulation par la Cour de la nature de la relation fiduciale. Discrétion, pouvoir et intérêts pratiques se retrouvent dans la définition de la relation fiduciale selon laquelle il s'agit d'une relation où une personne exerce un pouvoir

¹¹⁵ *Lac Minerals*, *supra* note 8 à la p 597. Voir aussi la note 49 ci-dessus.

discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne. Inégalité, dépendance et vulnérabilité permettent d'exprimer de différentes manières la structure des relations fiduciaires établies. Ces termes révèlent l'asymétrie inhérente à une relation où une personne est investie d'un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne.

En supposant que les approches fondées sur le statut et sur les faits soient abandonnées, la définition de la relation fiduciaire devrait servir de critère unique pour distinguer les relations fiduciaires. Lorsque l'on invoque la responsabilité fiduciaire, les tribunaux devraient s'attacher uniquement à la question de savoir si le prétendu fiduciaire a exercé un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques de la personne pour le compte de qui on invoque la responsabilité.

2. Élargir la définition de la relation fiduciaire

Distinguer une relation fiduciaire à partir d'une définition aidera à garantir que la responsabilité fiduciaire sera raisonnée. Toutefois, la définition proposée dans la deuxième partie doit être précisée. Il faut notamment expliquer davantage les positions relatives du fiduciaire et du bénéficiaire. On comprend que le fiduciaire exerce un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques du bénéficiaire, mais il faut préciser le sens des termes « pouvoir discrétionnaire » et « intérêts pratiques ».

L'usage courant et les écrits savants révèlent que le pouvoir fiduciaire a au moins trois sens. Premièrement, on peut définir le pouvoir comme un accès. Selon cette interprétation, une personne est investie d'un pouvoir fiduciaire chaque fois qu'elle a accès aux intérêts pratiques d'une autre personne¹¹⁶. Deuxièmement, le pouvoir peut renvoyer à la notion d'influence¹¹⁷. Si le pouvoir fiduciaire est interprété en ce sens, une personne en est investie chaque fois qu'elle a la capacité d'influer sur les intérêts pratiques d'une autre personne. Troisièmement, pouvoir peut s'entendre d'autorité¹¹⁸. Selon cette interprétation, une personne est investie d'un pouvoir fiduciaire lorsqu'elle a l'autorité d'agir relativement aux intérêts pratiques d'une autre personne. Il convient de noter que ces interprétations sont cohérentes entre elles et qu'elles deviennent progressivement plus étroites. L'influence (du moins du genre direct) dépend habituellement de l'accès. L'autorité, pour sa part, suppose influence et accès. Il convient aussi de noter que la portée de la définition de la relation fiduciaire – et donc l'étendue de la responsabilité – est tributaire du sens que l'on donne à la notion de pouvoir.

Il n'est pas surprenant, vu l'état incertain de la doctrine en matière de responsabilité fiduciaire, que chaque interprétation trouve appui dans les sources juridiques. Néanmoins, la raison et la plupart des décisions judiciaires favorisent la troisième interprétation, à savoir la plus étroite. Être investi d'un pouvoir fiduciaire, c'est être investi d'une autorité sur les

¹¹⁶ Voir Flannigan, *supra* note 2. On dit parfois que l'accès doit être limité, spécial ou extraordinaire, mais ce qui distingue un accès ordinaire d'un accès extraordinaire n'est pas clair. La qualité de l'accès pourrait dépendre de sa portée ou des conditions dont l'octroi de l'accès est assorti.

¹¹⁷ Par exemple, Robert Muir a dit qu'une relation fiduciaire est créée [TRADUCTION] « lorsqu'une personne exerce une dominance ou une influence sur une autre personne » (Robert C Muir, « Duties Arising Outside of the Fiduciary Relationship » (1964) 3:3 *Alta L Rev* 359 à la p 360).

¹¹⁸ Voir Fox-Decent, *supra* note 105.

intérêts pratiques d'une autre personne. Le problème que présentent les autres interprétations est lié à leur imprécision, ce qui crée de l'incohérence entre la notion de pouvoir et les éléments essentiels de la structure conceptuelle de la responsabilité fiduciaire.

On trouve une contradiction dans la création de la relation fiduciaire. Le droit est clair : qu'elle soit créée par entente, engagement, décret ou jugement, la relation est créée dans un but précis. Elle ne surgit pas par hasard. Une personne pourrait facilement se retrouver à avoir accès aux intérêts pratiques d'une autre personne ou à pouvoir influencer sur ceux-ci. Cependant, l'autorité sur les intérêts pratiques d'une autre personne n'existe pas de façon générale. Elle doit être conférée, assumée ou prescrite. Bref, l'autorité est accordée ou acceptée intentionnellement. Ainsi, seule l'idée que le pouvoir est assimilable à l'autorité est compatible avec le droit concernant les manières dont les relations fiduciaires peuvent être créées.

On trouve une autre contradiction dans la condition – maintenant bien établie dans la jurisprudence – que le pouvoir exercé par le fiduciaire doit être de nature discrétionnaire, ce qui veut dire que le fiduciaire doit pouvoir exercer son jugement dans l'exercice du pouvoir. Parler de pouvoir discrétionnaire concernant l'accès aux intérêts pratiques d'une autre personne ou l'influence sur ceux-ci a peu de sens. Ou bien une personne a accès ou influence ou bien elle ne l'a pas. L'accès et l'influence sont des capacités réelles qui peuvent être exercées à volonté, et non des capacités juridiques qui peuvent être assorties de conditions. L'autorité, par contre, est une capacité juridique, et elle peut être assortie de conditions. Il peut s'agir d'une autorité nue ou discrétionnaire, selon les conditions attachées à son attribution ou à son acceptation. Ainsi, seule l'idée que le pouvoir est assimilable à l'autorité est compatible avec la condition que les pouvoirs fiduciaires sont discrétionnaires.

On trouve une autre contradiction dans le manque de correspondance entre ces notions de pouvoir et la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire, selon laquelle les devoirs fiduciaires reposent sur les attributs structurels de la relation fiduciaire. S'il est possible que l'accès aux intérêts pratiques d'une autre personne ou l'influence à leur égard surviennent purement par hasard, il s'ensuit que toute inégalité, dépendance ou vulnérabilité qui en résulte préexiste à la relation fiduciaire plutôt que d'en découler. Le rapport entre le pouvoir et ces attributs dépendra des circonstances. Selon cette interprétation, l'inégalité, la dépendance et la vulnérabilité ne révéleraient rien du caractère bilatéral distinctif de la relation fiduciaire. Ces attributs ne pourraient servir à expliquer pourquoi, du simple fait d'avoir été créée, la relation fiduciaire est de nature telle qu'une personne devrait être réputée avoir une responsabilité particulière à l'égard des intérêts d'une autre personne. Il se peut que plusieurs personnes aient accès aux intérêts pratiques d'une autre personne et puissent influencer sur ceux-ci; cela ne comporte toutefois rien en soi pour justifier de leur imputer une responsabilité particulière à l'égard du sort des intérêts de cette personne.

