

Form 27

[Rules 6.3 and 10.52(1)]

COURT FILE NUMBER	25-2332583 25-2332610 25-2335351
COURT	COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY
JUDICIAL CENTRE	CALGARY
PROCEEDINGS	IN THE MATTER OF THE NOTICE OF INTENTION TO MAKE A PROPOSAL OF MANITOK ENERGY INC. IN THE MATTER OF THE NOTICE OF INTENTION TO MAKE A PROPOSAL OF RAIMOUNT ENERGY CORP. IN THE MATTER OF THE NOTICE OF INTENTION TO MAKE A PROPOSAL OF CORINTHIAN OIL CORP.
DOCUMENT	BENCH BRIEF

Clerk's Stamp

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT	Norton Rose Fulbright Canada LLP 400 3rd Avenue SW, Suite 3700 Calgary, Alberta T2P 4H2 CANADA Attention: Howard A. Gorman, QC Gunnar Benediktsson Telephone: +1 403.267.8144 Facsimile: +1 403.264.5973 howard.gorman@nortonrosefulbright.com gunnar.benediktsson@nortonrosefulbright.com File No. 1001023920
--	---

INTRODUCTION

1. This application is brought by Alvarez & Marsal Inc. (**A&M**, or the **Trustee**) in its capacity as the trustee in bankruptcy of Corinthian Oil Corp. (**Corinthian**) for this Court's advice and directions respecting an issue that has arisen regarding two sales of certain Corinthian assets, each of which initially appeared to include certain gross overriding royalty interests of Corinthian (the **Relentless GORR**), created pursuant to and governed by a farmout agreement with Relentless Resources Ltd. (the **Farmout Agreement**).
2. The underlying issue is relatively simple: each of Persist Oil and Gas Inc. (**Persist**) and Convega Energy Inc. (**Convega**) believe they acquired the Relentless GORRs from the Corinthian Estate. Persist believes it acquired the Relentless GORRs pursuant to a purchase and sale agreement with the Trustee dated January 7th, 2019 (the **Persist PSA**). Persist acknowledges it did not acquire the entirety of Corinthian's interest under the Farmout Agreement.

3. Convega, for its part, believes it effectively acquired the Relentless GORRs, along with Corinthian's interests and obligations under the Farmout Agreement, pursuant to a purchase and sale agreement dated December 19, 2019 (the **Convega PSA**). Both transactions were approved by this Court in separate sale and vesting orders.¹
4. The Trustee believes that the Relentless GORRs were not conveyed by the Persist PSA, and were subsequently conveyed to Convega, for the reasons set out herein. In addition, as Convega is an innocent purchaser, the Trustee believes it would be appropriate to direct and confirm that the Relentless GORRs were properly conveyed to Convega, along with whatever other remedy this Court deems just and appropriate in the circumstances.

FACTUAL BACKGROUND

5. The material facts are not in dispute, and are set out in the Fourth Report and the Affidavit of Greg Vavra dated April 8th, 2021 (the **Vavra Affidavit**). Persist and the Trustee negotiated the Persist PSA, and Persist expressed interest in certain Corinthian assets, with which Persist was familiar. Some of those negotiations suggest an intention to convey various GORRs along with a larger package of "Lands and Petroleum and Natural Gas Rights" described at Schedule A to the Persist PSA.² In addition, Schedule B to the Persist PSA included a list of GORRs.³
6. However, the Persist PSA does not, on its express terms, convey any of the GORR interests listed at Schedule B. Section 2.1 of the Persist PSA provides for the sale of the "Assets" from the Vendor to the Purchaser; "Assets" in turn is defined to include the "Petroleum and Natural Gas Rights" and the "Miscellaneous Interests."⁴
7. "Petroleum and Natural Gas Rights" are defined in the Persist PSA, and do not include any GORRs. The "Petroleum and Natural Gas Rights" includes the Vendors interest in Leased Substances and the Title Documents, but *only to the extent they pertain to the Lands*, and include the interests set out in Schedule "A".⁵ The "Lands" means the Vendor's interest in the Lands listed at Schedule "A", which lists only a single petroleum and natural gas lease in the Stolberg area and does not include any of the GORR lands listed in Schedule "B".⁶
8. Both parties were represented by counsel in the negotiation and finalization of the Persist PSA. It is common ground that the acquisition of GORR interests by Persist was discussed by the parties, but it is the Trustee's submission that the terms of the final executed and negotiated Persist PSA governs what Persist actually acquired.
9. Nevertheless, in recognition of Persist's position and in the interests of fairness, the Trustee is prepared to convey the GORRs listed at Schedule B to the Persist PSA to Persist, with the exception of the Relentless GORRs, for two reasons. First, the Relentless GORRs were subsequently acquired by Convega, an innocent purchaser for value. Second, the Relentless GORRs, unlike the other GORRs listed at Schedule B to the Persist PSA, could not be conveyed by Corinthian except to a party that was willing to (and does) take the entirety of Corinthian's interest in the Farmout Agreement, which Persist was not. As is set out below, Persist's

¹ The Convega PSA was approved by order of Justice Jones of this Court dated January 20, 2020 (the **Convega SAVO**), a copy of which is attached as Appendix A to the Fourth Report of the Trustee of Corinthian dated April 6, 2021 (the **Fourth Report**). The Persist PSA was approved by order of Justice Jones dated January 18, 2019 (the **Persist SAVO**), attached as Exhibit E to the Vavra Affidavit. Note that at the time of the Persist SAVO, Persist was called Tantalus Energy Corp. In this brief, and in the Trustee's materials, the defined term Persist refers to Tantalus as well.

² Persist PSA, Fourth Report at Appendix B (part 2), Schedule A.

³ Persist PSA, Fourth Report at Appendix B (part 2), Schedule B.

⁴ Persist PSA, Fourth Report at Appendix B (part 2), s. 2.1.

⁵ Persist PSA, Fourth Report at Appendix B (part 2), s. 1.1(cc).

⁶ Persist PSA, Fourth Report at Appendix B (part 2), s. 1.1(a).

unwillingness to assume Corinthian's obligations under the Farmout Agreement is fatal to its argument that it effectively acquired the Relentless GORRs, whatever the intention of the parties at the time may have been.

10. In the Trustee's view, it was not open to the Trustee to convey the Relentless GORRs without conveying all of Corinthian's interest in the Farmout Agreement. The reasons for that are set out in detail in a letter from Relentless to the parties dated October 5, 2020,⁷ in which Relentless objects to the notice of assignment of Persist, and notes the following:
 - a. Persist did not assume the full role of Corinthian under the Farmout Agreement, but purported to acquire the GORR interest *provided for* under the Farmout Agreement without any of Corinthian's obligations;
 - b. The Farmout Agreement requires the royalty recipient under the GORR to be the registered owner on title to the underlying Crown leases, which the royalty recipient or any assignee is to hold in trust for the benefit of Relentless; and
 - c. Relentless is of the view that Corinthian could not assign only the benefits of the Farmout Agreement without assigning the associated burdens.
11. The Trustee is in agreement with Relentless' position in this regard. Persist's position, by contrast, would require the Trustee to convey an interest in the Farmout Agreement that on its terms is not separable from the underlying contractual burdens on Corinthian. The Trustee acknowledges that the negotiations with Persist included discussions of various GORR interests, including the Relentless GORRs; however, in the Trustee's view it was not open to the Trustee to sell the Relentless GORRs to Persist, given Persist's refusal to assume the obligations of Corinthian under the Farmout Agreement.
12. Convega, as part of the Convega PSA, accepted an assignment of the Farmout Agreement in its entirety, in consideration for which it received, among other things, the Relentless GORRs. Convega has acted in accordance with those obligations, including by incurring expense to ensure that the Crown leases underlying the Farmout Agreement and the Relentless GORRs remain current. Persist has benefited from Convega's actions in that regard; Persist has received at least \$21,000 in royalties from Relentless since the date of the Persist PSA,⁸ although it has not agreed to assume any of Corinthian's obligations under the Farmout Agreement, nor to take an assignment of the corresponding Crown leases or incur any costs in that regard.
13. Given the above, the Trustee does not believe it would be fair to deprive Convega of the interest it negotiated and paid for in the Farmout Agreement, of which the Relentless GORRs are one part. Convega is an innocent purchaser for value that has taken steps at its own expense to maintain and hold the underlying Crown leases in trust for Relentless in accordance with the Farmout Agreement, and it should be entitled to the corresponding benefit in accordance with the express terms of the Convega PSA.

RECTIFICATION OF THE PERSIST SAVO IS NOT AVAILABLE

14. Persist appears to acknowledge that on its terms, the Persist PSA does not convey any GORRs. Indeed, Persist has applied to this Court for rectification of the Persist PSA to correct what it feels is the erroneous exclusion of GORRs.
15. Persist has not satisfied the test for rectification. It is not sufficient for Persist to demonstrate a unilateral mistake; it must show that "permitting the non-mistaken party to take advantage of the document would be fraud or equivalent to fraud."⁹ Fraud or the equivalent of fraud" generally

⁷ Relentless Letter dated October 5, 2020, Fourth Report at Appendix E.

⁸ Fourth Report, paras 19-20.

⁹ *Performance Industries Ltd v Sylvan Lake Golf and Tennis Club Ltd*, 2002 SCC 19 at para 38.

refers to “transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself of the advantage obtained.”¹⁰

16. No such deceit or advantage by any party is even alleged, and none can be established on the evidence. Rather, the record shows that the parties negotiated the terms of a PSA, with the assistance of counsel. The parties discussed the acquisition of GORRs by Persist, but the final form of PSA did not effect that transfer. The Trustee is agreeable to Persist acquiring all of the GORRs listed at Schedule B to the Persist PSA with the exception of the Relentless GORRs, which cannot be assigned without also assigning the burdens under the Farmout Agreement.
17. Rectification may be available in respect of the GORRs listed at Schedule B other than the Relentless GORRs, as these are GORRs that could have been conveyed in the Persist PSA had the parties drafted the agreement accordingly. However, to do so now would cause clear prejudice to Convega, which paid value for the Relentless GORRs and agreed to assume the obligations of Corinthian, and to Relentless which has objected to the assignment of the GORRs without the Farmout Agreement or the associated Crown leases.

CONCLUSION

18. For the foregoing reasons, the Trustee respectfully recommends this Court grant the order in its application and confirm that the Relentless GORRs were properly acquired by Convega, and that the Persist PSA be amended to reflect Persist’s acquisition of the remaining GORR interests listed at Schedule “B” to the Persist PSA.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 13th day of April, 2021.

NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA LLP



Per: _____

Howard A. Gorman, Q.C. | Gunnar Benediktsson
Solicitors for the Applicant, Alvarez & Marsal, Inc.

¹⁰ *Ibid* at para 39.

Tab “A”

Performance Industries Ltd. and Terrance O'Connor *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. v. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD.

Neutral citation: 2002 SCC 19.

File No.: 27934.

2000: December 14; 2002: February 22.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Equitable remedies — Rectification of contract — Written contract not reflecting prior oral agreement — Whether equitable remedy of rectification available — Whether lack of due diligence a bar to rectification.

Damages — Punitive damages — Written contract not reflecting prior oral agreement owing to fraud of one of parties — Whether trial judge's award of punitive damages should be restored.

The respondent operated an 18-hole golf course. The appellant O entered into negotiations with B, the respondent's principal, for a joint venture. The trial judge found that B and O made an oral agreement, which included an option on the 18th fairway for a specific residential development to be undertaken by B. During the negotiations, B discussed with O photographs and plans of a double row of houses clustered around a *cul-de-sac* along the length of the 18th fairway. When O's lawyer reduced the terms of the oral agreement to writing, the option clause accurately specified the 480-yard length of the proposed development, but instead of sufficient width to permit a double row of houses (approximately 110 yards), the clause as written allowed only enough land for a single row of houses (110 feet).

Performance Industries Ltd. et Terrance O'Connor *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. c. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD.

Référence neutre : 2002 CSC 19.

Nº du greffe : 27934.

2000 : 14 décembre; 2002 : 22 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Contrats — Réparations fondées sur l'équité — Rectification du contrat — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure — Y a-t-il ouverture à la réparation en équité que constitue la rectification? — Le défaut de faire montre de diligence raisonnable fait-il obstacle à la rectification?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts punitifs — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure en raison de la fraude commise par l'une des parties — La décision du juge du procès accordant des dommages-intérêts punitifs doit-elle être rétablie?

L'intimée exploitait un terrain de golf comptant 18 trous. L'appellant O a entamé des négociations en vue d'établir une coentreprise avec B, le propriétaire de l'intimée. Le juge de première instance a estimé que B et O avaient conclu une entente verbale, qui comportait une option visant la construction d'un complexe domiciliaire particulier par B au 18^e trou. Durant les négociations, B a examiné avec O des photographies et des plans du type de complexe qu'il envisageait, à savoir une double rangée de maisons regroupées autour d'un *cul-de-sac* le long du 18^e trou. Après que l'avocat de O a couché par écrit les termes de l'entente verbale, la clause établissant l'option mentionnait de façon précise la longueur de 480 verges du complexe proposé, mais, telle qu'elle avait été rédigée, au lieu

When B sought to exercise the option, O insisted on the written terms, despite knowing that these terms did not accurately reflect the prior oral option agreement. The respondent commenced the present action against the appellants for rectification of the agreement or damages in lieu thereof, punitive damages and solicitor-client costs. The trial judge held that the respondent was entitled to rectification of the option clause, awarding damages in lieu assessed on the basis of the loss of profit on a fully built residential development. Punitive damages were assessed at \$200,000. The Court of Appeal set aside the punitive damages award. In all other respects, the appeal was dismissed.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ.: The necessary preconditions to obtaining the equitable remedy of rectification of the contract are met in this case. First, the respondent has shown the existence and content of the prior oral agreement. There was a definite project in a definite location to which O and B had given their definite assent. Although the parties did not discuss a metes and bounds description, they were working on a defined development proposal. O's numbers (110 x 480) can be accepted, while rejecting the error created by his apparently duplicitous substitution of feet for yards in the write-up of the option clause. Second, it was found that O had fraudulently misrepresented the written document as accurately reflecting the terms of the prior oral contract. Third, the precise terms of rectification are readily ascertained, namely to change the word "feet" in the phrase "one hundred ten (110) feet in width" to "yards". Fourth, there is convincing proof of B's unilateral mistake and O's knowledge of that mistake. B's version of the oral agreement was sufficiently corroborated on significant points by other witnesses and documents. While as an experienced businessman, B ought to have examined the text of the option clause before signing the document, due diligence on the part of the plaintiff is not a (fifth) condition precedent to rectification. Lack of due diligence may be taken into account in the exercise of a discretion to refuse the remedy, but here lack of due

de prévoir une largeur suffisante pour permettre la construction d'une double rangée de maisons (environ 110 verges), elle ne faisait état que d'une largeur suffisante pour une seule rangée de maisons (110 pieds). Lorsque B a voulu lever l'option, O a insisté sur l'application de la convention écrite même s'il savait qu'elle ne reflétait pas fidèlement l'entente verbale antérieure concernant l'option. L'intimée a entamé contre les appelants la présente action, dans laquelle elle sollicitait soit la rectification de la Convention soit des dommages-intérêts en tenant lieu, des dommages-intérêts punitifs et les dépens sur la base procureur-client. Le juge du procès a conclu que l'intimée avait droit à la rectification de la clause relative à l'option, et il a accordé des dommages-intérêts tenant lieu de rectification, établis sur la base de la perte des profits qui auraient été réalisés par la construction complète du complexe domiciliaire. Les dommages-intérêts punitifs ont été fixés à 200 000 \$. La Cour d'appel a annulé la décision accordant les dommages-intérêts punitifs, mais elle a toutefois rejeté l'appel sur tous les autres points.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour : Les préalables nécessaires pour donner ouverture à la réparation en equity que constitue la rectification sont réunis en l'espèce. Premièrement, l'intimée a établi l'existence et la teneur de l'entente verbale antérieure. Il existait un projet défini et devant être réalisé à un endroit déterminé, dont O et B avaient convenu précisément. Bien que les parties n'aient pas discuté de la description technique des lieux, elles travaillaient à un projet d'aménagement défini. Il est possible d'accepter les chiffres inscrits par O (110 x 480), tout en écartant l'erreur créée par sa substitution apparemment frauduleuse, relativement à une des dimensions, d'une mesure en pieds à une mesure en verges dans la rédaction de la clause relative à l'option. Deuxièmement, il a été jugé que O avait fait une assertion inexacte et frauduleuse en laissant croire que l'écrit reflétait fidèlement les conditions prévues par l'entente verbale antérieure. Troisièmement, la façon précise par laquelle l'écrit doit être rectifié est facile à déterminer : Il s'agit de remplacer le mot « pieds » par le mot « verges » dans la phrase « cent dix (110) pieds de largeur ». Quatrièmement, il existe une preuve convaincante de l'erreur unilatérale de B et de la connaissance par O de cette erreur. La version donnée par B de l'entente verbale était suffisamment corroborée sur des aspects importants par d'autres témoins ainsi que par des documents. Bell, en tant qu'homme d'affaires expérimenté, aurait dû examiner le texte de la clause

diligence was offset by the finding of fraud against O, and rectification was therefore properly granted.