Par contre, le fait d'assimiler le pouvoir fiduciaire à l'autorité s'accorde avec le point de vue classique selon lequel la responsabilité fiduciaire répond à une caractéristique distinctive de la relation fiduciaire. Il précise aussi l'importance normative de l'inégalité, de la dépendance et de la vulnérabilité pour la responsabilité fiduciaire. Lorsqu'on interprète le pouvoir fiduciaire en termes d'autorité, on peut reconnaître l'importance de ces caractéristiques en ce sens qu'elles traduisent la nature bilatérale particulière des relations fiduciaires reconnues. Chaque fois qu'une personne est investie d'une autorité

discrétionnaire à l'égard des intérêts pratiques d'une autre personne, la relation entre ces personnes sera asymétrique au vu du pouvoir conféré ou assumé. La forme saillante de l'inégalité de pouvoir repose sur le fait que le fiduciaire est investi d'une autorité que le bénéficiaire ne possède pas (il n'importe pas en l'espèce que cette autorité ait été cédée ou qu'elle puisse être annulée ou récupérée). Les formes saillantes de la dépendance et de la vulnérabilité reflètent cette inégalité. Si elle est effective¹¹⁹, l'autorité suppose l'influence et le risque d'abus.

Reconnaissant que la meilleure manière de définir un pouvoir fiduciaire est en termes d'autorité, il serait utile d'expliquer davantage la nature de l'autorité exercée par le fiduciaire. Dans ce contexte, comme dans d'autres, et de manière plus abstraite, l'autorité touche au caractère légitime de la conduite. La légitimité est en cause chaque fois qu'une personne agit d'une manière qui pourrait être incompatible avec le statut juridique ou les droits d'une autre personne. L'autorité peut légitimer une conduite qui serait par ailleurs transgressive. Ainsi, on peut dire que l'autorité permet au fiduciaire d'agir en toute légitimité dans des circonstances où il agirait par ailleurs de manière fautive. Comme je l'expliquerai sous peu, cela offre une perspective importante sur la position que tient le fiduciaire, mais ne permet pas de distinguer le fiduciaire d'autres mandataires dont le statut juridique est marqué par le fait de posséder l'autorité.

La jurisprudence propose plusieurs affinements. Le premier vient de la condition habituelle que l'autorité exercée par le fiduciaire soit *discrétionnaire*. Le caractère discrétionnaire de l'autorité signifie que le fiduciaire peut exercer son jugement pour décider comment agir en vertu de cette autorité. En pratique, cela signifie que la portée de l'autorité, et donc l'étendue de la conduite légitime, est plus large qu'elle le serait si l'autorité était arrêtée. Un deuxième affinement tient du caractère strictement *relationnel* de l'autorité fiduciaire. Le fiduciaire n'est pas investi d'une autorité générale analogue à l'autorité d'un souverain. Il est plutôt investi d'une autorité par rapport à une personne précise ou à une catégorie précise de bénéficiaires. L'autorité légitime la conduite du fiduciaire *envers le bénéficiaire*, conduite qui serait par ailleurs transgressive (par exemple, le consentement autorise le médecin à pratiquer des interventions sur le patient et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹²⁰ autorise les administrateurs de la société à gérer les affaires de la personne morale créée en vertu de cette loi). Un troisième affinement tient du caractère *spécifique* de l'autorité fiduciaire. Le fiduciaire n'est pas investi d'une autorité non spécifiée par rapport au bénéficiaire¹²¹. Son autorité est plutôt spécifiée dans l'attribution ou l'acceptation de l'autorité ou par la loi¹²². Ainsi, la portée de la conduite légitime est à la fois générale

¹¹⁹ On pourrait soutenir que si elle n'est pas effective, l'autorité exercée n'est pas fiduciaire, puisqu'une autorité ineffective mine le caractère téléologique de la relation fiduciaire. Le fiduciaire ne peut servir les fins du bénéficiaire si son autorité est ineffective. De plus, le bénéficiaire n'est pas dépendant ou vulnérable par rapport à un fiduciaire dont l'autorité est ineffective. Néanmoins, reconnaître le fait que l'efficacité puisse être conditionnelle, augmentant et diminuant selon les circonstances, il est peut-être inopportun de la considérer comme déterminante.

¹²⁰ LRC 1985, c C-44, art 115(3) [*Loi canadienne sur les sociétés par actions*].

¹²¹ Quoique leur autorité puisse être large, comme c'est le cas de l'autorité que les parents exercent sur leurs enfants. Qu'elle soit large ou mal définie, l'autorité sera toujours assujettie aux limites prévues par la loi, même si aucune limite n'est prévue dans son octroi ou dans sa prise en charge.

¹²² Par exemple, le consentement médical autorise le médecin à pratiquer certaines interventions précises sur le patient, et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* limite expressément le pouvoir des administrateurs de déléguer des fonctions aux dirigeants.

et circonscrite. Le fiduciaire peut donc exercer un pouvoir discrétionnaire à l'intérieur des limites de l'autorité dont il est investi ou qu'il a assumée.

Ayant en tête cette notion peaufinée du pouvoir fiduciaire comme autorité, nous avons une idée plus claire de la position dans laquelle se trouve le fiduciaire. Toutefois, pour mieux comprendre la relation fiduciaire, il faut expliquer aussi la position dans laquelle se trouve le bénéficiaire. J'ai affirmé que l'autorité exercée par le fiduciaire donne aux relations fiduciaires reconnues leur caractère asymétrique distinctif, mais ce n'est là que faire allusion à la position dans laquelle se trouve le bénéficiaire.

En comparaison, la jurisprudence est plus claire sur la position du bénéficiaire. On dit souvent que le fiduciaire exerce un pouvoir discrétionnaire *sur* les intérêts pratiques du bénéficiaire, mais c'est peu informatif en soi. Il faut mieux expliquer ce qui fait qu'un intérêt est « pratique » ainsi que les fins pour lesquelles le pouvoir fiduciaire peut être exercé.