In the absence of an error of principle, or a factual record that supports the appellants' criticisms, the findings in the courts below on the amount of compensatory damages must stand. Damages for breach of the contract, as rectified, include losses flowing from the special circumstances known to the parties at the time they made their contract.

The award of punitive damages in this case should not be restored as it does not serve a rational purpose. Only in exceptional cases does tort attract punitive damages. An award of punitive damages is rational "if, but only if" compensatory damages do not adequately achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation. In this case, neither the making of a punitive damages award nor the \$200,000 assessment meets the test of rationality.

Per LeBel J.: Subject to the comments on punitive damages in *Whiten*, the majority reasons were agreed with. Rectification of the contract was properly ordered, but punitive damages would fulfill no rational purpose in this case.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; **referred to:** *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109; *Downtown King West Development Corp. v. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *First City Capital Ltd. v. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Montreal Trust Co. v. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257; *Alampi v. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11; *Stepps Investments Ltd. v. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351; *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354; *I.C.R.V. Holdings*

relative à l'option avant de signer le document, mais la diligence raisonnable de la part du demandeur n'est pas un (cinquième) préalable au prononcé d'une ordonnance de rectification. L'absence de diligence raisonnable peut être prise en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la réparation en question, mais en l'espèce cette omission est contre balancée par la conclusion de fraude prononcée contre O, et la rectification a donc été accordée à bon droit.

En l'absence d'erreur de principe ou d'éléments factuels qui appuieraient les critiques formulées par les appelants, les conclusions des juridictions inférieures sur le montant des dommages-intérêts compensatoires doivent être confirmées. Les dommages-intérêts accordés pour la rupture du contrat rectifié doivent par conséquent inclure les pertes découlant des circonstances particulières connues des parties au moment où elles ont conclu le contrat.

La décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs en l'espèce ne doit pas être rétablie puisqu'elle ne sert aucun objectif rationnel. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un délit civil commande des dommages-intérêts punitifs. Une décision accordant des dommages-intérêts punitifs n'est rationnelle que « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires ne permettent pas de donner effet adéquatement aux objectifs de châtement, de dissuasion et de dénonciation. En l'espèce, ni la décision accordant des dommages-intérêts punitifs ni la somme de 200 000 \$ accordée à ce titre ne satisfont au critère de la rationalité.

Le juge LeBel : Sous réserve des commentaires exposés sur la question des dommages-intérêts punitifs dans l'arrêt *Whiten*, il y a accord avec les motifs de la majorité. C'est à juste titre que la rectification du contrat a été ordonnée, mais des dommages-intérêts punitifs ne serviraient aucune fin rationnelle dans la présente affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109; *Downtown King West Development Corp. c. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *First City Capital Ltd. c. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Montreal Trust Co. c. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257; *Alampi c. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11; *Stepps Investments Ltd. c. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351; *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354;

Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd. (1994), 53 B.C.A.C. 72; *Gordeyko v. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201; *Kerr v. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662; *Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253; *Rumble v. Heygate* (1870), 18 W.R. 749; *Bloom v. Averbach*, [1927] S.C.R. 615; *Beverly Motel (1972) Ltd. v. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757; *Big Quill Resources Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298; *Prince Albert Credit Union v. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419; *Windjammer Homes Inc. v. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315; *Farah v. Barki*, [1955] S.C.R. 107; *May v. Platt*, [1900] 1 Ch. 616; *Central R. Co. of Venezuela v. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99; *United Services Funds (Trustees of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322; *Dalon v. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89; *Brown & Root Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] S.C.R. 642; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Burrard Drydock Co. v. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] S.C.R. 307; *Corbin v. Thompson* (1907), 39 S.C.R. 575; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *New Horizon Investments Ltd. v. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268; *Kinkel v. Hyman*, [1939] S.C.R. 364; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

By LeBel J.

Referred to: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Spencer Bower, George, and Alexander Kingcome Turner. *The Law of Actionable Misrepresentation*, 3rd ed. London: Butterworths, 1974.

Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 255 A.R. 329, 185 D.L.R. (4th) 269, 6 B.L.R. (3d) 24, [2000] A.J. No. 408 (QL), 2000 ABCA 116, setting aside the punitive damages award but dismissing the appellants' appeal in all other respects from a judgment of the Court of Queen's Bench (1999), 246 A.R. 272, 49 B.L.R. (2d) 284,

I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd. (1994), 53 B.C.A.C. 72; *Gordeyko c. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201; *Kerr c. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662; *Byrnlea Property Investments Ltd. c. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253; *Rumble c. Heygate* (1870), 18 W.R. 749; *Bloom c. Averbach*, [1927] R.C.S. 615; *Beverly Motel (1972) Ltd. c. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757; *Big Quill Resources Inc. c. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298; *Prince Albert Credit Union c. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419; *Windjammer Homes Inc. c. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315; *Farah c. Barki*, [1955] R.C.S. 107; *May c. Platt*, [1900] 1 Ch. 616; *Central R. Co. of Venezuela c. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99; *United Services Funds (Trustees of) c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322; *Dalon c. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89; *Brown & Root Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] R.C.S. 642; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Burrard Drydock Co. c. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] R.C.S. 307; *Corbin c. Thompson* (1907), 39 R.C.S. 575; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *New Horizon Investments Ltd. c. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268; *Kinkel c. Hyman*, [1939] R.C.S. 364; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)*, vol. 1. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 1981.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Spencer Bower, George, and Alexander Kingcome Turner. *The Law of Actionable Misrepresentation*, 3rd ed. London : Butterworths, 1974.

Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 255 A.R. 329, 185 D.L.R. (4th) 269, 6 B.L.R. (3d) 24, [2000] A.J. No. 408 (QL), 2000 ABCA 116, qui a annulé la décision accordant des dommages-intérêts punitifs mais qui a rejeté, sur tous les autres aspects, l'appel formé par les appelants à l'encontre d'un jugement de la Cour du

[1999] A.J. No. 741 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

David R. Haigh, Q.C., and Brian Beck, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Lowell Westersund and Munaf Mohamed, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

Banc de la Reine (1999), 246 A.R. 272, 49 B.L.R. (2d) 284, [1999] A.J. No. 741 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

David R. Haigh, c.r., et Brian Beck, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Lowell Westersund et Munaf Mohamed, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour rendu par

1 BINNIE J. — In this appeal the Court is called on to deal with rectification of a contract for a real estate development dream that turned into a nightmare for the warring partners. Houses were to have been built along the 18th fairway of the Sylvan Lake Golf Course, within commuting distance of Red Deer, Alberta. It did not happen because the parties fell out over the amount of land to be included in the development contract.

2 There was a written contract but the respondent's President did not bother to read it before it was signed. Had he done so, the error in reducing the parties' prior oral agreement to writing would likely have been detected and the development would have gone ahead. The appellants, who rely on the written document, say that a party who fails to exercise due diligence in its business affairs should be refused the equitable remedy of rectification. That is their strongest argument.

3 The principal witness and "directing mind" of the appellant Performance Industries Ltd. ("Performance"), which stands firm on the written document, is Terrance O'Connor. For him, the joint venture ended with his actions being characterized by the trial judge as "fraudulent, dishonest and deceitful" (1999), 246 A.R. 272, at para. 114. The trial judgment made him personally liable (jointly and severally with his company Performance Industries Ltd.) for \$1,047,810, including a

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à se prononcer sur la rectification d'un contrat envisageant la réalisation d'un rêve d'aménagement immobilier qui s'est transformé en cauchemar pour les associés en conflit. On projetait de construire des maisons le long du 18^e trou du terrain de golf de Sylvan Lake, en périphérie de Red Deer, en Alberta. Le projet ne s'est pas concrétisé en raison de la mésentente survenue entre les parties au sujet de la superficie du terrain visé par le contrat d'aménagement.

Il existait un contrat écrit, mais le président de l'intimée ne s'est pas donné la peine de le lire avant de le signer. S'il l'avait fait, l'erreur qui a été commise lorsqu'on a couché par écrit l'entente verbale intervenue antérieurement entre les parties aurait vraisemblablement été décelée et le projet d'aménagement aurait été réalisé. Les appelants, qui se fondent sur l'écrit, affirment qu'une partie qui a omis de faire montre de diligence raisonnable dans ses opérations commerciales doit être déboutée de sa demande en rectification fondée sur l'equity. Il s'agit de leur argument le plus solide.

Le témoin principal et l'« âme dirigeante » de l'appelante Performance Industries Ltd. (« Performance »), qui s'en tient fermement à l'écrit, est Terrance O'Connor. L'entreprise commune lui a finalement valu de voir ses actions être qualifiées par le juge de première instance de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives » ((1999), 246 A.R. 272, par. 114). Ce dernier l'a condamné personnellement (solidairement avec sa société Performance Industries Ltd.) à verser la somme de

\$200,000 award of punitive damages, plus costs on a solicitor-client basis. He and his company appeal to this Court on various errors of law, few of which were argued before the trial judge.

For his erstwhile partner, Frederick Bell, whose corporate vehicle is Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. (“Sylvan”), his commercial aspirations have been trapped in the courts for seven years. This was because, so the trial judge found, O’Connor swore false affidavits, refused to produce relevant documents, gave false testimony in the course of two separate trials, and did “everything in his power to prevent the truth from coming to light” (para. 115). Bell is now said to be a spent force, “divorced [and lacking] the initiative or drive and determination to proceed with such a development at his present age” (para. 90). Bell obtained a \$200,000 punitive damage award at trial, but this was disallowed by the Alberta Court of Appeal ((2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116). In its cross-appeal, his company, Sylvan, seeks restoration of that award.

Because of the punitive damages issues, this appeal was heard concurrently with *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, judgment which is being released concurrently with this judgment.

In my view, for reasons which differ somewhat from the memorandum of judgment handed down by the Alberta Court of Appeal, the appeal and the cross-appeal should be dismissed both with costs on a party-and-party basis.

I. Facts

Sylvan had operated a 171.53 acre, 18-hole golf course since 1979 under a lease which gave it a right of first refusal in the event the owner decided to sell the land. On November 3, 1989, a purchaser unrelated to O’Connor or Performance offered to

1 047 810 \$, y compris 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs, plus les dépens établis sur la base procureur-client. Sa société et lui se pourvoient devant notre Cour, invoquant diverses erreurs de droit, dont peu ont été débattues devant le juge de première instance.

Dans le cas de son ancien associé, Frederick Bell, propriétaire de la société Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. (« Sylvan »), le litige qui traîne devant les tribunaux depuis sept ans met un frein à ses aspirations commerciales. Tout cela, de conclure le juge de première instance, parce qu’O’Connor a souscrit des affidavits mensongers, refusé de produire des documents pertinents, donné de faux témoignages au cours de deux procès distincts et fait [TRADUCTION] « tout en son pouvoir pour empêcher la vérité d’éclater au grand jour » (par. 115). Aujourd’hui, Bell serait, dit-on, un homme usé, [TRADUCTION] « divorcé [et sans] l’initiative ou l’enthousiasme et la détermination nécessaires pour s’engager, à son âge, dans une telle entreprise » (par. 90). Bell a obtenu une somme de 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs en première instance, mais la Cour d’appel de l’Alberta a infirmé cet aspect du jugement ((2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116). Dans son pourvoi incident devant notre Cour, sa société, Sylvan, demande le rétablissement de cette décision.

Parce qu’il est question dans les deux cas de dommages-intérêts punitifs, le présent pourvoi a été entendu avec l’affaire *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, qui est décidée en même temps.

Je suis d’avis, pour des motifs quelque peu différents de ceux exposés par la Cour d’appel de l’Alberta, de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens sur la base partie-partie dans les deux cas.

I. Les faits

Sylvan exploitait depuis 1979 un terrain de golf d’une superficie de 171,53 acres et comptant 18 trous, en vertu d’un bail qui lui conférait un droit de premier refus si le propriétaire du golf décidait de le vendre. Le 3 novembre 1989, un acheteur sans

4

2002 SCC 19 (CanLII)

5

6

7

purchase the golf course property for \$1.3 million. Sylvan then had until December 31, 1989 to make the purchase on the same terms and conditions. The outside offer triggered the chain of events that led to this action.

8 O'Connor was familiar with the Sylvan Lake Golf Course, having played it frequently and having hosted his corporate tournament at that site for some years.

9 O'Connor, unbeknownst to Bell, had approached the landowner with a view to purchasing the leased golf course property, without result. He had obtained a financing commitment as early as March 31, 1989, from the Federal Business Development Bank ("FBDB"). On learning that Sylvan had exercised its right of first refusal, O'Connor approached Bell with an offer of financial assistance, which was declined. However, when Bell's former partner dropped out, and Sylvan's efforts to finance the purchase of the golf course through other means proved unsuccessful, Bell went back to O'Connor. Bell testified that at that meeting he discussed with O'Connor how Bell wanted to secure another five years of operation of the golf course with a chance at the end of that time to secure his retirement by the development of the 18th hole for residential development. Negotiations for a joint venture ensued near the end of November or early December 1989.

10 After a number of preliminary meetings, O'Connor spent about two and a half hours at Bell's home during the December 16-17 weekend. The two men met at length in O'Connor's truck a day or two later. The trial judge found that Bell and O'Connor came to a verbal agreement on the terms of their joint venture. They would pool their resources plus a \$700,000 mortgage from the FBDB to purchase the property. Sylvan (Bell) would thereafter operate the facilities for five years for its own account without any day-to-day involvement of O'Connor. In brief, at the conclusion of five years, Sylvan would be bought out by Performance

aucun lien avec O'Connor ou Performance a offert d'acheter le terrain de golf pour la somme de 1,3 million de dollars. Sylvan avait jusqu'au 31 décembre 1989 pour faire l'acquisition du golf aux mêmes conditions. L'offre extérieure a déclenché la succession d'événements qui ont conduit à la présente action.

O'Connor connaissait le terrain de golf de Sylvan Lake, puisqu'il y avait joué fréquemment et y avait organisé le tournoi de golf de son entreprise pendant quelques années.

À l'insu de Bell, O'Connor avait discuté avec le propriétaire du terrain de golf loué par Sylvan de la possibilité d'acquérir le terrain, mais sans succès. Dès le 31 mars 1989, il avait obtenu un engagement de financement de la Banque fédérale de développement (« BFD »). Lorsqu'il a appris que Sylvan avait exercé son droit de premier refus (ou droit de préemption), O'Connor a fait une offre d'aide financière à Bell, qui l'a refusée. Toutefois, lorsque l'ancien associé de Bell s'est désisté et que les efforts de Sylvan en vue de financer par d'autres moyens l'achat du golf se sont révélés infructueux, Bell a repris contact avec O'Connor. Bell a témoigné que, au cours de leur rencontre, il avait dit à O'Connor qu'il souhaitait s'assurer la faculté d'exploiter le golf pendant une autre période de cinq ans, ainsi que la possibilité, au terme de cette période, de réaliser un complexe domiciliaire près du 18^e trou, dans le but de s'assurer une retraite confortable. Des négociations en vue d'établir une coentreprise se sont amorcées vers la fin novembre ou le début décembre 1989.

Après un certain nombre d'entretiens préliminaires, O'Connor a passé environ deux heures et demie à la résidence de Bell au cours de la fin de semaine des 16 et 17 décembre. Les deux hommes ont discuté abondamment dans le camion d'O'Connor un ou deux jours plus tard. Le juge de première instance a estimé que Bell et O'Connor s'étaient entendus verbalement sur les modalités de leur coentreprise. Ils mettraient en commun leurs ressources ainsi qu'un prêt hypothécaire de 700 000 \$ consenti par la BFD pour acheter le terrain de golf. Sylvan (Bell) l'exploiterait ensuite pour son propre compte pendant cinq ans, sans la participation journalière

(O'Connor) for an agreed sum less any money then outstanding on the FBDB mortgage.

For present purposes, the only contentious issue was the option for a residential development to be undertaken by Bell (or a third party) “along the 18th fairway”. O'Connor and Bell did not discuss a metes and bounds description of the optioned land, but Bell testified, and the trial judge accepted, that he showed O'Connor photographs and plans of the sort of development he had in mind, namely a *double row* of houses (i.e., on both sides of a street) clustered around a *cul-de-sac* along the length of the 18th fairway (480 yards). A photograph of a comparable golf course development where Bell had lived in the Bayview area of Toronto formed part of the negotiations (and was marked at trial as Exhibit 1, Tab 67). O'Connor agreed to option the land to permit such a development, otherwise (as the trial judge found) Bell would not have agreed to the five-year joint venture. The parties agreed that the purchase price of the optioned land would be \$400,000 by a third party (or \$200,000 if the existing owner Sylvan (Bell) chose to develop the parcel).