La jurisprudence canadienne en matière d'obligations fiduciaires est merveilleusement vaste en ce qui touche la reconnaissance des types d'intérêts qui peuvent être touchés par l'exercice d'un pouvoir fiduciaire. Ailleurs, on a dit que la responsabilité fiduciaire exige qu'un intérêt propriété ou économique quelconque du bénéficiaire soit engagé; par exemple, Gordon Smith soutient que les devoirs fiduciaires protègent des [TRADUCTION] « ressources critiques » appartenant aux bénéficiaires de détournement par les fiduciaires¹²³. La jurisprudence australienne a limité la responsabilité fiduciaire aux demandes concernant l'exercice de pouvoir à l'égard d'intérêts économiques¹²⁴. Ces positions reflètent une crainte légitime quant aux limites de la responsabilité fiduciaire, mais les limites proposées sont arbitraires¹²⁵. Pour qu'elle soit valable, la classification d'intérêts reconnaissables doit être compatible avec les principes qui sous-tendent la responsabilité fiduciaire. Il n'y a rien dans la nature du pouvoir fiduciaire qui donne à entendre que ce pouvoir ne peut être exercé que par rapport à des intérêts propriété ou économiques ou que ces intérêts sont plus importants ou susceptibles d'influence que d'autres.

Le point de vue préférable, consacré dans la jurisprudence canadienne, est que l'exercice d'un pouvoir fiduciaire peut reposer sur des intérêts largement *pratiques*. La jurisprudence n'a pas encore formulé les critères qui permettent de distinguer des intérêts pratiques comme tels. Je soutiens, toutefois, qu'il serait peut-être possible de distinguer les intérêts pratiques d'autres intérêts en partant du caractère de l'intérêt et de sa sensibilité à une influence exercée en vertu d'une autorité. Un intérêt est pratique lorsqu'il évoque une question de personnalité, de bien-être ou de droit réelle et vérifiable relativement à laquelle une personne peut être sensible à l'exercice d'autorité par une autre personne d'une manière particulière et appréciable. En accord avec la jurisprudence, les questions de personnalité englobent des aspects de la personnalité réelle et juridique de personnes incapables et de personnes morales, y compris la détermination des fins ou des intérêts des personnes comme telles. Les questions de

¹²³ Smith, « Resource Theory », *supra* note 2. Pour un point de vue semblable, voir Larry E Ribstein, « Are Partners Fiduciaries? » [2005] 1 U Ill L Rev 209.

¹²⁴ Voir, par exemple, *Paramasivam v Flynn*, [1998] FCA 1711, [1998] 90 FCR 489.

¹²⁵ Pour une critique de la jurisprudence australienne, voir Richard Joyce, « Fiduciary Law and Non-Economic Interests » (2002) 28:2 Monash UL Rev 239; Lisa Zhou, « Fiduciary Law, Non-Economic Interests and Amici Curiae » (2008) 32:3 Melbourne UL Rev 1158.

bien-être comprennent les décisions portant sur des aspects précis de l'intégrité et du bien-être personnels de personnes physiques, notamment leur santé physique et mentale. Les questions de droit comprennent les décisions portant sur les droits, obligations, pouvoirs et responsabilités juridiques de personnes physiques et morales, y compris ceux qui se rapportent aux contrats et aux biens. Cette typologie peut expliquer la protection que le droit en matière de responsabilité fiduciaire assure à différents intérêts d'une gamme de bénéficiaires, allant des enfants et des patients aux personnes morales et aux bénéficiaires de fiducies, et s'y adapter.

Il reste à examiner la question de savoir comment le droit précise les fins régissant l'exercice du pouvoir fiduciaire. La jurisprudence est contradictoire sur ce point. On a, selon les circonstances, jugé que le fiduciaire était investi de pouvoirs afin de *servir*, de *protéger* ou de *promouvoir* les intérêts pratiques des bénéficiaires, ou d'exercer ces pouvoirs *pour* ou *pour le compte* des bénéficiaires. En fait, ces formulations ont été employées de manière interchangeable dans *Galambos*¹²⁶. Toutes ces expressions touchent à un élément essentiel, à savoir que, en droit, le pouvoir fiduciaire est un moyen qui appartient légitimement au bénéficiaire et qu'il doit être exercé pour les fins de ce dernier¹²⁷. Néanmoins, les formulations courantes dénaturent la manière dont le pouvoir fiduciaire est exercé pour favoriser les fins des bénéficiaires. Les formulations du premier genre risquent de confondre les fins pour lesquelles le pouvoir fiduciaire peut être exercé et les conséquences normatives pour la conduite du fiduciaire (c'est-à-dire qu'elles laissent entendre à tort qu'il existe des devoirs fiduciaires axés sur les résultats). Les formulations du deuxième genre risquent de confondre la notion générale de pouvoir fiduciaire et une variété de pouvoir fiduciaire (c'est-à-dire qu'elles laissent entendre à tort que tous les pouvoirs fiduciaires sont de nature représentative).

À mon avis, il serait préférable de s'attacher aux manières d'exercer le pouvoir fiduciaire comme moyen de réaliser les fins des bénéficiaires. Le pouvoir fiduciaire peut être exercé ainsi de deux manières. Premièrement, le fiduciaire peut exercer le pouvoir pour *poursuivre* des fins précises du bénéficiaire qui engagent les intérêts pratiques de ce dernier (par exemple, le conseil d'administration d'une société peut approuver un plan d'affaires stratégique pour réaliser les objectifs opérationnels convenus de la société).

¹²⁶ *Supra* note 6, juge Cromwell, citant le professeur Finn, *supra* note 103 (la proposition voulant que le fiduciaire s'engage [TRADUCTION] « à protéger les intérêts d'une autre personne ou à agir en faveur de cette dernière » (au para 78)). Le juge Cromwell cite aussi avec approbation l'interprétation que le juge de première instance a donnée à *Hodgkinson*, à savoir qu'il faut un engagement « d'agir seulement pour le compte de l'autre » (*ibid* au para 64). Le juge Cromwell affirme également qu'il faut un engagement « du fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de l'autre partie » (*ibid* au para 66). À cet effet, voir *ibid* aux para 76–81.

¹²⁷ Comme la juge McLachlin l'explique dans *Norberg* :

[...] Les obligations fiduciaires sont particulières et se limitent aux cas exceptionnels où une personne assume un *pouvoir qui devrait normalement appartenir à l'autre* et s'engage à exercer ce pouvoir uniquement au bénéfice de l'autre. C'est comme si le fiduciaire s'appropriait le *pouvoir qui appartient au bénéficiaire* à la condition de l'exercer uniquement pour le bien du bénéficiaire. (*Supra* note 8 à la p 292; italiques ajoutés.)

Ce point de vue est également implicite dans les commentaires sur la « cession » ou le « transfert » de pouvoir : voir, par exemple, *Rivière Blueberry*, *supra* note 63 (la juge McLachlin, s'exprimant au nom des juges minoritaires, a dit qu'une relation fiduciaire prend naissance lorsque « [l]a personne qui cède (ou [...] qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) *son pouvoir* sur quelque chose à une autre personne » (au para 38; italiques ajoutés).

Deuxièmement, le fiducial peut exercer le pouvoir pour *fixer* ou *déterminer* les fins du bénéficiaire d'une manière qui engage les intérêts pratiques de ce dernier (par exemple, les parents établiront des objectifs pour leurs enfants relativement à leur scolarisation, leurs soins médicaux et ainsi de suite). Bref, les pouvoirs fiduciaux sont exercés en vue de poursuivre ou de déterminer des objectifs du bénéficiaire qui engagent les intérêts pratiques de ce dernier. En règle générale, le pouvoir qui est conféré ou assumé est assorti de conditions qui ne permettent au fiducial de poursuivre que des objectifs précis du bénéficiaire (par exemple, un patient peut préciser que les options de traitement médical doivent se limiter aux traitements à des fins palliatives). Cependant, surtout lorsque le pouvoir se rapporte à des questions de personnalité, il se peut que le fiducial soit autorisé à déterminer les fins du bénéficiaire.

Lorsqu'on se dégage de l'analyse détaillée des positions relatives du fiducial et du bénéficiaire, on obtient un portrait plus clair de la relation fiduciale. Notre point de départ était que la relation fiduciale comprend une personne qui exerce un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne. Dans une perspective plus ciblée, il s'agit d'une relation où une personne exerce son autorité discrétionnaire pour établir ou poursuivre des intérêts pratiques (notamment des questions de personnalité, de bien-être ou de droit) d'une autre personne.

B. Fondement de l'obligation fiduciale

1. Création de la relation fiduciale : corrections

L'arrêt *Galambos* résout une question importante concernant la création de relations fiduciales. Il rejette à juste titre la notion voulant qu'un bénéficiaire éventuel puisse établir une relation fiduciale unilatéralement. La loyauté exigée du fiducial ne doit pas pouvoir être imposée au gré de bénéficiaires, ou même par suite de la confiance raisonnable que ceux-ci lui accordent. La notion de droit à l'égalité qui sous-tend les droits privés signifie qu'une personne ne peut obliger une autre personne à servir ses fins¹²⁸.

Cela dit, les circonstances dans lesquelles une personne peut être réputée s'être engagée à servir les fins d'une autre personne sont moins claires. L'arrêt *Galambos* laisse entendre qu'un fiducial éventuel doit être conscient de la nature des obligations qui s'attachent à la relation fiduciale. On cite Lionel Smith pour la proposition que, ce faisant, le [TRADUCTION] « fiducial doit *renoncer* à agir dans son propre intérêt¹²⁹ ». On peut douter qu'une renonciation positive à ses intérêts personnels soit nécessaire, puisque le devoir de loyauté n'exige pas l'abnégation¹³⁰. Il est même douteux que l'on doive exiger la

¹²⁸ Voir, en général, Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2009.

¹²⁹ Smith, « Fiduciary Relationship », *supra* note 104 à la p 717, cité dans *Galambos*, *supra* note 6 au para 78 [italiques dans l'original].

¹³⁰ Comme le professeur Smith l'a lui-même dit clairement ailleurs : [TRADUCTION] « Nous savons que l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les administrateurs n'est pas une obligation absolue de désintéressement : on reconnaît plutôt que le rôle d'administrateur n'est pas un emploi à temps plein et que l'administrateur peut légalement consacrer la majeure partie de son énergie et de son ingéniosité à d'autres affaires, y compris les affaires d'autres sociétés » (« Motive », *supra* note 2 à la p 57).

connaissance du devoir moindre de fidélité que l'on attend du fiduciaire. Subsidiairement, on pourrait dire que le pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne doit être assumé librement dans des circonstances où la personne savait ou aurait dû savoir qu'il s'agit d'un moyen qui appartient légitimement à cette personne.

Même si l'on accepte que les relations fiduciaires soient rarement créées en l'absence d'un engagement ou d'une entente, cela ne veut pas dire qu'elles ne peuvent jamais être établies par interprétation. Reconnaître à une personne la capacité d'imposer des conditions fiduciaires unilatéralement à une autre personne est un outrage à la notion de droit à l'égalité, mais cela ne veut pas dire que de telles conditions ne peuvent jamais être légitimement imposées sur une relation. Exceptionnellement, la nature d'une relation justifie qu'on la qualifie de fiduciaire par décret législatif ou décision judiciaire. Prenons comme exemple la personne qui devient parent à son insu ou contre son gré et qui devient alors fiduciaire à l'égard de l'enfant de plein droit (sous réserve d'une renonciation ou de la cession de l'autorité parentale). Dans cette situation, le fiduciaire n'assume pas un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques du bénéficiaire; plutôt, un pouvoir existant est déclaré être un pouvoir fiduciaire.

2. Réexaminer le fondement des devoirs fiduciaires

Comme je l'ai expliqué dans la deuxième partie, la Cour suprême du Canada a progressivement développé une vision prometteuse de la responsabilité fiduciaire, dans laquelle les devoirs fiduciaires trouveraient leur justification dans les caractéristiques structurelles de la relation fiduciaire. À partir de l'affirmation vague que les devoirs fiduciaires constituent une réponse à l'inégalité, à la dépendance ou à la vulnérabilité en général, il s'est dégagé l'affirmation plus convaincante que les devoirs fiduciaires découlent de la vulnérabilité *inhérente* à la relation fiduciaire.

Cette théorie naissante est très intéressante, mais la Cour suprême du Canada ne s'y est pas vraiment engagée. La Cour a laissé entendre à plusieurs reprises que des vulnérabilités circonstancielles pourraient donner lieu à des devoirs fiduciaires¹³¹. Dans *Galambos*, le juge Cromwell s'est distancié de ce point de vue, mais il ne l'a pas désavoué¹³². Un rejet clair est nécessaire pour que la théorie devienne plus cohérente et pour qu'elle acquière une force explicative et justificative. Un des avantages de la théorie émergente est que la responsabilité sera limitée aux relations qui sont manifestement fiduciaires au vu d'une définition qui présente la relation fiduciaire comme catégorie particulière de relation juridique. Un autre avantage est que cette définition elle-même sert de fondement à la responsabilité, étant donné que la responsabilité fiduciaire est fondée sur la violation d'un devoir découlant de la relation comme telle. La théorie naissante promet donc une délimitation raisonnée de la portée de la responsabilité fiduciaire, sujet de préoccupation dans la jurisprudence et dans la doctrine¹³³.