As part of the agreement, O'Connor undertook to have his lawyer reduce the verbal terms to writing. In due course, a document was produced. Clause 18, the option, accurately specified the 480-yard length of the proposed development, but instead of sufficient width to permit a double row of houses (approximately 110 yards), clause 18 allowed only enough land for a single row of houses (110 feet). This misstatement of the oral agreement was thus pleaded in para. 9 of the Statement of Claim:

Paragraph 18 of the December 21st, 1989 written Agreement did not accurately reflect the terms of the oral agreement made between Performance and Sylvan in that it misdescribed the width of the lands subject

d'O'Connor. Au terme de la période de cinq ans, Sylvan serait achetée par Performance (O'Connor) pour une somme déterminée, déduction faite de tout solde de l'emprunt hypothécaire obtenu de la BFD.

Dans le présent pourvoi, le seul point litigieux est l'option relative à la construction du complexe domiciliaire susceptible d'être exécutée par Bell (ou par un tiers) au [TRADUCTION] « 18^e trou ». O'Connor et Bell n'ont pas discuté de la description technique du terrain visé par l'option, mais dans son témoignage Bell a affirmé — et le juge de première instance l'a cru — avoir montré à O'Connor des photographies et des plans du type de complexe qu'il envisageait, à savoir une *double* rangée de maisons (c.-à-d. de chaque côté d'une rue) regroupées autour d'un cul-de-sac le long du 18^e trou (qui mesure 480 verges). Une photographie montrant un complexe comparable — qui est situé près d'un terrain de golf et où Bell a habité dans la région torontoise de Bayview — a été produite dans le cours des négociations (et déposée en preuve sous la cote P1, onglet 67). O'Connor a accepté de consentir une option visant l'achat de terrains en vue de permettre la construction d'un tel complexe, option sans laquelle (a conclu le juge de première instance) Bell n'aurait pas accepté la coentreprise de cinq ans. Les parties ont convenu que le prix d'achat des terrains visés par l'option serait de 400 000 \$ en cas d'acquisition par un tiers (ou de 200 000 \$ si Sylvan (Bell), qui en était alors propriétaire, décidait de les aménager).

Comme convenu, O'Connor a confié à son avocat la tâche de coucher par écrit les termes de l'entente verbale. Un document a été produit en temps voulu. La clause 18, établissant l'option, mentionnait de façon précise la longueur de 480 verges du complexe proposé, mais au lieu de prévoir une largeur suffisante pour permettre la construction d'une double rangée de maisons (environ 110 verges), elle ne faisait état que d'une largeur suffisante pour une seule rangée de maisons (110 pieds). Cette constatation inexacte de l'entente verbale a été invoquée ainsi, au par. 9 de la déclaration :

[TRADUCTION] Le paragraphe 18 de la Convention écrite du 21 décembre 1989 ne reflète pas fidèlement les termes de l'entente verbale intervenue entre Performance et Sylvan, en ce qu'il décrit faussement la largeur des

11

2002 SCC 19 (CanLII)

12

to the Agreement as “One Hundred and Ten (110 ft.) feet in width east to west”, when the width of the lands comprising the 18th hole was approximately 110 *yards* in width east to west. [Emphasis in original.]

Bell had in mind a development of about 58 homes on about 11 acres. O’Connor’s draft allowed 3.6 acres. Bell testified, and the trial judge accepted, that he had specifically told O’Connor during the negotiations that a single row housing development (which is all that clause 18 would permit) would “be a waste of land and an uneconomic use of the 18th hole” (para. 42).

13 Clause 18 of the Joint Venture Agreement, as drawn up by O’Connor’s lawyer, provided as follows:

18. The parties agree that sale of a portion of the lands for development of residential housing is contemplated by both of them within the term of Sylvan’s tenancy. Such portion of the lands is: one hundred ten (110 ft) feet in width east to west and approximately four hundred eighty (480 yds) yards in length north to south, and abutted by the eastern border of the lands along its entire length. The parties agree that, if they are presented with an appropriate offer, those lands will be sold to a third party developer. It is agreed that such appropriate offer will offer the sum of at least four hundred thousand (\$400,000) dollars cash for those lands and provide for the continued, uninterrupted existence of the golf course consisting of no less than six thousand two hundred fifty (6250 yds) yards in length with all eighteen fairways well divided, defined and reasonably wide (for reference sake the parties agree that the fairways of the golf course are, at the date of this agreement, for the most part well divided, defined and reasonably wide). [Emphasis added.]

14 On December 21, 1989, O’Connor and Bell signed the Joint Venture Agreement as well as the documentation to finance the purchase of all of the land. The documents were then delivered to the solicitor for Sylvan, who reviewed it, and suggested revisions, which led to the signing of an amended Joint Venture Agreement on December 27, 1989. Sylvan’s solicitor testified at trial that he did not

terrains visés par la convention comme étant « cent dix pieds (110 pi.) de largeur dans une orientation est-ouest », alors que la largeur des terrains du 18^e trou était d’environ 110 *verges* dans une orientation est-ouest. [En italique dans l’original.]

Bell envisageait la construction d’environ 58 maisons, sur à peu près 11 acres. Le projet de convention établi par O’Connor ne prévoyait que 3,6 acres. Le juge de première instance a ajouté foi à l’affirmation de Bell selon laquelle il avait expressément dit à O’Connor, au cours des négociations, que la construction d’une seule rangée de maisons (qui était tout ce que la clause 18 permettait) serait [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain et une utilisation non rentable du 18^e trou » (par. 42).

Voici le texte de la clause 18 de la Convention de coentreprise, telle qu’elle avait été rédigée par l’avocat d’O’Connor :

[TRADUCTION]

18. Les deux parties reconnaissent qu’elles envisagent la vente d’une partie des terrains aux fins de construction d’un complexe domiciliaire pendant la durée de la tenance à bail de Sylvan. Cette parcelle est décrite ainsi : cent dix (110) pieds de largeur dans une orientation est-ouest et environ quatre cent quatre-vingt (480) verges de longueur dans une orientation nord-sud, et contiguë à la limite est du terrain sur toute sa longueur. Les parties conviennent que, si elles reçoivent une offre convenable, ces terrains seront vendus à un tiers promoteur. Il est convenu que constituerait une offre convenable le paiement d’une somme d’au moins quatre cent mille dollars (400 000 \$) en espèces pour ces terrains, en plus de l’engagement d’assurer sans interruption l’existence du terrain de golf, qui doit avoir une superficie minimale de six mille deux cent cinquante (6250) verges de longueur et compter dix-huit trous bien divisés, bien définis et raisonnablement larges (à titre d’information, les parties reconnaissent que, à la date de la présente convention, les trous du terrain de golf sont pour la plupart bien divisés, bien définis et raisonnablement larges). [Je souligne.]

Le 21 décembre 1989, O’Connor et Bell ont signé la Convention de coentreprise de même que la documentation relative au financement de l’achat de l’ensemble de la propriété. Les documents ont alors été communiqués à l’avocat de Sylvan, qui les a examinés et a suggéré quelques modifications, ce qui a eu pour effet de retarder au 27 décembre 1989 la signature de la Convention de coentreprise

discuss the optioned property dimensions with Bell, and Bell said he never read the option clause. All copies of the documents had been left with his lawyer. O'Connor's solicitor was not called to testify, an omission that caused the trial judge to draw the adverse inference that if the lawyer had testified, it would not have assisted O'Connor.

O'Connor knew from Bell's comment during the negotiations that he would not sign an agreement without the option for sufficient land to create the "Bayview" layout development with two rows of housing. Anything less would be "a waste". O'Connor therefore knew when Bell signed the document that he had not detected the substitution of 110 *feet* for 110 *yards*.

In 1990, Bell experienced some "cash flow difficulties" that led to a modification to the financial terms of the Agreement, but pressed ahead with plans for the potential development. For a time in 1992, he worked with UMA Engineering Ltd. He subsequently retained Norman Truth, a development consultant, who produced alternative plans and sketches for developments of 50 and 58 houses along the 18th fairway. Truth estimated the 58-house project on or about 10.9 acres would net \$820,100. In some respects, Bell was looking for more land than O'Connor had verbally agreed to. The proposals would, as contemplated from the outset, involve a measure of realignment of the 18th fairway. Bell therefore left these development proposals with O'Connor, who said he would review them. In the meantime, the lands in the golf course had been annexed to the Town of Sylvan Lake and there was potential for development of the entire 171.5 acres, much to O'Connor's benefit.

modifiée. Au procès, l'avocat de Sylvan a témoigné ne pas avoir discuté avec Bell des dimensions de la parcelle visée par l'option, et Bell a déclaré ne jamais avoir lu la clause relative à l'option. Tous les exemplaires des documents avaient été remis à son avocat. L'avocat d'O'Connor n'a pas été appelé à témoigner, omission qui a amené le juge du procès à tirer la conclusion défavorable à O'Connor selon laquelle la déposition de l'avocat n'aurait pas aidé la cause d'O'Connor.

O'Connor savait, à la lumière des commentaires formulés par Bell durant les négociations, que ce dernier ne signerait aucune Convention ne lui accordant pas la faculté d'acquérir suffisamment de terrain pour aménager un complexe de type « Bayview » comportant deux rangées de maisons. Toute superficie inférieure serait [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain ». O'Connor savait par conséquent que, lorsque Bell avait signé le document, il n'avait pas remarqué qu'on avait substitué la mesure 110 *pieds* à la mesure 100 *verges*.

En 1990, Bell a connu quelques [TRADUCTION] « problèmes de trésorerie » qui ont entraîné une modification des modalités financières de la Convention, mais il n'en a pas moins poursuivi l'élaboration des plans de l'éventuel complexe. Pendant un certain temps en 1992, il y a travaillé avec la société UMA Engineering Ltd. Il a subsequmment retenu les services de Norman Truth, consultant en aménagement, qui a préparé d'autres plans et croquis proposant la construction de 50 et 58 maisons le long du 18^e trou. M. Truth estimait que le projet de construction de 58 maisons sur une parcelle d'environ 10,9 acres pourrait rapporter 820 100 \$. À certains égards, Bell envisageait une superficie plus vaste que celle dont avait convenu verbalement O'Connor. Conformément à ce qui avait été envisagé dès le départ, ces propositions impliquaient un certain réaménagement du tracé du 18^e trou. Bell a donc remis ces propositions d'aménagement à O'Connor, qui a dit qu'il les examinerait. Entre-temps, les terrains du parcours de golf avaient été annexés à la ville de Sylvan Lake et il était devenu possible d'aménager l'ensemble des 171,5 acres, situation très avantageuse pour O'Connor.

15

16

17 Time went by. In May 1993, Bell again contacted O'Connor, who promised to review the proposal, but did not respond either then or even after a later meeting arranged by Bell's wife. The clock was running because the option required the development to be completed by December 31, 1994. Finally, by letter dated June 8, 1993, O'Connor's lawyer advised Bell that "[i]t is very unlikely that Performance Industries Ltd. will approve of any development plan which is not strictly in line with the Agreement".

18 Bell testified that at that point, for the first time, he read clause 18 and realized that it did not conform to the oral agreement. O'Connor, he concluded, had slipped in a change of dimensions that turned a viable project into "a waste of land". Bell says he was incensed. He attended at O'Connor's office for what he described as a heated meeting.

19 Attempts were made to resolve the dispute, but O'Connor continued to insist that Bell's right to develop the property was limited under clause 18 of the Agreement to a strip of land 110 feet wide on the easterly boundary of the golf course adjacent to the 18th hole. Bell continued to insist that O'Connor live up to the verbal agreement, which would require 110 feet being read as 110 yards.

20 In December 1994, the 5-year duration of the joint venture coming up for expiry, O'Connor tendered the funds required to buy out Sylvan's interest. Bell refused to allow Sylvan to relinquish possession of the land, and O'Connor commenced an action for specific performance. The Alberta Court of Queen's Bench granted an order for specific performance and O'Connor assumed possession of the property and built a clubhouse at the 18th hole. Also in late 1994, Sylvan commenced the present action against Performance and O'Connor for rectification of the Agreement or damages in lieu thereof, punitive damages and solicitor-client costs.

Puis le temps a passé. En mai 1993, Bell a de nouveau communiqué avec O'Connor, qui a promis d'examiner la proposition mais n'y a pas répondu, ni à ce moment ni après une rencontre subséquente organisée par l'épouse de Bell. Le temps continuait cependant de courir, car l'option exigeait que l'aménagement soit complété au plus tard le 31 décembre 1994. Finalement, dans une lettre datée du 8 juin 1993, l'avocat d'O'Connor a avisé Bell qu'[TRADUCTION] « [i]l [était] très peu probable que Performance Industries Ltd. approuve tout projet d'aménagement qui ne soit pas strictement conforme à la Convention ».

Bell a témoigné qu'à ce moment, pour la première fois, il a lu la clause 18 et constaté qu'elle ne correspondait pas à l'entente verbale. O'Connor, a-t-il conclu, avait introduit un changement de dimension qui avait transformé un projet viable en [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain ». Il était furieux, a-t-il dit. Il s'est rendu au bureau d'O'Connor, où ils ont eu une discussion qu'il a qualifiée de très animée.

Des efforts ont été déployés afin de résoudre le différend, mais O'Connor continuait à maintenir que, aux termes de la clause 18 de la Convention, Bell n'avait le droit d'aménager la propriété que sur une bande de terrain de 110 pieds de largeur, contiguë au 18^e trou, du côté est du terrain de golf. Bell, pour sa part, continuait d'exiger qu'O'Connor respecte l'entente verbale, ce qui impliquait qu'on considère que la mention 110 pieds signifiait plutôt 110 verges.

En décembre 1994, avant l'expiration de la période de validité de cinq ans de la coentreprise, O'Connor a offert les sommes nécessaires pour racheter la participation de Sylvan. Bell a refusé de permettre à Sylvan de se départir de la possession du terrain et O'Connor a engagé une action demandant l'exécution forcée de la Convention. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a fait droit à l'action et O'Connor a pris possession de la propriété et construit un pavillon au 18^e trou. Également à la fin de 1994, Sylvan a entamé contre Performance et O'Connor la présente action sollicitant soit la rectification de la Convention soit des dommages-intérêts en tenant lieu, des dommages-intérêts punitifs et les dépens sur la base procureur-client.

II. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1999), 246 A.R. 272

Wilkins J. noted that the onus was on the plaintiff “to establish both that Bell was mistaken as to the description of the development property when he signed the Agreement and that O’Connor knew of his mistake” (para. 66).

In the view of Wilkins J., “O’Connor’s conduct in attempting to take advantage of the mistake he knew Bell to have made in signing the Agreement is equivalent to a fraud or a misrepresentation amounting [to] fraud or sharp practice” (para. 87). He concluded that “[i]t would be unjust, inequitable and unconscionable for this court not to offer redress to Bell in the face of that conduct” (para. 87). Accordingly, it was “clear from the evidence” that Bell is entitled to rectification of clause 18 of the Agreement. Sylvan was awarded damages in lieu of specific performance of the rectified Joint Venture Agreement.

The compensatory damages were assessed on the basis of “the amount of money that Bell would have been entitled to [receive] had he been permitted to complete the residential development of the 18th hole in accordance with the terms of the rectified clause 18” (para. 92). Wilkins J. was satisfied that a development of 58 houses could have “been constructed and substantially marketed prior to December 31, 1994” (para. 93). In the result, he assessed damages on the basis of the 58-lot development on the 480-yard 18th fairway in the amount of \$820,100. From this he subtracted \$200,000 (being the amount Sylvan (Bell) would have had to pay Performance (O’Connor) to exercise the \$400,000 option) for a net of \$620,100.

With respect to punitive damages, Wilkins J. reiterated that he found “the actions of O’Connor to be tantamount to fraud, equivalent to a misrepresentation in the nature of fraud, and sharp practice” (para. 109). O’Connor’s “actions demand an award which will stand as an example to others

II. L’historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (1999), 246 A.R. 272

Le juge Wilkins a souligné qu’il incombait au demandeur [TRADUCTION] « d’établir à la fois que Bell se trompait quant à la description du bien-fonds à aménager lorsqu’il a signé la Convention et qu’O’Connor savait qu’il se trompait » (par. 66).

Selon le juge Wilkins, [TRADUCTION] « [l]a façon dont O’Connor s’est comporté en tentant de tirer avantage de l’erreur qu’il savait que Bell avait commise en signant la Convention équivaut à une fraude ou à une assertion inexacte assimilable à fraude ou à dol » (par. 87). Il a conclu qu’[TRADUCTION] « [i]l serait injuste, inéquitable et abusif que la cour n’accorde pas réparation à Bell devant une telle conduite » (par. 87). En conséquence, il ressortait [TRADUCTION] « clairement de la preuve » que Bell avait droit à la rectification de la clause 18 de la Convention. Sylvan a obtenu des dommages-intérêts au lieu de l’exécution forcée de la Convention de coentreprise rectifiée.

Les dommages-intérêts compensatoires ont été fixés à [TRADUCTION] « la somme que Bell aurait eu le droit de [recevoir] si on lui avait permis de construire le complexe domiciliaire au 18^e trou conformément aux termes de la clause 18 rectifiée » (par. 92). Le juge Wilkins était convaincu qu’un complexe de 58 maisons aurait pu [TRADUCTION] « être construit et en grande partie vendu avant le 31 décembre 1994 » (par. 93). En conséquence, il a fixé 820 100 \$ les dommages-intérêts compensatoires, sur la base de l’aménagement d’un complexe de 58 lots au 18^e trou, qui mesure 480 verges. De cette somme, il a soustrait 200 000 \$ (soit la somme que Sylvan (Bell) aurait eu à verser à Performance (O’Connor) pour lever l’option de 400 000 \$), ce qui a donné un résultat net de 620 100 \$.