Ces avantages sont atténués par la proposition voulant que les devoirs fiduciaires puissent reposer sur des vulnérabilités circonstancielles. Dans *Galambos*, le juge Cromwell

¹³¹ *Norberg*, *supra* note 71 et texte correspondant.

¹³² *Supra* note 6 au para 68 (certains soutiennent que les vulnérabilités circonstancielles sont « pertinentes » quoique moins importantes que la vulnérabilité structurelle).

¹³³ Voir Smith, « Motive », *supra* note 2 à la p 57.

espérait manifestement que la responsabilité fiduciaire ne soit *pas* réputée être une mesure radicale pour traiter les problèmes de vulnérabilité en général. Sa crainte était justifiée. Le simple fait de la vulnérabilité n'a pas nécessairement de rapport avec les paramètres établis de la responsabilité fiduciaire. Selon le point de vue traditionnel, la responsabilité fiduciaire découle de la relation fiduciaire, ce qui donne à entendre que la responsabilité doit être examinée à la lumière des caractéristiques de la relation fiduciaire. La vulnérabilité dans son sens général ne caractérise toutefois pas la relation fiduciaire de manière distinctive. Les vulnérabilités surgissent pour de nombreuses raisons. Elles peuvent tout autant résulter des attributs personnels des personnes ou de leur situation que des caractéristiques accidentelles ou fondamentales des relations interpersonnelles.

Selon le point de vue traditionnel, la responsabilité fiduciaire serait tributaire des caractères essentiels de la relation fiduciaire. Le contenu distinctif du devoir fiduciaire de loyauté, pour sa part, évoque le caractère unique de ces attributs. Le devoir de loyauté influe sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, exigeant que celui-ci ne soit exercé qu'au bénéfice du bénéficiaire. Il répond à un *genre de vulnérabilité* qui est particulier à la relation fiduciaire, à savoir la sensibilité inhérente du bénéficiaire à l'abus du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire, et en est le reflet.

Il n'y a aucune raison impérieuse de penser que la responsabilité fiduciaire devrait aussi ou plutôt être tributaire de la vulnérabilité circonstancielle. Une personne qui assume un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques d'une autre personne assume la responsabilité à l'égard de cette personne dans l'exercice du pouvoir, dans toute sa portée. Il n'y a toutefois aucune raison de penser que l'engagement suppose la prise de responsabilité à l'égard de vulnérabilités qui existent indépendamment de la relation fiduciaire. Soutenir le contraire équivaldrait à formuler la portée de la responsabilité en termes extrêmement larges, sans logique ou but apparents.

C. Nature et portée de l'obligation fiduciaire

Certaines des positions de la Cour sur la nature et la portée des devoirs fiduciaires méritent d'être réexaminées.

1. Différencier les devoirs fiduciaires et les devoirs non fiduciaires

S'agissant de la nature des devoirs fiduciaires, un défi analytique important a été de différencier les devoirs fiduciaires et les devoirs non fiduciaires. La Cour suprême du Canada a donné à entendre que l'obligation fiduciaire se borne au devoir de loyauté. Elle n'a toutefois pas adopté ce point de vue invariablement. Néanmoins, elle a fini par nier l'existence d'un devoir fiduciaire de diligence, ce qui marque un décalage par rapport à d'autres ressorts¹³⁴. Ici et ailleurs, les débats sur la gamme d'obligations fiduciaires sonnent faux, vu l'absence d'un fondement raisonné permettant de différencier les

¹³⁴ Aux États-Unis en particulier, on parle communément d'obligations fiduciaires de loyauté et de diligence. Pour une critique, voir William A Gregory, « The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words » (2005) 38:1 Akron L Rev 181.

devoirs fiduciaux et les devoirs non fiduciaux. La théorie émergente de la responsabilité fiduciaire résout ce problème.

La théorie révèle que les devoirs fiduciaux reposent sur les attributs structurels inhérents à la relation fiduciaire. À titre d'exemple, j'ai expliqué qu'il convient de considérer le devoir fiduciaire de loyauté comme reposant sur la vulnérabilité inhérente du bénéficiaire à l'égard de l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire.

Selon la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire, la question de savoir si une obligation est de nature fiduciaire dépend du lien entre l'obligation et les attributs structurels de la relation fiduciaire. Si le contenu de l'obligation peut s'expliquer à partir de la vulnérabilité inhérente à la relation fiduciaire, l'obligation peut, à juste titre, être réputée fiduciaire. Selon cette interprétation, les vulnérabilités sur lesquelles reposent les devoirs fiduciaux se retrouveront dans toute relation reconnue à juste titre comme étant fiduciaire. Les obligations qui sont véritablement de nature fiduciaire s'appliquent donc à toutes les relations fiduciaires. Le caractère universel de l'obligation fiduciaire se reflète dans l'application constante du devoir de loyauté aux fiduciaires qui exercent des pouvoirs en vertu de mandats présentant des différences importantes.

Le devoir de loyauté est le seul à faire consensus comme obligation fiduciaire. Cependant, il y a lieu de vérifier les idées reçues. Certains ont déjà tenté de l'élargir¹³⁵. J'ai affirmé que le devoir de loyauté repose sur la vulnérabilité inhérente du bénéficiaire par rapport à l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire. Pourrait-on dire, de même, que d'autres devoirs que l'on qualifie de fiduciaires reposent sur la vulnérabilité inhérente à la relation fiduciaire? La question va au-delà de la présente analyse, mais une analyse superficielle laisse voir un argument plausible pour la reconnaissance d'un devoir fiduciaire de diligence. L'argument à l'égard d'autres devoirs que l'on qualifie couramment de fiduciaires est moins convaincant.

L'idée qu'il existe un devoir fiduciaire de diligence est parfois contestée au motif qu'un tel devoir ne présente aucun attribut distinctif. On prétend que rien ne permet de distinguer en substance le devoir « fiduciaire » de diligence et l'obligation délictuelle. Ainsi, la jurisprudence révèle des craintes souvent répétées concernant la duplication de devoirs et l'intégrité des frontières entre différentes catégories d'obligations juridiques¹³⁶.

Cependant, l'idée que ce devoir ne présente aucun attribut distinctif est erronée. Il est permis de croire que les fiduciaires ont un devoir de diligence dont l'origine, l'objectif et le contenu sont distinctifs¹³⁷. S'agissant de l'origine, l'obligation de diligence en matière de délit civil est une norme de conduite générale qui oblige toute personne à exercer la diligence nécessaire pour éviter une conduite qui présente un risque raisonnablement prévisible de préjudice à l'égard d'une autre personne. L'obligation délictuelle ne suppose pas, et n'établit pas, un genre particulier de relation juridique entre le titulaire du devoir et

¹³⁵ Voir Birks, *supra* note 2.

¹³⁶ *Canson Enterprises*, *supra* note 78.

¹³⁷ Il y a encore d'autres différences. L'historien juridique Joshua Getzler en a examiné un grand nombre en analysant la tendance anglaise vers la fusion des obligations de diligence en common law et en equity. Parmi les différences, on trouve le fait que les obligations fiduciaires de diligence n'ont pas été assujetties aux limites applicables à l'obligation délictuelle, notamment la négligence de la victime. Voir Joshua Getzler, « Duty of Care », dans Peter Birks et Arianna Pretto, dir, *Breach of Trust*, Oxford, Hart, 2002, 41.

le titulaire du droit respectivement. À titre de comparaison, le devoir fiducial surgit systématiquement lorsque la relation fiduciale est créée. Les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle qui régissent la reconnaissance d'une obligation de diligence ne s'appliquent pas. Bien entendu, selon cette interprétation, l'obligation suppose l'existence d'un genre particulier de relation juridique entre le titulaire de l'obligation et le titulaire du droit. Le fait que l'obligation surgisse automatiquement en matière fiduciale dès la création de la relation fiduciale donne à entendre qu'elle repose sur le caractère distinctif de cette relation plutôt que sur l'éventuelle conduite ou situation des parties.

S'agissant de l'objectif, contrairement à l'obligation délictuelle, qui limite la conduite de façon générale, le devoir fiducial ne limite que l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, le devoir fiducial s'attache systématiquement à une forme particulière de conduite à laquelle le fiducial se livre, en raison de la nature de la relation fiduciale. C'est ainsi que l'on dit que les administrateurs doivent répondre à la société en tant que *fiduciaux*, non pas de la négligence en général, mais de l'exercice négligent d'un pouvoir discrétionnaire sur les activités commerciales et les affaires internes de la société.

En termes de contenu, les obligations diffèrent à deux égards importants. Premièrement, la portée du devoir fiducial est plus large. Alors que l'obligation délictuelle exige une *diligence* raisonnable, le devoir fiducial exige habituellement à la fois la *diligence* et la *compétence* raisonnables. La portée plus large du devoir est logique, vu l'objectif du devoir. L'obligation de diligence reflète le fait que le devoir de diligence dans le contexte fiducial détermine une obligation positive de la part du fiducial, à savoir que celui-ci exerce son jugement pour déterminer s'il doit exercer son autorité et comment il l'exercera. L'obligation de compétence reflète le fait que le fiducial est normalement investi d'autorité en raison de ses compétences, de ses connaissances, de sa formation ou de son expertise. Il y a donc normalement une attente implicite que l'autorité sera exercée avec compétence. Souvent, il ne serait pas logique d'investir le fiducial d'autorité en l'absence d'une telle attente (par exemple, il serait insensé d'autoriser une personne sans formation médicale et sans permis d'exercice à pratiquer une intervention médicale invasive).

Deuxièmement, l'obligation de diligence en droit fiducial est assujettie à une norme de diligence différente. La jurisprudence est contradictoire sur ce point¹³⁸. Cependant, la norme de diligence est rarement formulée en des termes qui sont identiques aux termes utilisés en droit de la négligence ordinaire. Les fiduciaux sont parfois assujettis à des normes de diligence subjectives, ce qui peut vouloir dire une norme élevée, par exemple, lorsque le fiducial doit, lorsqu'il agit dans l'intérêt du bénéficiaire, faire preuve du même degré de soin, de diligence et de compétence qu'il exercerait lorsqu'il agit dans ses propres intérêts. Parfois, c'est une norme moindre qui s'applique, comme par exemple lorsque le degré de soin, de compétence ou de diligence attendu est tributaire des circonstances ou des aptitudes du fiducial. Les fiduciaux ont aussi été tenus à des normes objectives et mixtes. Cependant, même lorsqu'elle est objective, la norme s'attache au caractère de la relation fiduciale et au rôle du fiducial dans cette relation. Par exemple, on oblige parfois le fiducial à exercer le degré de soin, de diligence et de compétence qu'un fiducial raisonnable exercerait dans les circonstances.

¹³⁸ Voir *ibid.*

Il est évident que la jurisprudence ne s'est pas encore arrêtée sur une norme de diligence universelle pour les fiduciaux. Cette indécision peut être un reflet de la difficulté de mettre en balance la reconnaissance des capacités et fonctions variables du fiducial et le fait que tous les fiduciaux ont assumé une responsabilité particulière à l'égard des intérêts des bénéficiaires. Quoi qu'il en soit, le droit relatif aux fiduciaux s'attache clairement à des normes de diligence qui diffèrent des normes applicables en droit de la négligence ordinaire.

Tout en acceptant que le contenu de l'obligation de diligence en droit fiducial demeure incertain, on peut néanmoins voir cette obligation comme une obligation particulière découlant de la relation fiduciale. Tout comme l'obligation de loyauté, elle surgit automatiquement dès la création d'une relation fiduciale. De même, l'objectif visé par l'obligation peut s'expliquer en fonction des caractéristiques déterminantes de la relation fiduciale. Les obligations fiduciales de loyauté et de diligence déterminent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de façons précises, chacune ayant du sens lorsque le pouvoir fiducial est vu comme un moyen qui appartient légitimement au bénéficiaire. L'obligation de loyauté n'exige pas une fidélité totale ou englobante. Elle exige plutôt l'exercice loyal du pouvoir discrétionnaire relativement à des intérêts pratiques précis du bénéficiaire. De même, l'obligation fiduciale de diligence ne se présente pas sous forme de décret général exigeant l'exercice d'une diligence raisonnable dans les actes posés à l'égard d'autres personnes. Elle oblige plutôt le fiducial à exercer son pouvoir discrétionnaire sur les intérêts pratiques des bénéficiaires avec le soin, la diligence et la compétence requis.