Relativement aux dommages-intérêts punitifs, le juge Wilkins a réitéré sa conclusion que les [TRADUCTION] « actions d’O’Connor étaient assimilables à une fraude ou à une assertion inexacte participant de la fraude et du dol » (par. 109). Les « actions [d’O’Connor] commandent [sa] condamnation

21

22

23

24

and at the same time assure that [he] does not unduly profit from his conduct” (para. 109). Wilkins J. stated that “[this] latter statement is the only proper basis for an award of punitive damages” (para. 109) in this case. Accordingly, O’Connor’s punitive damages should be awarded “at least to the extent of disgorging the base profit he has realized by his improper conduct” (para. 110). Punitive damages were assessed at \$200,000. For their misbehaviour in the conduct of the action, the defendants (now appellants) were required to pay solicitor-client costs.

à une somme qui aura valeur d’exemple et en même temps fera en sorte qu’[il] ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Le juge Wilkins a dit que [TRADUCTION] « [l]a seconde partie de l’affirmation qui précède est le seul fondement justifiant d’accorder des dommages-intérêts punitifs » (par. 109) en l’espèce. Par conséquent, O’Connor devrait être condamné, au titre des dommages-intérêts punitifs, au paiement d’une somme [TRADUCTION] « à tout le moins suffisante pour lui faire remettre le profit indigne qu’il a réalisé par sa conduite répréhensible » (par. 110). Les dommages-intérêts punitifs ont été établis à 200 000 \$. En raison de leur comportement abusif pendant le déroulement de l’action, les défendeurs (appelants au présent pourvoi) ont été condamnés aux dépens sur la base procureur-client.

25 O’Connor argued that he should not be personally liable for any judgment against Performance in favour of the plaintiff, but Wilkins J. rejected this argument “in its entirety” (para. 119). He said that every step taken in furtherance of this joint venture was directed by O’Connor, as was every attempt to defeat Bell’s legitimate interests in the protracted litigation. “Surely there could never be a clearer case in which the court must pierce the corporate veil and attribute” (para. 119) liability personally to O’Connor. And so he did.

O’Connor a prétendu qu’il ne devait pas être tenu personnellement responsable à l’égard de tout jugement prononcé contre Performance en faveur de la demanderesse, mais le juge Wilkins a « complètement » (par. 119) rejeté cet argument. Le juge a dit que chaque mesure prise pour appuyer cette coentreprise l’avait été à l’instigation d’O’Connor, comme toutes les tentatives visant à miner les intérêts légitimes de Bell dans cet interminable litige. [TRADUCTION] « Il ne saurait certes y avoir de cas plus clair où la cour doit écarter le bénéfice de la personnalité juridique et tenir » (par. 119) O’Connor personnellement responsable. Et c’est ce qu’a fait le juge Wilkins.

B. *Alberta Court of Appeal* (2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116

26 In a *per curiam* decision, the Court of Appeal upheld Wilkins J.’s rulings that the Agreement could be rectified and that the corporate veil could be lifted. It also upheld the damages award, with the exception of the award for punitive damages, which it set aside. The order for solicitor-client costs was similarly upheld.

Dans un arrêt *per curiam*, la Cour d’appel a confirmé la décision du juge Wilkins indiquant que la Convention pouvait être rectifiée et que le bénéfice de la personnalité juridique pouvait être écarté. Elle a aussi confirmé les décisions de ce dernier relativement aux dommages-intérêts, sauf celle concernant les dommages-intérêts punitifs, qu’elle a annulée. Elle a également confirmé l’ordonnance accordant les dépens sur la base procureur-client.

27 With respect to compensatory damages, the Court of Appeal was “not prepared to interfere with the award of damages in this case” (para. 27). It

En ce qui a trait aux dommages-intérêts compensatoires, la Cour d’appel a dit [TRADUCTION] « ne pas être disposée à modifier les

did, however, describe the trial judge's award as "generous" (para. 27).

The Court of Appeal agreed with the trial judge that "the misconduct of the defendants was so outrageous that punishment and deterrence [were] required" (para. 28), but that punitive damages "should be awarded only if they achieve some rational purpose" (para. 28). In the Court of Appeal's view, the "substantial and generous compensatory damages awarded" (para. 29) by the trial judge satisfy both the punishment and deterrence objectives in this case. The Court of Appeal was also of the view that this was not a case where it was necessary to award punitive damages to ensure that the defendant does not profit from his misconduct. O'Connor would have profited under the Agreement even if he had not misbehaved. Accordingly, the Court of Appeal set aside the punitive damages award. In all other respects, the appeal was dismissed.

III. Analysis

When reasonably sophisticated businesspeople reduce their oral agreements to written form, which are prepared and reviewed by lawyers, and changes made, and the documents are then executed, there is usually little scope for rectification. Nor does a falling out between business partners usually attract an award of punitive damages. This case is unusual because of the findings of fraud and deceit made against the appellant O'Connor by the trial judge. The appellants are therefore obliged to try to make their case, if at all, out of the mouth of Bell, with such help as they can find in the law books for their position.

Counsel for the appellants (who was not counsel at trial) seeks to raise three issues, which he describes as follows: (1) the relationship between the plea of

dommages-intérêts en l'espèce» (par. 27). Elle a toutefois qualifié de « généreux » (par. 27) le quantum accordé par le juge de première instance.

La Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge de première instance que [TRADUCTION] « la conduite répréhensible des défendeurs était à ce point inacceptable que des mesures de punition et de dissuasion s'imposaient » (par. 28), mais elle a ajouté que des dommages-intérêts punitifs « ne doivent être accordés que s'ils servent un objectif rationnel » (par. 28). De l'avis de la Cour d'appel, les [TRADUCTION] « dommages-intérêts compensatoires substantiels et généreux accordés » (par. 29) par le juge de première instance satisfaisaient à la fois aux objectifs de punition et de dissuasion en l'espèce. La Cour d'appel estimait également ne pas être en présence d'une affaire où des dommages-intérêts punitifs étaient requis pour faire en sorte que le défendeur ne profite pas de sa conduite répréhensible. O'Connor aurait tiré des bénéfices de l'exécution de la Convention, même s'il ne s'était pas comporté de façon répréhensible. La Cour d'appel a donc annulé la décision accordant les dommages-intérêts punitifs. L'appel a toutefois été rejeté sur tous les autres points.

III. L'analyse

Lorsque des gens d'affaires raisonnablement avertis couchent par écrit leurs ententes verbales, dans des documents qui sont préparés et revus par des avocats puis modifiés avant d'être signés, il y a généralement peu de chances qu'il y ait lieu à rectification. Pas plus d'ailleurs qu'une mésentente entre associés commerciaux n'entraîne ordinairement une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. La présente affaire est inhabituelle en ce que le juge de première instance a conclu à l'existence de fraude et de dol de la part de l'appelant O'Connor. Les appellants doivent par conséquent tenter d'établir le bien-fondé de leurs prétentions, pour peu que cela soit possible, à partir des assertions mêmes de Bell et en s'appuyant sur tout ce qu'ils peuvent trouver dans la jurisprudence au soutien de leur thèse.

L'avocat des appelants (qui ne les représentait pas en première instance) soulève trois points, qu'il énonce ainsi : (1) le rapport entre l'allégation

28

29

30

unilateral mistake and the remedy of rectification (particularly where the mistake is the product of the plaintiff's own negligence); (2) the kind of pleading and proof that a plaintiff who seeks rectification must offer, as well as the proper standard of proof to apply in rectification cases; and, (3) the proper method of quantifying damages ordered in lieu of rectification in cases where the subject matter of the rectified contract is an option for the sale of land. The respondent, as stated, cross-appeals against the quashing of the award of punitive damages.

A. Rectification of the Contract

31

Rectification is an equitable remedy whose purpose is to prevent a written document from being used as an engine of fraud or misconduct "equivalent to fraud". The traditional rule was to permit rectification only for mutual mistake, but rectification is now available for unilateral mistake (as here), provided certain demanding preconditions are met. Insofar as they are relevant to this appeal, these preconditions can be summarized as follows. Rectification is predicated on the existence of a prior oral contract whose terms are definite and ascertainable. The plaintiff must establish that the terms agreed to orally were not written down properly. The error may be fraudulent, or it may be innocent. What is essential is that at the time of execution of the written document the defendant knew or ought to have known of the error and the plaintiff did not. Moreover, the attempt of the defendant to rely on the erroneous written document must amount to "fraud or the equivalent of fraud". The court's task in a rectification case is corrective, not speculative. It is to restore the parties to their original bargain, not to rectify a belatedly recognized error of judgment by one party or the other: *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (S.C.C.), at p. 630; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109, at pp. 126-27; *Downtown King West Development Corp. v. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550 (Ont. C.A.), at p. 558; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 867; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th

d'erreur unilatérale et la réparation que constitue la rectification (particulièrement lorsque l'erreur est le fruit de la propre négligence du demandeur); (2) le type d'allégations et de preuve que doit présenter le demandeur qui sollicite la rectification, de même que la norme de preuve applicable en pareil cas; (3) la méthode appropriée pour quantifier les dommages-intérêts accordés à la place de la rectification lorsque l'objet du contrat rectifié est une option portant sur la vente de terrains. Comme il a été mentionné plus tôt, l'intimée se pourvoit de façon incidente contre l'annulation de la décision accordant les dommages-intérêts punitifs.

A. Rectification du contrat

La rectification est une réparation en equity visant à empêcher qu'un écrit soit utilisé comme moyen de commettre une fraude ou de se livrer à une conduite répréhensible [TRADUCTION] « équivalent à fraude ». La règle traditionnelle ne permettait la rectification qu'en cas d'erreur mutuelle, mais il y a maintenant ouverture à rectification en cas d'erreur unilatérale (comme dans la présente affaire), pourvu que certains préalables rigoureux soient réunis. Dans la mesure où ils sont pertinents en l'espèce, ces préalables peuvent être résumés ainsi. La rectification est fondée sur l'existence d'un contrat verbal préalable dont les conditions sont déterminées et déterminables. Le demandeur doit établir que les conditions convenues verbalement n'ont pas été couchées adéquatement par écrit. L'erreur peut être frauduleuse ou innocente. L'exigence essentielle est que, au moment de la signature de l'écrit, le défendeur connaissait l'erreur ou aurait dû la connaître, et que le demandeur n'en connaissait pas l'existence. De plus, la tentative du défendeur d'utiliser l'écrit erroné doit constituer « une fraude ou l'équivalent d'une fraude ». La tâche des tribunaux dans une affaire de rectification est de corriger et non de faire des supputations. Elle consiste à reconstituer le marché original conclu par les parties, et non à rectifier une erreur de jugement qu'une partie aurait reconnue tardivement : *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (C.S.C.), p. 630; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109, p. 126-127; *Downtown King West Development Corp. c. Massey*

ed. 1999), at para. 336. In *Hart*, *supra*, at p. 630, Duff J. (as he then was) stressed that “[t]he power of rectification must be used with great caution”. Apart from everything else, a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts.

B. Preliminary Objection

The respondent says the appellants ought not to be allowed to argue various objections to rectification that were not raised at trial. The alleged uncertainty about the terms of the prior oral agreement, for example, is an issue that did not come into bloom until after the appellants had lost in the Alberta Court of Appeal. There is some merit in this objection. Unless the parties have fully addressed a factual issue at trial in the evidence, and preferably in argument for the benefit of the trial judge, there is always the very real danger that the appellate record will not contain all of the relevant facts, or the trial judge’s view on some critical factual issue, or that an explanation that might have been offered in testimony by a party or one or more of its witnesses was never elicited. As Duff J. put it in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

In my view, the appellants’ contentions on the rectification issues are fact-based, but are manageable on the evidentiary record and raise important issues of law and equity. The Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the

Ferguson Industries Ltd. (1996), 133 D.L.R. (4th) 550 (C.A. Ont.), p. 558; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 867; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), par. 336. Dans l’arrêt *Hart*, précité, p. 630, le juge Duff (plus tard Juge en chef du Canada) a souligné que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu’avec grande prudence ». Tout assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits.

B. Objection préliminaire

L’intimée prétend que les appelants ne devraient pas être admis à plaider des objections à la rectification qui n’ont pas été soulevées au procès. Par exemple, l’incertitude qui caractériserait les conditions de l’entente verbale antérieure est une question que n’ont soulevée les appelants qu’après avoir été déboutés par la Cour d’appel de l’Alberta. Cette objection n’est pas sans fondement. À moins que les parties n’aient traité de façon exhaustive une question de fait au procès en présentant leur preuve, et de préférence au cours des plaidoiries devant le juge, il y a toujours un risque très réel que le dossier d’appel ne comporte pas tous les faits pertinents ou l’opinion du juge de première instance sur quelque question de fait cruciale, ou encore que n’ait jamais été obtenue une explication qui aurait pu être donnée par une partie ou par un ou plusieurs de ses témoins en déposant. Comme l’a dit le juge Duff dans l’arrêt *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539 :

[TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d’appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu’il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage.

À mon avis, les prétentions des appelants au sujet des questions touchant à la rectification reposent sur des faits, mais elles peuvent être examinées à la lumière de la preuve au dossier et elles soulèvent d’importantes questions de droit et d’équité. Il est loisible à la Cour, dans le cadre d’un pourvoi,

opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice.

d'examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu'il en résulte de préjudice d'ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d'entraîner une injustice.

34 Here the respondent sought and obtained an equitable remedy to rectify a situation which need never have arisen had Bell properly read the draft document in December 1989. He who seeks equity must do equity. If equitable relief had been wrongfully granted, we should not close our eyes to a fatal objection because of counsel's oversight at trial. The facts vital to the appellants' new legal position are readily ascertainable in the evidence and the necessary findings are implicit, if not always explicit, in the trial judge's reasons.

En l'espèce, l'intimée a demandé et obtenu une réparation en equity pour faire rectifier une situation qui n'aurait jamais dû se produire si Bell avait lu adéquatement le projet de convention en décembre 1989. Qui sollicite l'équité doit lui-même agir avec équité. Si la réparation en equity a été accordée à tort, nous ne devrions pas faire abstraction d'une objection fatale parce que l'avocat a omis de la soulever au procès. Les faits essentiels à la nouvelle thèse juridique avancée par les appelants sont faciles à dégager de la preuve et les conclusions nécessaires sont implicites, sinon toujours explicites, dans les motifs du juge de première instance.

C. *The Conditions Precedent to Rectification*

C. *Les préalables à la rectification*

35 As stated, high hurdles are placed in the way of a businessperson who relies on his or her own unilateral mistake to resile from the written terms of a document which he or she has signed and which, on its face, seems perfectly clear. The law is determined not to open the proverbial floodgates to dissatisfied contract makers who want to extricate themselves from a poor bargain.

Comme il a été indiqué précédemment, la personne en affaires qui invoque sa propre erreur unilatérale pour se soustraire aux conditions — couchées par écrit — d'un document qu'elle a signé et qui, à première vue, semble parfaitement clair, doit surmonter de sérieux obstacles. Le droit est résolu à prévenir la proverbiale avalanche de poursuites que pourraient vouloir engager des contractants insatisfaits, qui veulent se délier d'un marché peu avantageux.

36 I referred earlier to the four conditions precedent, or "hurdles" that a plaintiff must overcome. To these the appellants wish to add a fifth. Rectification, they say, should not be available to a plaintiff who is negligent in reviewing the documentation of a commercial agreement. To the extent the appellants' argument is that in such circumstances the Court may exercise its discretion to refuse the equitable remedy to such a plaintiff, I agree with them. To the extent they say the want of due diligence (or negligence) on the plaintiff's part is an absolute bar, I think their proposition is inconsistent with principle and authority and should be rejected.

J'ai évoqué plus tôt les quatre préalables, ou « obstacles », que le demandeur doit surmonter. Les appelants cherchent à en ajouter un cinquième. La rectification ne devrait pas, affirment-ils, être ouverte à un demandeur qui a été négligent dans l'examen de la documentation relative à un contrat commercial. Dans la mesure où leur argument signifie que, en pareils cas, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder la réparation en equity à un tel demandeur, je suis d'accord avec eux. Dans la mesure où ils affirment que l'absence de diligence raisonnable (ou la négligence) d'un demandeur constitue un empêchement absolu, je crois que leur thèse est incompatible avec les principes et les autorités, et qu'elle devrait être rejetée.

The first of the traditional hurdles is that Sylvan (Bell) must show the existence and content of the inconsistent prior oral agreement. Rectification is “[t]he most venerable breach in the parol evidence rule” (Waddams, *supra*, at para. 336). The requirement of a prior oral agreement closes the “floodgate” to unhappy contract makers who simply failed to read the contractual documents, or who now have misgivings about the merits of what they have signed.

The second hurdle is that not only must Sylvan (Bell) show that the written document does not correspond with the prior oral agreement, but that O’Connor either knew or ought to have known of the mistake in reducing the oral terms to writing. It is only where permitting O’Connor to take advantage of the error would amount to “fraud or the equivalent of fraud” that rectification is available. This requirement closes the “floodgate” to unhappy contract makers who simply made a mistake. Equity acts on the conscience of a defendant who seeks to take advantage of an error which he or she either knew or ought reasonably to have known about at the time the document was signed. Mere unilateral mistake alone is not sufficient to support rectification but if permitting the non-mistaken party to take advantage of the document would be fraud or equivalent to fraud, rectification may be available: *Hart, supra*, at p. 630; *Ship M. F. Whalen, supra*, at pp. 126-27.

What amounts to “fraud or the equivalent of fraud” is, of course, a crucial question. In *First City Capital Ltd. v. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (B.C.S.C.), McLachlin C.J.S.C. (as she then was) observed that “in this context ‘fraud or the equivalent of fraud’ refers not to the tort of deceit or strict fraud in the legal sense, but rather to the broader category of equitable fraud or constructive fraud. . . . Fraud in this wider sense refers to transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself

Selon le premier des obstacles traditionnels, il incombe à Sylvan (Bell) d’établir l’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure incompatible. La rectification est [TRADUCTION] « [l’]entorse la plus consacrée à la règle de l’exclusion de la preuve extrinsèque » (Waddams, *op. cit.*, par. 336). La condition exigeant une entente verbale antérieure prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de contractants insatisfaits qui ont tout simplement omis de lire les documents contractuels, ou qui éprouvent maintenant des réserves sur le bien-fondé de ce qu’ils ont signé.

Pour franchir le deuxième obstacle, Sylvan (Bell) doit démontrer non seulement que l’écrit ne correspond pas à l’entente verbale antérieure, mais également qu’O’Connor connaissait ou aurait dû connaître l’existence de l’erreur lorsque les conditions convenues verbalement ont été couchées par écrit. Ce n’est que lorsque le fait de permettre à O’Connor de tirer profit de l’erreur constituerait « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » qu’il y a ouverture à rectification. Cette exigence prévient l’avalanche de poursuites de la part de contractants insatisfaits qui ont simplement fait une erreur. L’équité agit sur la conscience du défendeur qui cherche à tirer profit d’une erreur dont il connaissait ou aurait raisonnablement dû connaître l’existence au moment où le document a été signé. À elle seule, une erreur unilatérale ne peut justifier la rectification d’un document, mais il peut y avoir ouverture à cette réparation si le fait de permettre à la partie qui n’était pas dans l’erreur de tirer profit du document constitue une fraude ou l’équivalent d’une fraude : *Hart*, précité, p. 630; *Ship M. F. Whalen*, précité, p. 126-127.

Déterminer ce qui constitue « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » constitue, bien sûr, une question cruciale. Dans *First City Capital Ltd. c. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29, madame le juge en chef McLachlin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (maintenant Juge en chef du Canada) a souligné que, [TRADUCTION] « dans ce contexte, “une fraude ou l’équivalent d’une fraude” ne s’entend pas du délit que constituent le dol ou la fraude stricte au sens juridique du terme, mais plutôt à la catégorie plus vaste des fraudes par implication ou fraudes

37

38

39

of the advantage obtained” (p. 37). Fraud in the “wider sense” of a ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, but “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken”: *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (Ont. H.C.), at p. 19. See also *Montreal Trust Co. v. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257 (Sask. C.A.), *per* Wakeling J.A.; *Alampi v. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (Ont. C.A.); *Stepps Investments Ltd. v. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351 (Ont. H.C.), *per* Grange J. (as he then was), at pp. 362-63; and Waddams, *supra*, at para. 342.

reconnues en equity [. . .] Dans ce sens plus large, la fraude s’entend également d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (p. 37). Au « sens plus large » de fraude donnant ouverture à une réparation en equity, la fraude se présente sous [TRADUCTION] « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », mais « elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » : *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (H.C. Ont.), p. 19. Voir également *Montreal Trust Co. c. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Sask.), le juge Wakeling; *Alampi c. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (C.A. Ont.); *Stepps Investments Ltd. c. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351 (H.C. Ont.), le juge Grange (plus tard juge à la Cour d’appel), p. 362-363, et Waddams, *op. cit.*, par. 342.

40

The third hurdle is that Sylvan (Bell) must show “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention (*Hart, supra, per* Duff J., at p. 630). This requirement closes the “floodgates” to those who would invite the court to speculate about the parties’ unexpressed intentions, or impose what in hindsight seems to be a sensible arrangement that the parties might have made but did not. The court’s equitable jurisdiction is limited to putting into words that — and only that — which the parties had already orally agreed to.

Suivant le troisième obstacle, Sylvan (Bell) doit démontrer [TRADUCTION] « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure (*Hart, précité*, le juge Duff, p. 630). Cette exigence prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de ceux qui inviteraient les tribunaux à spéculer sur les intentions inexprimées des parties ou à imposer ce qui, a posteriori, semble être un arrangement judicieux, qu’auraient pu conclure les parties mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi. La compétence des tribunaux en equity se limite à exprimer en mots ce sur quoi — et uniquement ce sur quoi — les parties s’étaient déjà entendues verbalement.

41

The fourth hurdle is that all of the foregoing must be established by proof which this Court has variously described as “beyond reasonable doubt” (*Ship M. F. Whalen, supra*, at p. 127), or “evidence which leaves no ‘fair and reasonable doubt’” (*Hart, supra*, at p. 630), or “convincing proof” or “more than sufficient evidence” (*Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354, at pp. 371-72). The modern approach, I think, is captured by the expression “convincing proof”, i.e., proof that may fall well short of the criminal standard, but which goes beyond the sort of proof that only reluctantly and

Le quatrième obstacle oblige à établir tous les éléments susmentionnés en apportant, conformément aux diverses façons dont notre Cour l’a décrite, une preuve [TRADUCTION] « au-delà de tout doute raisonnable » (*Ship M. F. Whalen, précité*, p. 127), une preuve [TRADUCTION] « qui ne laisse aucun “doute juste et raisonnable” » (*Hart, précité*, p. 630), une « preuve convaincante » ou une « preuve [. . .] plus que suffisante » (*Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354, p. 371-372). Selon moi, l’approche moderne est bien décrite par l’expression « preuve convaincante », c.-à-d. une preuve qui peut être bien

with hesitation scrapes over the low end of the civil “more probable than not” standard.

Some critics argue that anything more demanding than the ordinary civil standard of proof is unnecessary (e.g., Waddams, *supra*, at para. 343), but, again, the objective is to promote the utility of written agreements by closing the “floodgate” against marginal cases that dilute what are rightly seen to be demanding preconditions to rectification.

It was formerly held that it was not sufficient if the evidence merely comes from the party seeking rectification. In *Ship M. F. Whalen*, *supra*, Duff J. (as he then was) said, at p. 127, “[s]uch parol evidence must be adequately supported by documentary evidence and by considerations arising from the conduct of the parties”. Modern practice has moved away from insistence on documentary corroboration (Waddams, *supra*, at para. 337; Fridman, *supra*, at p. 879). In some situations, documentary corroboration is simply not available, but if the parol evidence is corroborated by the conduct of the parties or other proof, rectification may, in the discretion of the court, be available.

It is convenient at this point to deal with the trial judge’s findings in relation to these traditional requirements. I will then turn to the appellants’ proposed fifth precondition — due diligence on the part of the plaintiff.

(1) The Existence and Content of the Prior Oral Agreement

The appellants’ principal argument against rectification is that the alleged prior oral agreement is void for uncertainty. Reliance is placed on *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72, where rectification of an agreement to purchase a recreational vehicle park was refused because, *per* Finch J.A. (now C.J.B.C.), at para. 7, the parties never agreed on “the precise location of

inférieure à la norme applicable en matière criminelle, mais qui excède toutefois la preuve qui satisfait péniblement à la norme de la « prépondérance des probabilités » applicable en matière civile.

Certains critiques avancent qu’il est inutile de recourir à une norme de preuve plus exigeante que celle ordinairement applicable en droit civil (par exemple, Waddams, *op. cit.*, par. 343), mais une fois de plus, l’objectif est de renforcer l’utilité des ententes écrites en prévenant une « avalanche » d’affaires limites qui affaibliraient des exigences perçues à juste titre comme de rigoureux préalables à la rectification.

Il a déjà été jugé que la preuve était insuffisante si elle émanait seulement de la partie demandant la rectification. Dans l’arrêt *Ship M. F. Whalen*, précité, p. 127, le juge Duff a dit qu’[TRADUCTION] « [u]n tel témoignage oral doit être adéquatement étayé par des éléments de preuve documentaire et par des éléments résultant de la conduite des parties ». La pratique moderne a cessé d’insister sur la présentation d’éléments de preuve documentaire corroborants (Waddams, *op. cit.*, par. 337; Fridman, *op. cit.*, p. 879). Dans certains cas, il est tout simplement impossible d’apporter une telle preuve, mais si le témoignage oral est corroboré par la conduite des parties ou par une autre preuve, le tribunal peut, à son appréciation, accorder la rectification.

Il convient maintenant d’examiner les constatations du juge de première instance au sujet de ces exigences traditionnelles. Je me pencherai ensuite sur le cinquième préalable proposé par les appelants, à savoir l’exercice de diligence raisonnable par l’auteur de la demande.

(1) L’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure

L’argument principal des appelants à l’encontre de la rectification est que l’entente verbale antérieure est nulle pour cause d’incertitude. Ils invoquent l’arrêt *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72, dans lequel la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé d’accorder la rectification d’une convention d’achat d’un terrain de caravaning parce que, de

42

43

44

45

the eastern boundary”, and *Gordeyko v. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201 (Q.B.), where Stratton J. (as he then was) found the evidence uncertain about a notice period envisaged by the prior oral agreement. See also *Kerr v. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662 (N.B.S.C.). Appellants’ counsel quotes Lord Denning’s “pithy” observation that: “[a] mistake made by one party to the knowledge of the other is a ground for avoiding a contract, but not for making one” (*Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253 (C.A.), at p. 265).

l’avis du juge Finch (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique), les parties ne s’étaient jamais entendues sur [TRADUCTION] « l’emplacement précis de la limite est » (par. 7), et l’arrêt *Gordeyko c. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201 (B.R.), où le juge Stratton (plus tard juge à la Cour d’appel) a conclu au caractère incertain de la preuve relative au délai de préavis envisagé par l’entente verbale antérieure. Voir également l’affaire *Kerr c. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662 (C.S.N.-B.). L’avocat des appelants a cité l’observation « lapidaire » suivante de lord Denning : [TRADUCTION] « [l]’erreur commise par une partie, au su de l’autre, est un motif justifiant de résoudre un contrat, non d’en conclure un » (*Byrnlea Property Investments Ltd. c. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253 (C.A.), p. 265).

46 I agree with the appellants that on this point the trial judge’s reasons are somewhat unsatisfactory, but this appears to be because the “uncertainty” argument now made against rectification was not before him. The issue of uncertainty of subject matter was raised neither in the pleadings nor at trial. The trial judge directed his reasons to the points that he believed were in controversy. As to the appellants’ new arguments, one may echo the words of James, V.C., in *Rumble v. Heygate* (1870), 18 W.R. 749 (Ch.), who said, at p. 750, that the objections to the agreement in that case on the basis of uncertainty of quantity of land and of its site “are mere shadows which vanish when examined by the light of common sense”.

Je reconnais avec les appelants que, sur ce point, les motifs du juge de première instance sont quelque peu insatisfaisants, mais cela semble s’expliquer par le fait qu’on ne lui avait pas présenté l’argument fondé sur « l’incertitude » plaidé devant nous à l’encontre de la rectification. La question de l’incertitude concernant l’objet n’a été soulevée ni dans les actes de procédure, ni au procès. Dans ses motifs, le juge de première instance s’est attaché aux points qu’il estimait litigieux. Relativement aux nouveaux arguments des appelants, il convient de rappeler les propos du vice-chancelier James dans *Rumble c. Heygate* (1870), 18 W.R. 749 (Ch.), où ce dernier a dit, à la p. 750, à l’égard des objections formulées dans cette affaire à l’encontre de la validité de l’entente, sur le fondement de l’incertitude caractérisant l’emplacement et la superficie des terrains, elles [TRADUCTION] « ne sont rien d’autre que des ombres qui se dissipent sous la lumière du sens commun ».

47 The Court should attempt to uphold the parties’ bargain where the terms can be ascertained with a reasonable level of comfort, i.e., convincing proof. Here the trial judge predicated his award of compensatory damages on the finding that the optioned land could accommodate 58 single family houses located along the 480 yard length of the 18th fairway. There is no argument about the 480 yards. O’Connor himself plucked the 480 figure from the length of play listed on the Sylvan Lake Golf

La Cour doit tenter de maintenir la validité du marché conclu par les parties lorsqu’il est possible d’en dégager les conditions avec un degré de certitude raisonnable, c.-à-d. si on présente une preuve convaincante. En l’espèce, le juge de première instance a fondé sa décision accordant des dommages-intérêts compensatoires sur la conclusion que le terrain visé par l’option permettait la construction de 58 maisons unifamiliales situées le long des 480 verges du 18^e trou. Personne ne conteste

Club score card. O'Connor's number for the width of the development (110) may also be accepted. The issue is whether the number was intended to express yards or feet. The trial judge appears to have concluded that the dispute about the depth of the residential development (which is all that divided the parties) came down to a simple choice between Bell's version (Plan A) and O'Connor's version (Plan B). Both plans were predicated on the length of the 18th fairway, namely 480 yards. Plan B, which O'Connor had described in the document, contemplated a single row of houses on a development plan 110 *feet* deep. Bell's Plan A was based on two rows of housing separated by a road allowance, in a configuration similar to that shown in the aerial photo of the Bayview development discussed by Bell and O'Connor at their December 16-17 meeting. Plan A called for a depth of about 110 *yards*. If Plan B's 110-*foot* depth is tripled to 110 *yards*, the acreage under option would be roughly tripled from about 3.6 acres (Plan B) to about 10.9 acres (Plan A), which accommodates the 58 lots plus the standard municipal road allowance. The problem in *I.C.R.V. Holdings, supra*, was that the parties never agreed on the boundary. Here the trial judge concluded that there *was* agreement even though the parties did not express themselves to each other in lawyerly language. This not infrequently happens: *Bloom v. Averbach*, [1927] S.C.R. 615, *per* Lamont J., at p. 621:

It is suggested that had the letters been handed to a lawyer to prepare a formal contract therefrom, he would not have been able to determine what assets were to be included in the term "building, machinery and fixtures," or what were to be covered by "stock, etc." It may be that he would not, but that is not the test. The test is, did the parties themselves clearly understand what was comprised in each. In other words were their minds *ad idem* as to these expressions? [Emphasis added.]

la longueur de 480 verges. O'Connor lui-même a tiré le chiffre 480 de la distance indiquée sur la carte de pointage utilisée au terrain de golf de Sylvan Lake. Le chiffre mentionné par O'Connor quant à la largeur du complexe (110) peut aussi être accepté. Il s'agit de décider si ce chiffre exprimait une profondeur en verges ou en pieds. Le juge de première instance semble avoir conclu que le différend au sujet de la profondeur du complexe domiciliaire (unique objet de désaccord entre les parties) se résumait à un simple choix entre la version de Bell (le « plan A ») et celle d'O'Connor (le « plan B »). Les deux plans étaient basés sur la longueur du 18^e trou, soit 480 verges. Le plan B, qu'O'Connor avait décrit dans le document, envisageait une seule rangée de maisons selon un plan d'aménagement de 110 *pieds* de profondeur. Le plan A de Bell envisageait deux rangées de maisons séparées par une emprise routière, selon un aménagement analogue à celui illustré par la photographie aérienne du complexe de Bayview dont Bell et O'Connor avaient discuté au cours de leur rencontre des 16 et 17 décembre. Suivant le plan A, la profondeur était d'environ 110 *verges*. Si la profondeur de 110 *pieds* du plan B était triplée, passant à 110 *verges*, le bien-fonds visé par l'option triplerait grosso modo de superficie, passant d'environ 3,6 acres (plan B) à environ 10,9 acres (plan A), et pourrait accueillir les 58 lots plus l'emprise routière municipale standard. Dans l'affaire *I.C.R.V. Holdings*, précitée, le problème était que les parties ne s'étaient jamais entendues sur les limites du bien-fonds. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il y *avait eu* accord, même si les parties ne s'étaient pas exprimées en jargon juridique. C'est une situation qui n'est pas rare : *Bloom c. Averbach*, [1927] R.C.S. 615, le juge Lamont, p. 621 :

[TRADUCTION] On prétend que, si les lettres avaient été remises à un avocat pour qu'il prépare un contrat formel à partir de celles-ci, il aurait été incapable de déterminer quels éléments d'actif devaient être inclus dans l'expression « bâtiments, matériel et accessoires fixes » ou ce qui était visé par les mots « stock, etc. » Peut-être n'aurait-il pas été capable de le faire, mais il ne s'agit pas du critère applicable. Voici quel est ce critère : Les parties elles-mêmes comprenaient-elles clairement ce qui était inclus dans chaque expression? En d'autres termes, y avait-il accord des volontés au sujet de ces expressions? [Je souligne.]