Plus important encore, tout comme pour l'obligation de loyauté, le contenu de l'obligation de diligence peut être considéré à la lumière de la vulnérabilité inhérente à la relation fiduciale. En raison du pouvoir discrétionnaire dont est investi le fiducial sur les intérêts pratiques du bénéficiaire, le bénéficiaire est particulièrement sensible à ce que ces intérêts soient compromis par suite de la conduite négligente, inapte ou inattentive du fiducial. Le caractère distinctif de la vulnérabilité est une question de degré et non de genre. L'inaptitude et l'inattention, ainsi que le manque de diligence, peuvent être vues comme divers types de négligence. À ce titre, on pourrait dire que la nature de la transgression qui constitue une violation de l'obligation fiduciale de diligence ne peut se différencier de la nature de la transgression délictuelle de négligence. Néanmoins, le degré de sensibilité à la conduite transgressive et la nature de la perte normative qui en résulte sont distincts.

Le bénéficiaire d'une relation fiduciale est particulièrement vulnérable à la conduite négligente du fiducial du fait que, en raison de la relation, les intérêts du bénéficiaire sont directement et exceptionnellement exposés aux décisions prises par le fiducial. Pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire soit efficace, le fiducial doit être près des intérêts du bénéficiaire et y avoir accès; il doit en outre avoir une influence directe sur ces intérêts. Le degré d'influence et la nature de l'influence signifient que le bénéficiaire est exposé à un risque accru de préjudice causé par la négligence du fiducial¹³⁹.

La nature de la perte normative subie par le bénéficiaire diffère aussi de la nature de la perte subie par la victime ordinaire de la négligence délictuelle. Le droit de la responsabilité délictuelle est reconnu pour son hostilité à l'égard des demandes en

¹³⁹ Le risque accru est, bien entendu, circonscrit. Il s'agit du risque associé à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sur des intérêts pratiques précis.

recouvrement de pertes économiques ou de gains non réalisés. La limite au recouvrement de pertes économiques repose sur des craintes concernant la limitation de la responsabilité, tandis que l'on a justifié le refus de permettre le recouvrement de gains non réalisés du fait que le droit de la responsabilité délictuelle vise la malfeasance et non la commission par omission. Quelle que puisse être la justification de ces limites aux genres de pertes qui peuvent engager la responsabilité délictuelle, leur absence en droit fiducial est notable. Le fiduciaire peut être tenu de répondre des pertes économiques découlant de l'exercice négligent d'un pouvoir discrétionnaire relativement à des intérêts économiques ou propriétaires immatériels. Conclure le contraire aurait pour effet de fermer la porte à la responsabilité pour les préjudices causés par négligence aux intérêts assujettis au pouvoir fiducial dans certaines relations fiduciaires (par exemple entre gestionnaires de fonds et investisseurs). L'obligation fiduciaire de rendre compte repose sur la faute et n'est pas tributaire des résultats. À ce titre, le fiduciaire n'est pas responsable du simple fait d'avoir omis de procurer un bénéfice attendu. Il peut néanmoins être responsable des gains non réalisés lorsque l'attente de gain déçue est imputable à la négligence (par exemple, le fiduciaire peut être tenu responsable d'avoir omis d'exercer des options sur actions qui, si elles étaient exercées, augmenteraient le rendement du placement).

Les contradictions importantes et l'incertitude actuelle du droit rendent quelque peu artificiel de parler d'une obligation fiduciaire de diligence d'application générale. La jurisprudence donne néanmoins à entendre qu'une telle obligation existe et – nonobstant son évolution doctrinale incertaine – il y a raison de considérer qu'elle peut s'expliquer à partir des caractéristiques fondamentales de la relation fiduciaire.

On ne peut en dire autant d'autres obligations généralement qualifiées de fiduciaires. Examinons le réputé devoir fiduciaire de confidentialité. On parle couramment de la relation fiduciaire en termes de relation de « confiance et de confidentialité ». Certes, des renseignements confidentiels sont souvent confiés au fiduciaire afin de faciliter l'exercice d'un pouvoir fiduciaire. Nul ne saurait douter non plus que le fiduciaire peut être tenu responsable pour l'utilisation ou la divulgation abusive de ces renseignements. Le fiduciaire peut donc être tenu à une obligation de confidentialité. Sur ce fondement, on a supposé qu'il existait une obligation fiduciaire de confiance/confidentialité¹⁴⁰.

La proposition voulant qu'il soit acceptable de parler d'une obligation fiduciaire de confiance/confidentialité a été vertement critiquée¹⁴¹. Il est toutefois difficile de la désavouer en l'absence d'un fondement raisonné permettant de distinguer les obligations fiduciaires et les obligations non fiduciaires. J'ai soutenu que la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire comble ce vide, et, tout comme elle assure un soutien structuré à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire de diligence, cette théorie peut expliquer pourquoi l'obligation de confiance/confidentialité n'est pas fiduciaire. Bref, à la lumière de cette théorie, on peut constater que l'obligation de confiance/confidentialité ne présente pas le lien requis avec la relation fiduciaire. Plus précisément, on ne peut l'imputer à une quelconque

¹⁴⁰ Voir Dennis Klinck, « "Things of Confidence": Loyalty, Secrecy and Fiduciary Obligation » (1990) 54:1 Sask L Rev 73; John Glover, « Is Breach of Confidence a Fiduciary Wrong? Preserving the Reach of Judge-Made Law » (2001) 21:4 LS 594; et Daniel Bayliss, « Breach of Confidence as a Breach of Fiduciary Obligations: A Theory » (2000-2003) 9 Auck UL Rev 702.

¹⁴¹ Voir, en général, Klinck, *supra* note 140; Glover, *supra* note 140; Bayliss, *supra* note 140.

vulnérabilité inhérente du bénéficiaire par rapport au fiduciaire. L'obligation de confiance/confidentialité limite l'utilisation et la divulgation de renseignements confidentiels et non l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. De plus, le fait de détenir un pouvoir discrétionnaire n'entraîne pas en soi la divulgation de renseignements confidentiels. Cependant, la sensibilité à un abus de confiance en est tributaire. Pour la justifier, il faut voir l'obligation de confiance/confidentialité comme se situant dans la divulgation et la réception en connaissance de cause de renseignements confidentiels¹⁴². La communication de renseignements requise pour engager la responsabilité est une circonstance éventuelle qui est présente dans certaines relations fiduciaires, mais non dans toutes. Ainsi, l'obligation de confiance/confidentialité à laquelle *certain*s fiduciaires sont tenus est considérée à juste titre comme tributaire de la doctrine générale d'abus de confiance en equity. L'obligation n'est pas fiduciaire¹⁴³.