48 The trial judge thus found that the parties had made a verbal agreement with reference to a residential development along the 18th hole. It was more than an agreement to agree. He concluded that there was a definite project in a definite location to which O'Connor and Bell had given their definite assent.

49 Although the parties did not discuss a metes and bounds description, they were working on a defined development proposal. O'Connor cannot complain if the numbers he inserted in clause 18 (110 x 480) are accepted and confirmed. The issue, then, is the error created by his apparently duplicitous substitution of feet for yards in one dimension. We know the 480 must be yards because it measures the 18th fairway. If the 110 is converted from feet to yards, symmetry is achieved, certainty is preserved and Bell's position is vindicated.

(2) Fraud or Conduct Equivalent to Fraud

50 The notion of "*equivalent* to fraud" as distinguished from fraud itself, is often utilized where "the court is unwilling to go so far as to find actual knowledge on the side of the party seeking enforcement" (Waddams, *supra*, at para. 342). The trial judge had no such hesitation in this case. He characterized O'Connor's actions as "fraudulent, dishonest and deceitful" (para. 114).

51 The trial judge was persuaded not only of the terms of the prior oral agreement and of Bell's mistake but "beyond any reasonable doubt" of O'Connor's knowledge of that mistake. He states (at para. 79):

This court is satisfied beyond any reasonable doubt that O'Connor knew of Bell's mistake and he chose to permit Bell to sign it in the mistaken belief that it represented the verbal agreement. He did so with the full intention that he would in the future rely on the terms of the Agreement to thwart or reduce any plan by

Le juge de première instance a donc estimé que les parties s'étaient entendues verbalement à l'égard d'un complexe domiciliaire le long du 18^e trou. Il ne s'agissait pas d'un simple avant-contrat. Il a conclu à l'existence d'un projet défini et devant être réalisé à un endroit déterminé dont O'Connor et Bell avaient convenu précisément.

Bien que les parties n'aient pas discuté de la description technique des lieux, elles travaillaient à un projet d'aménagement défini. O'Connor ne saurait se plaindre du fait que les chiffres qu'il a inscrits à la clause 18 (110 x 480) sont acceptés et confirmés. La question, par conséquent, est l'erreur créée par sa substitution apparemment frauduleuse, relativement à une des dimensions, d'une mesure en pieds à une mesure en verges. Nous savons que le chiffre 480 désigne des verges puisqu'il correspond à la distance du 18^e trou. Si le chiffre 110 désigne non pas des pieds mais des verges, il y a alors symétrie des unités de mesure, la certitude est maintenue et la thèse de Bell est confirmée.

(2) Fraude ou conduite équivalant à fraude

La notion de conduite « *équivalant* à fraude », par opposition à la fraude en soi, est souvent utilisée lorsque [TRADUCTION] « le tribunal n'est pas convaincu que la partie qui demande l'exécution a réellement eu connaissance de l'erreur » (Waddams, *op. cit.*, par. 342). Le juge de première instance n'a aucunement hésité à conclure de la sorte en l'espèce. Il a qualifié les actions d'O'Connor de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives » (par. 114).

Non seulement le juge de première instance était-il convaincu des conditions de l'entente verbale antérieure ainsi que de l'erreur de Bell, mais il était également convaincu « hors de tout doute raisonnable » qu'O'Connor connaissait l'existence de cette erreur. Il a dit ceci, au par. 79 :

[TRADUCTION] La cour est convaincue hors de tout doute raisonnable qu'O'Connor connaissait l'existence de l'erreur de Bell et qu'il a choisi de laisser Bell signer la Convention alors que ce dernier croyait erronément que le document représentait l'entente verbale. Il a agi ainsi avec la nette intention d'invoquer

Bell to develop an increased area of the golf course for residential development.

O'Connor thus fraudulently misrepresented the written document as accurately reflecting the terms of the prior oral contract. He knew that Bell would not sign an agreement without the option for sufficient land to create the "Bayview" layout development with two rows of housing as specified in the prior oral contract. O'Connor therefore knew when Bell signed the document that he had not detected the substitution of 110 feet for 110 yards. O'Connor knowingly snapped at Bell's mistake "to thwart or reduce any plan by Bell to develop an increased area of the golf course for residential development". Bell's loss would be O'Connor's gain, as O'Connor (Performance) would come into sole ownership of the optioned land as of December 31, 1994.

Although on occasion the trial judge describes O'Connor's conduct as "equivalent to a fraud", and elsewhere he describes it as actual fraud, his reasons taken as a whole can only be characterized as a finding of actual fraud.

(3) Precise Terms of Rectification

It follows from the foregoing that "the precise form" in which the written document can be made to conform to the oral agreement would be simply to change the word "feet" in the phrase "one hundred ten (110) feet in width" to "yards".

(4) Existence of "Convincing Proof"

The trial judge made his key findings in respect of the prior oral agreement, Bell's unilateral mistake and O'Connor's knowledge of that mistake to a standard of "beyond any reasonable doubt".

ultérieurement les conditions de la Convention pour contrecarrer ou limiter tout projet de Bell d'affecter une partie plus grande du terrain de golf à la construction résidentielle.

O'Connor a donc fait une assertion inexacte et frauduleuse en laissant croire que l'écrit reflétait fidèlement les conditions prévues par l'entente verbale antérieure. Il savait que Bell ne signerait pas un accord ne comportant pas l'option d'acquérir suffisamment de terrain pour réaliser l'aménagement de type « Bayview » comptant deux rangées de maisons qui avait été précisé dans le contrat verbal antérieur. Par conséquent, O'Connor savait que, au moment où il a signé le document, Bell n'avait pas décelé la substitution de la mesure 110 pieds à la mesure 110 verges. O'Connor a sciemment profité de l'erreur de Bell pour [TRADUCTION] « contrecarrer ou limiter tout projet de Bell d'affecter une partie plus grande du terrain de golf à la construction résidentielle ». La perte de Bell se traduirait par un gain pour O'Connor, puisque ce dernier (Performance) allait devenir seul propriétaire du terrain visé par l'option le 31 décembre 1994.

Bien que, à certains endroits, le juge de première instance ait décrit la conduite d'O'Connor comme « équivalant à une fraude » alors qu'ailleurs il l'a qualifiée de véritable fraude, considérés globalement, ses motifs ne peuvent être caractérisés que comme une constatation de véritable fraude.

(3) Formulation précise de la rectification

Il ressort de ce qui précède que la [TRADUCTION] « façon précise » dont peut être formulé l'écrit pour qu'il soit conforme à l'entente verbale antérieure consiste simplement à remplacer le mot « pieds » par le mot « verges » dans la phrase [TRADUCTION] « cent dix (110) pieds de largeur ».

(4) Existence d'une « preuve convaincante »

C'est au regard de la norme de la preuve « hors de tout doute raisonnable » que le juge de première instance a tiré ses conclusions clés à l'égard de l'entente verbale antérieure, de l'erreur unilatérale de Bell et de la connaissance par O'Connor de cette erreur.

52

53

54

55

56 He also found that Bell's version of the verbal agreement was sufficiently corroborated on significant points by other witnesses (including his wife, his former partner, his lawyer and, subsequently, the development consultants), and documents (including his lawyer's notes and the plan of the Bayview Golf Course development discussed in mid-December 1989).

D. *Bell's Lack of Due Diligence*

57 The appellants seek, in effect, to add a fifth hurdle (or condition precedent) to the availability of rectification. A plaintiff, they say, should be denied such a remedy unless the error in the written document could not have been discovered with due diligence.

58 O'Connor says that Bell's failure to read clause 18 and note the mixture of yards and feet should be fatal to his claim because the Court ought not to assist businesspersons who are negligent in protecting their own interests. Alternatively, the effective cause of Bell's loss is not the fraudulent document but Bell's failure to detect the fraud when he had an opportunity to do so.

59 I agree that Bell, an experienced businessman, ought to have examined the text of clause 18 before signing the document. The terms of clause 18 were clear on their face (even though many readers might have misread a description of land that mixed units of measurement as clause 18 did here). He had time to review the document with his lawyer. He did so. Changes were requested. He did not catch the substitution of 110 feet for 110 yards; indeed, he says he did not read clause 18 at all.

60 The trial judge, at para. 76, accepted the evidence of Bell's lawyer who admitted that he had not directed his mind to the limitations of the size of the development parcel found in clause 18, nor had he made any note of bringing those to

Il a aussi conclu que la version donnée par Bell de l'entente verbale était suffisamment corroborée sur des aspects importants par d'autres témoins (dont son épouse, son ancien associé, son avocat et, par la suite, les consultants en aménagement) ainsi que par des documents (notamment les notes de son avocat et le plan du complexe du terrain de golf Bayview discuté vers la mi-décembre 1989).

D. *Le défaut de diligence raisonnable de Bell*

Dans les faits, les appelants cherchent à subordonner la rectification à un cinquième obstacle (ou préalable). Selon eux, cette réparation doit être refusée, sauf dans les cas où l'erreur que comporte l'écrit n'aurait pu être décelée même si l'intéressé avait fait preuve de diligence raisonnable.

O'Connor prétend que le fait que Bell n'ait pas lu la clause 18 et constaté qu'on y utilisait une mesure en verges et une autre en pieds devrait être fatal à sa demande, parce que la Cour ne devrait pas venir en aide aux gens d'affaires qui se montrent négligents dans la protection de leurs intérêts. Par ailleurs, il affirme que la cause réelle de la perte de Bell n'est pas le document frauduleux, mais l'omission de ce dernier de déceler la fraude quand il en a eu l'occasion.

Je reconnais que Bell, homme d'affaires expérimenté, aurait dû examiner le texte de la clause 18 avant de signer le document. Les termes de la clause 18 étaient clairs à première vue (encore que bien des gens auraient pu mal interpréter une description technique où sont utilisées diverses unités de mesure, comme c'est le cas à la clause 18 en l'espèce). Il a eu le temps d'examiner le document avec son avocat. Il l'a fait. Des modifications ont été demandées. Il n'a pas remarqué qu'on avait substitué 110 pieds à 110 verges; de fait, il dit ne pas avoir lu du tout la clause 18.

Au paragraphe 76 de ses motifs, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'avocat de Bell, qui a admis ne pas s'être attardé aux limites prévues à la clause 18 relativement à l'étendue de la parcelle devant être aménagée, ni s'être mis une

Bell's attention which would have been his normal practice.

He could offer no explanation for why he had not done so other than the fact that his focus on receipt of the Agreement signed by Bell was to ensure the completion and registration of documentation to facilitate the closing of [the purchase] on or before December 31, 1989. This court accepts the evidence offered by Mr. Hancock and that of Bell that they at no time discussed the description of property contained in clause 18.

It is undoubtedly true that courts ought to hold commercial entities to a reasonable level of due diligence in documenting their transactions. Otherwise, written agreements will lose their utility and commercial life will suffer. Rectification should not become a belated substitute for due diligence.

On the other hand, most cases of unilateral mistake involve a degree of carelessness on the part of the plaintiff. A diligent reading of the written document would generally have disclosed the error that the plaintiff, after the fact, seeks to have corrected. The mistaken party will often have failed to read the document entirely, or may have read it too hastily or without parsing each word. As the *American Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)* (1981) points out in its commentary under s. 157 ("Effect of Fault of Party Seeking Relief"), "since a party can often avoid a mistake by the exercise of such care, the availability of relief would be severely circumscribed if he were to be barred by his negligence". Comment B discusses "[f]ailure to read writing". "Generally, one who assents to a writing is presumed to know its contents and cannot escape being bound by its terms merely by contending that he did not read them; his assent is deemed to cover unknown as well as known terms." But this proposition is qualified by that Comment's further statement that the "exceptional rule" in s. 157 (which permits rectification or "reformation" of the contract) applies only where there has been an agreement that preceded the writing. "In such a case, a party's negligence in failing to read the writing

note lui rappelant de les porter à l'attention de M. Bell, comme il l'aurait fait normalement :

[TRADUCTION] Il n'a pu expliquer son omission de le faire autrement que par le fait que, après avoir reçu la Convention signée par Bell, il s'était concentré sur le parachèvement et l'enregistrement de la documentation pour faciliter la clôture de [l'acquisition] au plus tard le 31 décembre 1989. La cour accepte le témoignage de M. Hancock et celui de Bell portant qu'ils n'ont à aucun moment parlé de la description technique de la propriété figurant à la clause 18.

Il est incontestable que les tribunaux doivent exiger des entités commerciales qu'elles fassent preuve d'un niveau raisonnable de diligence lorsqu'elles constatent leurs opérations par écrit. Autrement, les contrats écrits perdront leur utilité et les échanges commerciaux en souffriront. La rectification ne doit pas devenir un substitut tardif à l'exercice de diligence raisonnable.

Par ailleurs, la plupart des affaires d'erreur unilatérale impliquent un certain manque de diligence de la part du demandeur. Une lecture attentive du texte du contrat aurait normalement permis de déceler l'erreur dont le demandeur sollicite, après coup, la correction. La partie invoquant l'erreur aura souvent omis de lire le document en entier ou bien elle l'aura lu trop rapidement ou sans en avoir bien pesé chaque mot. Comme on le souligne dans l'ouvrage américain *Restatement of the Law, Second : Contracts (2d)* (1981), au commentaire accompagnant l'art. 157 (« Effect of Fault of Party Seeking Relief »), [TRADUCTION] « étant donné qu'une partie peut souvent éviter une erreur en faisant preuve d'une telle diligence, l'ouverture du recours serait gravement restreinte si la négligence de la partie l'empêchait d'exercer ce recours ». Le commentaire B traite de l'[TRADUCTION] « [o]mission de lire un écrit ». [TRADUCTION] « En règle générale, quiconque donne son assentiment à un écrit est présumé en connaître la teneur et ne peut se soustraire aux obligations qui lui incombent aux termes de ce document simplement en prétendant ne pas les avoir lus; son assentiment est réputé couvrir autant les clauses inconnues que les clauses connues. » Cette proposition est toutefois assortie de la réserve suivante, précisant que la [TRADUCTION] « règle

61

62

does not preclude reformation if the writing does not correctly express the prior agreement”.

63 One reason why the defence of contributory negligence or want of due diligence is not persuasive in a rectification case is because the plaintiff seeks no more than enforcement of the prior oral agreement to which the defendant has already bound itself.

64 The commentary in the American *Restatement* is consistent with the Canadian case law. For example, in *Beverly Motel (1972) Ltd. v. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757 (B.C.S.C.), the vendor signed documents, already signed by the purchaser, in the office of the purchaser’s solicitor that conveyed two lots, the single lot (with a motel) that the vendor had offered for sale and the adjacent residentially zoned vacant lot. Of that group of individuals, only the purchaser noted the error (on the day of signing) and he was “pleased and surprised” another lot had been included. He snapped at the offer but he had played no role in inducing the mistake. Gould J. conceded (at pp. 758-59), “[i]t is quite true that if they [the three shareholders of the vendor] had read the legal description in the documents with any care, they would have caught the error. Obviously they did not so read the legal description, and that is understandable, although careless, because they were with their own solicitor, present in the purchaser’s solicitor’s office, and both solicitors were obviously giving the impression that the final documents were in order and ready for signature”. Gould J. ordered that the second lot be conveyed back to the original vendor because it was “unfair, unjust or unconscionable” (p. 760) for the purchaser “to hold the legal advantage he ha[d] gained” (p. 759). Gould J. acknowledged that the presence of a solicitor can help explain why a party might not himself read the written document. In the present case, Bell left the documentation up to the lawyers without appreciating that he had given his lawyer

exceptionnelle » de l’art. 157 (laquelle permet la rectification ou la « réformation » du contrat) ne s’applique que lorsqu’une entente a précédé l’écrit. [TRADUCTION] « Dans un tel cas, la négligence dont a fait montre une partie en ne lisant pas l’écrit ne fait pas obstacle à la réformation de ce document s’il n’exprime pas adéquatement l’entente préalable ».

L’une des raisons pour lesquelles, dans les affaires de rectification, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive ou le défaut de diligence raisonnable n’est pas convainquant est le fait que le demandeur ne réclame rien de plus que l’exécution de l’entente verbale antérieure par laquelle le défendeur était déjà lié.