2. Déterminer la portée de l'obligation fiduciaire

Un avantage que présente la théorie émergente de la responsabilité fiduciaire est d'offrir un fondement raisonné qui permet de vérifier les affirmations quant à la nature des obligations. Une théorie de la responsabilité devrait toutefois pouvoir expliquer autant la portée que le fondement de la responsabilité. À part la difficulté de déterminer pourquoi les fiduciaires sont tenus à une obligation de loyauté et la question de savoir si d'autres obligations sont considérées fiduciaires à juste titre, il y a le problème de savoir dans quelle mesure la conduite du fiduciaire est, ou devrait être, restreinte par des obligations fiduciaires. Ce problème a été particulièrement prononcé dans les situations où l'on allègue le manque de loyauté au motif que le fiduciaire s'est approprié des gains ou une possibilité de gains appartenant au bénéficiaire. Pour le compte du bénéficiaire, on soutient parfois que l'obligation de loyauté exige le désintéressement du fiduciaire au service des intérêts du bénéficiaire. Les gains réalisés par le fiduciaire appartiennent donc légitimement au bénéficiaire. L'argument contraire veut que le droit exige une forme de loyauté moindre, ce qui laisse au fiduciaire une certaine marge de conduite intéressée.

La jurisprudence ne révèle pas de stratégie cohérente pour juger de tels arguments. Selon une approche, l'obligation de loyauté ne s'applique qu'à la conduite en tant que fiduciaire ou dans l'exercice de fonctions fiduciaires. Cela ne fait toutefois que soulever la question de la nature et de la portée de la relation fiduciaire. Selon une autre approche, il y a lieu de déterminer s'il est possible que le bénéficiaire ait cédé l'occasion ou consenti à ce que le fiduciaire reçoive les bénéfices. Cette approche évite tout simplement le problème d'établir la portée de la responsabilité en demandant dans quelles circonstances on peut y renoncer ou l'exclure.

La théorie émergente de la responsabilité fiduciaire offre une solution. Elle permet de déterminer la portée de la responsabilité en délimitant l'étendue de la relation fiduciaire.

¹⁴² Francis Gurry, *Breach of Confidence*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

¹⁴³ Voir *Lac Minerals*, *supra* note 8. Comme le juge Sopinka l'a reconnu : « [L]e fait d'obtenir des renseignements confidentiels et de s'en servir à des fins illégitimes ne suffit pas pour faire naître une obligation fiduciaire. Il est certain qu'un aspect possible d'un rapport fiduciaire est l'échange de renseignements confidentiels et l'établissement de restrictions quant à leur utilisation. Toutefois quand on se plaint essentiellement de l'utilisation abusive de renseignements confidentiels, c'est sur l'abus de confiance plutôt que sur le manquement aux obligations fiduciaires que la partie lésée doit fonder son action » (*ibid* aux pp 600–01).

Plus précisément, elle laisse entendre qu'il est possible de déterminer la portée de la responsabilité en interprétant, à partir des faits, la position respective du bénéficiaire et du fiducial à l'intérieur de la relation. Lorsqu'on la considère à la lumière de la définition de la relation fiduciale, la position du fiducial est marquée par le pouvoir discrétionnaire, tandis que la position du bénéficiaire est marquée par le fait d'avoir des intérêts pratiques qui sont assujettis à un tel pouvoir. Pour déterminer la portée de la responsabilité, il faut donc interpréter les pouvoirs discrétionnaires exercés par le fiducial et les intérêts pratiques du bénéficiaire à partir des faits. Il faut, dans chaque cas, clairement distinguer le ou les pouvoirs précis exercés par le fiducial (nature et portée de l'autorité, ainsi que les modalités, le cas échéant, dont elle est assortie de façon expresse ou implicite) et les intérêts pratiques précis du bénéficiaire (les questions particulières de bien-être, de personnalité ou de droit sur lesquelles repose l'exercice du pouvoir). Une interprétation minutieuse permettra d'établir les limites d'une relation fiduciale donnée.

Il faut entreprendre l'exercice en portant attention aux modalités prévues dans les instruments qui confèrent le pouvoir (contractuels, législatifs ou autres) ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles le pouvoir a été conféré ou assumé, ce qui inclut les assertions faites par le fiducial et le bénéficiaire respectivement ou pour leur compte. Le défi dans chaque cas sera de développer un portrait exact de la sphère d'autorité accordée au fiducial par rapport au bénéficiaire, tout en reconnaissant que la responsabilité fiduciale ne limite la conduite du fiducial qu'en ce qui touche sa conduite à l'intérieur de cette sphère.

Conclusion

La jurisprudence en matière de responsabilité fiduciale dans les pays de common law a eu du mal à évoluer en l'absence d'une théorie générale cohérente de la responsabilité fiduciale. Partout, on présume que la responsabilité fiduciale est tributaire de l'existence d'une relation fiduciale. Cependant, la jurisprudence n'a pas, jusqu'à maintenant, développé convenablement cette perspective traditionnelle. Les différences d'opinion quant à la nature de la relation fiduciale ont donné lieu à de profondes incertitudes quant à la nature de la responsabilité fiduciale et à des craintes quant à sa portée. Elles ont aussi favorisé le scepticisme quant à la présomption implicite que la responsabilité fiduciale est distinctive.

Il faut donc justifier la perspective traditionnelle en matière de responsabilité fiduciale. Ce qui est particulièrement important pour le succès de cette démarche est une notion claire de la relation fiduciale et une explication du lien entre cette relation et le contenu des devoirs fiduciaux. La Cour suprême du Canada a le mérite d'avoir fait preuve d'une volonté extraordinaire d'aborder des questions essentielles à la vitalité de la perspective traditionnelle. Récemment, et tout particulièrement dans *Galambos*, la Cour a commencé à faire d'importants progrès sur ces questions. J'ai fait valoir qu'une théorie prometteuse de la responsabilité fiduciale est en voie d'émerger de la jurisprudence. Selon cette théorie, la responsabilité fiduciale reposerait sur des caractéristiques inhérentes à la relation fiduciale. Dans une certaine mesure, la théorie demeure inachevée et vague. J'ai toutefois proposé des manières de l'élargir et de la développer dans l'espoir de renforcer son pouvoir d'explication et de justification. Je crois qu'il en

résulte une théorie de la responsabilité qui justifie les hypothèses qui sont implicites dans la pratique.