Le commentaire formulé dans l’ouvrage américain *Restatement* est compatible avec la jurisprudence canadienne. Par exemple, dans *Beverly Motel (1972) Ltd. c. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757 (C.S.C.-B.), le vendeur a signé, dans le bureau de l’avocat de l’acquéreur, des documents que ce dernier avait déjà signés et qui transféraient la propriété de deux lots, le lot particulier (avec un motel) que le vendeur avait offert en vente et le lot adjacent, qui était vacant et zoné résidentiel. De toutes ces personnes, seul l’acquéreur a (le jour de la signature) remarqué l’erreur et il était [TRADUCTION] « heureux et étonné » de voir qu’un autre lot avait été inclus dans l’opération. L’acquéreur, qui n’a pas manqué de saisir l’occasion, n’avait toutefois joué aucun rôle dans la création de cette erreur. Le juge Gould a reconnu (aux p. 758-759) qu’[TRADUCTION] « [i]l était vrai que s’ils [les trois actionnaires du vendeur] avaient fait un peu attention en lisant la description officielle dans les documents, ils auraient décelé l’erreur. Ils ne l’ont manifestement pas lue avec attention et, quoique leur omission témoigne d’un manque de la diligence, elle est compréhensible puisqu’ils étaient accompagnés de leur propre avocat, qui était présent dans le bureau de l’avocat de l’acquéreur, et que les deux avocats donnaient clairement l’impression que les documents définitifs étaient en règle et prêts à être signés ». Le juge Gould a ordonné la restitution du deuxième lot au vendeur original, car il était [TRADUCTION] « injuste, inéquitable ou abusif » (p. 760) de permettre « à

insufficient information to check O'Connor's figures. He had, at that time, no reason to question O'Connor's integrity.

If want of due diligence had been a good defence to rectification, relief would likely have been refused in *Big Quill Resources Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298, 2001 SKCA 31; *Stepps Investments, supra, per* Grange J., at p. 362; *Prince Albert Credit Union v. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419 (Sask. Q.B.); *Montreal Trust, supra*, at p. 262; *Windjammer Homes Inc. v. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315 (B.C.S.C.).

E. Discretionary Relief

I conclude, therefore that due diligence on the part of the plaintiff is not a condition precedent to rectification. However, it should be added at once that rectification is an equitable remedy and its award is in the discretion of the court. The conduct of the plaintiff is relevant to the exercise of that discretion. In a case where the court concludes that it would be unjust to impose on a defendant a liability that ought more properly to be attributed to the plaintiff's negligence, rectification may be denied. That was not the case here.

F. Fraud

There is, on the facts of this case, a more fundamental reason why the appellants' complaint about Bell's lack of due diligence provides no defence. O'Connor did more than "snap" at a business partner's mistake. O'Connor undertook as part of the verbal agreement to have a document prepared that set out its terms. According to the

l'acquéreur » de conserver l'avantage juridique qu'il venait de recevoir » (p. 759). Le juge Gould a reconnu que la présence d'un avocat pourrait permettre d'expliquer pourquoi une partie peut ne pas avoir lu elle-même le texte d'un document. En l'espèce, Bell a laissé aux avocats le soin de s'occuper des documents, sans s'apercevoir qu'il n'avait pas donné suffisamment d'information à son propre avocat pour lui permettre de vérifier les chiffres d'O'Connor. Il n'avait, à l'époque, aucune raison de mettre en doute l'intégrité d'O'Connor.

Si le défaut de diligence raisonnable avait été un bon moyen de défense à l'encontre d'une demande en rectification, cette réparation aurait probablement été refusée dans les affaires *Big Quill Resources Inc. c. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298, 2001 SKCA 31; *Stepps Investments, précitée*, le juge Grange, p. 362; *Prince Albert Credit Union c. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419 (B.R. Sask.); *Montreal Trust, précitée*, p. 262; *Windjammer Homes Inc. c. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315 (C.S.C.-B.).

E. Réparation à caractère discrétionnaire

En conséquence, je conclus que la diligence raisonnable de la part du demandeur n'est pas un préalable au prononcé d'une ordonnance de rectification. Toutefois, je m'empresse d'ajouter que la rectification est une réparation en equity et que la décision de l'accorder ou non relève du pouvoir discrétionnaire de la cour. La conduite du demandeur est pertinente dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Lorsque le tribunal conclut qu'il serait injuste d'imputer au défendeur une responsabilité qu'il convient plutôt d'attribuer à la négligence du demandeur, il peut refuser d'ordonner la rectification. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

F. Fraude

À la lumière des faits de l'espèce, il existe une raison plus fondamentale expliquant pourquoi l'argument des appelants fondé sur le défaut de diligence raisonnable de Bell ne constitue pas un moyen de défense. O'Connor n'a pas fait que « saisir » l'occasion et profiter de l'erreur d'un associé commercial. Dans l'entente verbale

65

66

67

trial judge, he not only breached that term, it became part of his fraudulent scheme to have the document wrongly state the terms of the option, to fraudulently misrepresent to Bell that it did accurately set out their verbal agreement, to allow Bell to sign it when O'Connor knew Bell was mistaken in doing so, then to delay any response to Bell's development proposals (and thus bring the error to Bell's attention) until it was almost too late for the development to proceed. O'Connor admitted providing his lawyer with the erroneous metes and bounds description in clause 18. It should not, I think, lie in his mouth to say that he should not be responsible for what followed because his fraud was so obvious that it ought to have been detected.

antérieure, O'Connor s'était engagé à faire préparer un document qui en énoncerait les modalités. Selon le juge de première instance, non seulement O'Connor a-t-il violé cet engagement, mais en outre, dans le cadre de son stratagème frauduleux, il a fait en sorte que le document énonce erronément les modalités de l'option, il a laissé croire à Bell, de manière inexacte et frauduleuse, que le document reflétait adéquatement leur entente verbale, il a laissé Bell le signer tout en sachant que ce dernier commettait une méprise en le signant, puis il a tardé à répondre aux propositions d'aménagement de celui-ci (et ainsi évité d'attirer l'attention de ce dernier sur l'erreur) jusqu'à ce qu'il soit devenu presque trop tard pour que le projet de construction puisse être réalisé. O'Connor a admis avoir donné à son avocat la description technique erronée qui figure à la clause 18. À mon avis, il ne devrait pas être autorisé à plaider qu'il ne doit pas être tenu responsable de ce qui est survenu par la suite parce que sa fraude était tellement évidente qu'elle aurait dû être décelée.

68 “[F]raud ‘unravels everything’”: *Farah v. Barki*, [1955] S.C.R. 107, at p. 115 (Kellock J. quoting Farwell J. in *May v. Platt*, [1900] 1 Ch. 616, at p. 623).

[TRADUCTION] « La fraude “corrompt tout” » : *Farah c. Barki*, [1955] R.C.S. 107, p. 115 (le juge Kellock citant les propos du juge Farwell dans *May c. Platt*, [1900] 1 Ch. 616, p. 623).

69 The appellants' concept of a due diligence defence in a fraud case was rejected over 125 years ago by Lord Chelmsford L.C. who said, “when once it is established that there has been any fraudulent misrepresentation or wilful concealment by which a person has been induced to enter into a contract, it is no answer to his claim to be relieved from it to tell him that he might have known the truth by proper inquiry. He has a right to retort upon his objector, ‘You, at least, who have stated what is untrue, or have concealed the truth, for the purpose of drawing me into a contract, cannot accuse me of want of caution because I relied implicitly upon your fairness and honesty’”: *Central R. Co. of Venezuela v. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99, at pp. 120-21.

Le type de moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable que préconisent les appelants dans les affaires de fraude été rejeté dans les termes suivants, il y a plus de 125 ans, par le lord chancelier Chelmsford : [TRADUCTION] « dès qu'il est établi qu'il y a eu assertion inexacte et frauduleuse ou dissimulation intentionnelle ayant induit une personne à conclure un contrat, ne peut alors être opposé à la demande présentée par cette personne en vue d'être déliée du contrat l'argument que celle-ci aurait pu découvrir la vérité par un examen adéquat. Cette personne a le droit de répondre à son adversaire : “Vous, en particulier, qui avez déclaré des faussetés, ou avez caché la vérité, dans le but de m'inciter à conclure le contrat, ne pouvez m'accuser d'avoir manqué de prudence parce que je me suis fondé implicitement sur votre intégrité et votre honnêteté” » : *Central R. Co. of Venezuela c. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99, p. 120-121.

Lord Chelmsford's strictures were quoted and applied by Southin J. (as she then was) in *United Services Funds (Trustees of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322 (S.C.), where she observed that "[c]arelessness on the part of the victim has never been a defence to an action for fraud" (p. 335).

Once the plaintiff knows of the fraud, he must mitigate his loss but, until he knows of it, in my view, no issue of reasonable care or anything resembling it arises at law.

And, in my opinion, a good thing, too. There may be greater dangers to civilized society than endemic dishonesty. But I can think of nothing which will contribute to dishonesty more than a rule of law which requires us all to be on perpetual guard against rogues lest we be faced with a defence of "Ha, ha, your own fault, I fool you". Such a defence should not be countenanced from a rogue. [p. 336]

See also *Dalon v. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89 (B.C.S.C.). To the same effect is Spencer Bower and Turner, *The Law of Actionable Misrepresentation* (3rd ed. 1974), at p. 218:

A man who has told even an innocent untruth, by which he has induced another to alter his position, — much more one who has fraudulently lied with that object and result, — has debarred himself from ever complaining in a court of justice, any more than he could in a court of morals, that the representee acted on the faith of his misstatement in the manner in which he, the representor, intended that he should. He can never be heard to resent the fact that another believed the lie that was told for the very purpose of inspiring that belief, or plead as an excuse that, if the representee had not been such a fool as to trust such a knave, no harm would have been done.

The appellants having failed to establish that due diligence on the part of the plaintiff is a precondition to rectification, or to shake the trial judge's findings with respect to the traditional preconditions

Les restrictions énoncées par lord Chelmsford ont été citées et appliquées par madame le juge Southin (maintenant juge à la Cour d'appel) dans *United Services Funds (Trustee of) c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322 (C.S.), où elle a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]a négligence de la victime ne constitue jamais un moyen de défense dans une action pour fraude » (p. 355).

[TRADUCTION] Dès que le demandeur prend connaissance de la fraude, il doit atténuer ses pertes, mais, à mon avis, tant qu'il n'en connaît pas l'existence, il ne se pose en droit aucune question concernant la diligence raisonnable ou quoi que ce soit d'autre s'y apparentant.

Et, à mon avis, il s'agit aussi d'une bonne chose. Il est bien possible que la société civilisée soit menacée par des périls beaucoup plus grands que la malhonnêteté endémique. Mais je ne vois rien qui contribuerait davantage à la malhonnêteté qu'une règle de droit qui exigerait que nous soyons continuellement sur nos gardes contre les escrocs, au risque de nous faire répondre, en défense : « Ah! Ah! c'est de votre faute si je vous ai trompé ». Un tel moyen de défense ne devrait pas pouvoir être invoqué par un escroc. [p. 336]

Voir également *Dalon c. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89 (C.S.C.-B.). Dans leur ouvrage *The Law of Actionable Misrepresentation* (3^e éd. 1974), p. 218, les auteurs Spencer Bower et Turner abondent dans le même sens :

[TRADUCTION] Celui qui a fait un mensonge, même innocent, par lequel il a amené autrui à changer d'avis — a fortiori celui qui a frauduleusement menti à cette fin et avec un résultat semblable —, s'est à jamais privé lui-même du droit de faire valoir devant une cour de justice, tout autant que devant un tribunal de moralité, que la personne induite en erreur a agi sur la foi de son mensonge de la façon dont lui, l'auteur, entendait qu'elle le fasse. Il ne saurait jamais être admis à se plaindre du fait que l'autre personne a cru le mensonge qui lui a été fait dans le but même de lui inspirer cette conviction, ou de plaider, comme excuse, que si la personne induite en erreur n'avait pas été assez stupide pour faire confiance à un fripon de son espèce, il n'y aurait pas eu de préjudice.

Comme les appellants n'ont pas réussi à établir que la diligence raisonnable de la part de la demanderesse constitue un préalable à la rectification, ni à ébranler le bien-fondé des conclusions du juge de

discussed above, their appeal on the rectification issues must be rejected.

G. Damages in Lieu of Rectification

72

The trial judge awarded \$620,100 in compensatory damages representing the loss of profit on a fully built residential development on the 18th fairway. The appellants argue that damages should be limited to the difference between the market value of the land and the option price of \$400,000. They say compensatory damages should not include the “reasonably expected profit” from a 58-lot housing development.

73

The finding of fact is, however, that the parties specifically contemplated (even on O'Connor's evidence) that the optioned land would be put to the use of residential housing. Damages for breach of the contract, as rectified, therefore must include losses flowing from the special circumstances known to the parties at the time they made their contract: *Brown & Root Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] S.C.R. 642, at p. 648; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Burrard Drydock Co. v. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] S.C.R. 307; *Corbin v. Thompson* (1907), 39 S.C.R. 575; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 655. In *New Horizon Investments Ltd. v. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268 (B.C.S.C.), Nemetz C.J.B.C. observed, at pp. 272-73:

[T]he plaintiff's damages should be assessed by reference to the profits which both parties contemplated the plaintiff would make but for the breach. It is not necessary that this contemplation include a precise pre-estimate or calculation of these losses, only a “. . . contemplation of circumstances which embrace the head or type of damage in question”.

première instance à l'égard des préalables traditionnels examinés précédemment, leur pourvoi doit être rejeté relativement aux questions touchant à la rectification.

G. Dommages-intérêts accordés en lieu et place de la rectification

Le juge de première instance a accordé, au titre des dommages-intérêts compensatoires, une somme de 620 100 \$ représentant la perte des profits qu'aurait permis de réaliser la construction complète d'un complexe domiciliaire au 18^e trou. Les appelants prétendent que les dommages-intérêts devraient se limiter à la différence entre la valeur marchande du terrain et le prix de l'option, prix établi à 400 000 \$. Ils font valoir que les dommages-intérêts compensatoires ne devraient pas comprendre [TRADUCTION] « le profit qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à tirer » d'un ensemble résidentiel de 58 lots.

La conclusion de fait est toutefois que les parties ont expressément envisagé (même le témoignage d'O'Connor en fait foi) que les terrains visées par l'option seraient affectés à la construction domiciliaire. Les dommages-intérêts accordés pour la rupture du contrat rectifié doivent par conséquent inclure les pertes découlant des circonstances particulières connues des parties au moment où elles ont conclu le contrat : *Brown & Root Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] R.C.S. 642, p. 648; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Burrard Drydock Co. c. Canadian Union Ligne Ltd.*, [1954] R.C.S. 307; *Corbin c. Thompson* (1907), 39 R.C.S. 575; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 655. Dans *New Horizon Investments Ltd. c. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268 (C.S.C.-B.), le juge en chef Nemetz a dit ceci, aux p. 272-273 :

[TRADUCTION] [L]es dommages-intérêts de la demanderesse doivent être établis en fonction des profits que les deux parties avaient estimé pouvoir être tirés par la demanderesse, n'eût été la rupture du contrat. Il n'est pas nécessaire que ces prévisions comprennent une estimation ou un calcul précis de ces pertes, seulement « [. . .] qu'on tienne compte des circonstances visant le chef ou type de dommage en question ».

The appellants then contend that even if the trial judge selected the correct measure of damages, he ought to have applied a higher discount for contingencies, particularly the contingencies that (1) Sylvan (Bell) lacked the financial resources to exercise the option and fund the project, and (2) the project could not in any event have been completed by the end of 1994, as required. In essence, they argue that in assessing damages, the court must discount the value of the chance of profit by the improbability of its occurrence, and call in aid the observation of Crocket J. in *Kinkel v. Hyman*, [1939] S.C.R. 364, at p. 383:

For my part, I can find no authority . . . justifying any court in awarding any more than a nominal sum as damages for the loss of a mere chance of possible benefit except upon evidence proving that there was some reasonable probability of the plaintiff realizing therefrom an advantage of some real substantial monetary value.

It is at this point, I think, that the appellants' argument runs afoul of the rule against raising new fact-based issues on appeal. The trial judge has found as a fact that the respondent contracted for the opportunity to build a residential development on about 10.9 acres of prime land. It was wrongfully deprived of that opportunity. The trial judge set out to assess the value of that lost opportunity (which was, of course, potentially worth considerably less than a certainty). The appellants' trial counsel took little issue with the damages claim as advanced by Sylvan, and did not adduce much of an evidentiary record to the contrary, whether by calling his own witnesses, or through cross-examination of the respondent's witnesses, to challenge significantly the expert evidence of Trouth and others. Trouth may have been overly optimistic and his figures generous, but his evidence was uncontradicted.

Les appelants font ensuite valoir que, même en supposant que le juge de première instance ait choisi la bonne méthode de calcul des dommages-intérêts, celui-ci aurait dû soustraire des sommes plus élevées au titre des éventualités, en particulier les éventualités suivantes : (1) Sylvan (Bell) ne disposait pas des ressources financières requises pour lever l'option et financer le projet; (2) le projet n'aurait pu de toute façon être complété avant la fin de 1994, comme cela était stipulé. Essentiellement, ils prétendent que, dans la détermination des dommages-intérêts, le tribunal doit soustraire de la valeur d'une possibilité de réaliser un bénéfice une somme correspondant à l'improbabilité que cette possibilité se concrétise, et ils invoquent à cette fin l'observation faite par le juge Crocket dans l'arrêt *Kinkel c. Hyman*, [1939] R.C.S. 364, p. 383 :

[TRADUCTION] Quant à moi, je ne puis trouver aucune décision [. . .] justifiant un tribunal d'accorder plus qu'une somme symbolique en dommages-intérêts pour la perte d'une simple occasion de réaliser un bénéfice possible, sauf preuve établissant l'existence d'une probabilité raisonnable que la demanderesse tire de cette occasion un avantage ayant quelque valeur pécuniaire substantielle.

C'est ici, selon moi, que l'argument des appelants va à l'encontre de la règle qui interdit de soulever, en appel, de nouvelles questions basées sur les faits. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que l'intimée avait contracté en vue d'obtenir la possibilité de construire un complexe domiciliaire sur environ 10,9 acres de terrain de premier ordre. Elle a été injustement privée de cette possibilité. Le juge de première instance a entrepris de déterminer la valeur de cette possibilité perdue (qui, bien sûr, valait considérablement moins qu'une certitude). L'avocat ayant occupé pour les appelants en première instance ne s'est pas vraiment opposé à la demande de dommages-intérêts présentée par Sylvan, et il n'a pas présenté beaucoup d'éléments de preuve tendant à en réfuter le bien-fondé, soit en appelant ses propres témoins soit en contre-interrogeant ceux de l'intimée afin de contester vigoureusement le témoignage d'expert donné par M. Trouth et d'autres témoins. Il est bien possible que M. Trouth ait été excessivement optimiste et ses chiffres généreux, mais son témoignage n'a pas été contredit.

76

The Alberta Court of Appeal characterized the compensatory award as “substantial and generous” (para. 29) but concluded that: “Despite our reservations, we are not prepared to interfere with the award of damages in this case” (para. 27). In the absence of an error of principle, or a factual record that supports the appellants’ criticisms, this Court ought not to interfere with the concurrent findings in the Alberta courts on the amount of compensatory damages.

H. Should the Award of Punitive Damages Be Restored?

77

The respondent in its cross-appeal seeks restoration of the \$200,000 award of punitive damages disallowed by the Alberta Court of Appeal. Principles concerning the award and assessment of punitive damages were canvassed at the hearing of this appeal, heard the same day as *Whiten*, *supra*, reasons in which are released concurrently.

78

It is sufficient to apply the principles developed in *Whiten* without repeating the underlying analysis.

79

Punitive damages are awarded against a defendant in exceptional cases for “malicious, oppressive and high-handed” misconduct that “offends the court’s sense of decency”. The test thus limits the award to misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour: *Whiten*, *supra*, at para. 36, and *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196.

80

The misconduct found against O’Connor was his contemptuous disregard for Bell’s rights under the verbal agreement of December 1989, together with his subsequent use of the written document (which he knew misstated their verbal agreement) leading up to and including court proceedings filed January 4, 1995, to obtain possession of the golf

La Cour d’appel de l’Alberta a qualifié de [TRADUCTION] « substantiels et généreux » (par. 29) les dommages-intérêts compensatoires accordés en l’espèce, mais elle a conclu ainsi, à cet égard : [TRADUCTION] « [m]algré nos réserves, nous ne sommes pas disposés à modifier les dommages-intérêts en l’espèce » (par. 27). En l’absence d’erreur de principe ou d’éléments factuels qui appuieraient les critiques formulées par les appelants, notre Cour ne devrait pas modifier les conclusions concordantes des tribunaux de l’Alberta sur le montant des dommages-intérêts compensatoires.

H. Y a-t-il lieu de rétablir la décision accordant les dommages-intérêts punitifs?

Dans son pourvoi incident, l’intimée demande le rétablissement de la décision lui accordant des dommages-intérêts punitifs de 200 000 \$ qu’a annulée la Cour d’appel de l’Alberta. Les principes régissant l’opportunité d’accorder de tels dommages-intérêts et la détermination de leur quantum ont été débattus à l’audition du présent pourvoi, qui a été entendu le même jour que l’affaire *Whiten*, précitée, dont les motifs ont été déposés en même temps que les présents motifs.

Il suffit d’appliquer les principes élaborés dans l’arrêt *Whiten*. Il n’est pas nécessaire de refaire l’analyse qui les sous-tend.

Exceptionnellement, des dommages-intérêts punitifs sont accordés lorsqu’une conduite « malveillante, opprimante et abusive [. . .] choque le sens de la dignité de la cour ». Ce critère limite en conséquence de tels dommages-intérêts aux seules conduites répréhensibles représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable : *Whiten*, précité, par. 36, et *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196.

La conduite répréhensible reprochée à O’Connor fut l’indifférence éhontée qu’il a manifestée à l’égard des droits accordés à Bell par l’entente verbale de décembre 1989, et l’utilisation qu’il a faite ultérieurement de l’écrit (qui, savait-il, ne reflétait pas fidèlement leur entente verbale) jusqu’au dépôt de l’action en justice le 4 janvier 1995, en vue

course property and thereby to destroy the value of Bell's option to develop the agreed-upon residential project.

Torts such as deceit or fraud already incorporate a type of misconduct that to some extent "offends the court's sense of decency" and which "represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour", yet not all fraud cases lead to an award of punitive damages.

O'Connor's fraud was a condition precedent to Bell's successful claim to rectification, for which his company will now receive compensatory damages of \$620,100. Payment of \$620,100 hurts. The question is whether *more* punishment is rationally required by way of retribution, deterrence or denunciation (*Whiten, supra*, at para. 43).

Whiten emphasizes that defendants should have "advance notice of the charge sufficient to allow them to consider the scope of their jeopardy as well as the opportunity to respond to it" (*Whiten, supra*, at para. 86). Here, punitive damages in the sum of \$1,020,100 were expressly sought in the Amended Amended Statement of Claim and the basis for the claim was "disgorgement of the profits the Defendants will enjoy as a result of the [plaintiff's] unilateral mistake". The trial judge, as stated, awarded \$200,000 in punitive damages.

The applicable standard of appellate review for "rationality" was articulated by Cory J. in *Hill, supra*, at para. 197:

Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant

de s'approprier le terrain de golf et ainsi réduire à néant la valeur de l'option accordant à Bell la faculté de construire le complexe domiciliaire convenu.

Les délits comme le dol ou la fraude intègrent déjà un type de conduite répréhensible qui, jusqu'à un certain point, « choque le sens de la dignité de la cour » et « représent[e] un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable ». Pourtant les affaires de fraude ne donnent pas toutes lieu à une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs.

La fraude d'O'Connor était un préalable au succès de la demande en rectification de Bell, dont la société recevra maintenant la somme de 620 100 \$ en dommages-intérêts compensatoires. Le fait de devoir payer 620 100 \$ est une punition qui fait mal. Il reste à se demander si une punition *additionnelle* est rationnellement requise pour satisfaire aux objectifs de châtiment, de dissuasion ou de dénonciation (*Whiten*, précité, par. 43).

Dans l'arrêt *Whiten*, on souligne que tout défendeur doit « être informé suffisamment à l'avance de ce qu'on lui reproche afin de pouvoir apprécier l'ampleur du risque qu'il court et d'avoir la possibilité de répliquer » (*Whiten*, précité, par. 86). En l'espèce, la déclaration modifiée réclamait expressément des dommages-intérêts punitifs de 1 020 100 \$, dont le fondement était la [TRADUCTION] « remise des profits que les défendeurs tiront par suite de l'erreur unilatérale [de la demanderesse] ». Comme il a été mentionné plus tôt, le juge de première instance a accordé la somme de 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs.

Dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 197, le juge Cory a décrit ainsi la norme de contrôle applicable pour l'appréciation de la « rationalité » :

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif

81

82

83

84

so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

85 *Whiten* affirms that “[t]he ‘rationality’ test applies both to the question of whether an award of punitive damages should be made at all, as well as to the question of its quantum” (para. 101).

86 I agree with the Alberta Court of Appeal that the award of punitive damages in this case does not serve a rational purpose.

87 O’Connor’s fraud was, of course, reprehensible. Indeed, fraud is generally reprehensible, but only in exceptional cases does it attract punitive damages. In this case, the trial judge, at para. 109, thought punishment above and beyond the payment of generous compensatory damages was required for two reasons, namely that O’Connor’s actions (1) “demand an award which will stand as an example to others” and (2) “at the same time assure that O’Connor does not unduly profit from his conduct”. These are both legitimate objectives for the award of punitive damages (*Whiten, supra*, at paras. 43 and 111). However, it must be kept in mind that an award of punitive damages is rational “if, but only if” compensatory damages do not adequately achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation.

88 This was a commercial relationship between two businessmen. One tried to pull a fast one on the other. There was no abuse of a dominant position. O’Connor’s misconduct was planned and deliberate and he persisted in it over a period of four and a half years, but in the end the courts did their work and Bell obtained full compensation plus costs on a solicitor-client basis, all of which undoubtedly had a punitive effect on O’Connor. In addition, O’Connor is stigmatized with a judicial finding (now upheld by two appellate courts) that he acted in a way that

rationnel. En d’autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu’il était rationnellement nécessaire d’accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

L’arrêt *Whiten* confirme que « [l]e critère de la “rationalité” s’applique tant pour statuer sur l’opportunité des dommages-intérêts punitifs que sur leur quantum » (par. 101).

Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel de l’Alberta selon laquelle la décision d’accorder des dommages-intérêts punitifs en l’espèce ne sert aucun objectif rationnel.

La fraude commise par O’Connor était, bien sûr, répréhensible. D’ailleurs, la fraude est généralement une conduite répréhensible, mais ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles qu’elle commande des dommages-intérêts punitifs. En l’espèce, le juge de première instance a estimé qu’une punition additionnelle s’imposait en sus du paiement de dommages-intérêts compensatoires généreux, et ce pour deux raisons, à savoir que les actions d’O’Connor (1) [TRADUCTION] « commandent une condamnation à une somme qui aura valeur d’exemple » et (2) « en même temps fera en sorte qu’O’Connor ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Il s’agit là de deux objectifs légitimes d’une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs (*Whiten*, précité, par. 43 et 111). Il faut toutefois se rappeler qu’une décision accordant des dommages-intérêts punitifs n’est rationnelle que « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires ne permettent pas de donner effet adéquatement aux objectifs de châtement, de dissuasion et de dénonciation.

En l’espèce, il s’agissait de relations commerciales entre deux hommes d’affaires, dont l’un a tenté de rouler l’autre. Il n’y a pas eu abus de position dominante. La conduite d’O’Connor était préméditée et délibérée, et elle a persisté pendant une période de quatre ans et demi. En fin de compte, les tribunaux ont rempli leur rôle et Bell a été pleinement indemnisé, en plus de se voir adjuger les dépens sur la base procureur-client, décisions qui, globalement, ont sans aucun doute eu un effet punitif sur O’Connor. De plus, ce dernier est stigmatisé

was “fraudulent, dishonest and deceitful”. His conduct has been soundly denounced and he has been required personally to pay a large amount of money in compensation. The respondent is unable to identify any aggravating circumstances that would not be present in almost any case of business fraud except that O’Connor was found to have behaved abominably in the conduct of the litigation. However, as stated, the trial judge excluded this consideration from the award of punitive damages because he identified it as the basis for his award of solicitor-client costs.

The trial judge’s second reason for punitive damages was to ensure that O’Connor “[did] not unduly profit from his conduct” (para. 109). But in fact O’Connor did not profit at all from his misconduct. The source of his development profits was the prior oral contract. Whatever Performance (O’Connor) made after paying \$620,100 compensatory damages to the respondent rightfully belonged to them under the terms of the (rectified) agreement. As discussed earlier, the verbal agreement of December 1989 contemplated that after five years, O’Connor’s company, Performance, would acquire the golf club lands (minus the optioned lands if the option had been exercised) to develop as it wished for its own account. While on the whole O’Connor’s conduct in this matter was found to be reprehensible, his behaviour also had some redeeming qualities. Early on in the project, for example, O’Connor picked up Bell’s share of mortgage interest when Bell was not able to afford to contribute the amount that he had agreed to pay. The conflict between Bell and O’Connor should not be caricatured as a battle between good and evil.

It may be true, as the trial judge found, that O’Connor’s profits on the balance of lands not

d’une décision judiciaire (maintenant confirmée par deux tribunaux d’appel) ayant qualifié ses actions de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives ». Sa conduite a été sévèrement dénoncée et il a été condamné personnellement à verser une indemnité considérable. L’intimée est incapable de mentionner quelque circonstance aggravante qu’on ne retrouve pas dans la plupart des affaires de fraude commerciale, outre le fait qu’il a été jugé qu’O’Connor s’était comporté de façon abominable pendant le déroulement de l’instance. Toutefois, comme il a été indiqué précédemment, le juge de première instance n’a pas tenu compte de cette considération dans sa décision accordant les dommages-intérêts punitifs, puisqu’elle avait servi de fondement à sa décision adjugeant les dépens sur la base procureur-client.

La deuxième raison invoquée par le juge de première instance pour justifier les dommages-intérêts punitifs était de faire en sorte qu’O’Connor « ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Mais en fait, O’Connor n’a aucunement profité de sa conduite répréhensible. La source de ses profits liés au projet d’aménagement était le contrat verbal. Tout profit réalisé par les appelants Performance et O’Connor après paiement à l’intimée de la somme de 620 100 \$ au titre des dommages-intérêts compensatoires leur revenait de plein droit en vertu des conditions de la Convention (rectifiée). Comme on l’a vu plus tôt, l’entente verbale de décembre 1989 prévoyait que, au terme d’une période de cinq ans, la société d’O’Connor, Performance, acquerrait les terrains formant le club de golf (moins ceux visés par l’option si celle-ci était levée), qu’elle pourrait alors aménager à son gré pour son propre compte. Bien que, dans l’ensemble, la conduite d’O’Connor en l’espèce ait été jugée répréhensible, son comportement ne fut pas entièrement dénué d’aspects positifs. Au tout début du projet, par exemple, O’Connor a assumé la quote-part de Bell aux intérêts du prêt hypothécaire quand ce dernier a cessé d’être en mesure de contribuer la somme qu’il s’était engagé à payer. Le conflit opposant Bell et O’Connor ne devrait pas être dépeint caricaturalement comme une bataille entre le bien et le mal.

Il se peut, comme a estimé le juge de première instance, que les profits d’O’Connor sur les terrains

subject to the option will “recover all or more of the amount of damage for loss of profit awarded against him in favour of Bell” (para. 109), but, with respect, that is not a rational reason to punish O’Connor further. Those profits are not the fruit of misconduct directed at Bell.

non visés par l’option lui permettent [TRADUCTION] « de recouvrer la totalité des dommages-intérêts qu’il a été condamné à payer à Bell au titre du manque à gagner, ou une somme plus grande encore » (par. 109) mais, en toute déférence, cela ne constitue pas une justification rationnelle pour punir O’Connor davantage. Ces profits ne sont pas le fruit d’une conduite répréhensible visant Bell.

91 Finally, the assessment of \$200,000 coincides with the payment that Sylvan (Bell) was obliged to pay in order to exercise the option, and which the trial judge properly took into account in his assessment of compensatory damages. This figure has no rational relationship to the appellants’ potential development profits on the balance of the golf course land, on which there was no evidence. Moreover, it is a payment that the appellants, under the rectified agreement, were entitled to keep.

Enfin, la somme de 200 000 \$ coïncide avec celle que Sylvan (Bell) était tenue de verser pour lever l’option et dont le juge de première instance a à juste titre tenu compte dans la détermination des dommages-intérêts compensatoires. Ce chiffre n’a aucun lien rationnel avec les profits susceptibles d’être tirés par les appelants de la réalisation d’activités d’aménagement sur le reste des terrains du parcours de golf, profits au sujet desquels aucune preuve n’a été produite. De plus, il s’agissait d’un paiement que les appelants avaient le droit de conserver en vertu de la Convention rectifiée.

92 As pointed out in *Whiten, supra*, at paras. 98 and 100, and *Hill, supra*, at para. 197, punitive damages are not “at large”, and both the award and the assessment of quantum must meet the test of rationality. In this case, with respect, neither the punitive damages award nor the \$200,000 assessment survives that test.

Comme il a été mentionné dans l’arrêt *Whiten*, précité, par. 98 et 100, ainsi que dans l’arrêt *Hill*, précité, par. 197, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas des dommages-intérêts « généraux », et l’opportunité d’accorder de tels dommages-intérêts ainsi que la détermination de leur quantum doivent satisfaire au critère de la rationalité. En toute déférence, en l’espèce ni la décision accordant des dommages-intérêts punitifs ni la somme de 200 000 \$ ne satisfont à ce critère.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

93 I would therefore dismiss the appeal and cross-appeal both with costs on a party-and-party basis.

Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens sur la base partie-partie dans les deux cas.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

94 LEBEL J. — Subject to my comments on punitive damages in *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, I agree with Binnie J.’s reasons. I would dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests. Rectification of the contract was properly ordered, but punitive

LE JUGE LEBEL — Sous réserve des commentaires que j’ai faits sur la question des dommages-intérêts punitifs dans le pourvoi connexe *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, je souscris aux motifs du juge Binnie en l’espèce. Je trancherais le pourvoi principal et le pourvoi

damages would fulfill no rational purpose in this case.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Fraser Milner Casgrain, Calgary.

incident de la manière qu'il suggère. C'est à juste titre que la rectification du contrat a été ordonnée, mais des dommages-intérêts punitifs ne serviraient aucune fin rationnelle dans la présente affaire.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Fraser Milner Casgrain, Calgary.