



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 2, 2019 Vol. 4**

**2<sup>e</sup> cahier, 2019 Vol. 4**

Cited as [2019] 4 S.C.R. 335-651

Renvoi [2019] 4 R.C.S. 335-651

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
CRAIG MRACEK  
JOANNE NORMAN  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLIE TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN  
LESLIE-ANNE WOOD

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
MARC-ANDRÉ ALAIN  
SUZANNE AUDET

MARYAM ARZANI  
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### **Kosoian v. Société de transport de Montréal ..... 335**

Police — Civil liability — Fault — Offence non-existent in law — Police officer arresting and searching citizen after she refused to hold escalator handrail in subway and to identify herself — Citizen bringing civil liability action against police officer, his employer and public transit authority for which he acted as inspector — Whether police officer incurred civil liability and engaged his employer's civil liability by acting as he did toward citizen — Whether citizen must bear share of liability because of her refusal to cooperate with police officer — Civil Code of Québec, art. 1457.

Civil liability — Legal person established in public interest — Immunity — Fault — Public transit authority providing police officers designated as subway inspectors with training indicating that holding escalator handrail was obligation under by-law — Police officer arresting and searching citizen who did not hold handrail on basis of that training — Citizen bringing civil liability action against police officer, his employer and public transit authority — Whether public transit authority incurred civil liability — If so, whether it can claim public law relative immunity.

### **Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General) ..... 394**

Contracts — Interpretation — Indemnity — River system contaminated by mercury waste discharged by operation of pulp and paper mill — Action for damages commenced against mill owners in relation to contamination — Province granting indemnity in context of settlement of action to current and former mill owners in relation to environmental damage caused by mercury discharge — Remediation order later issued by provincial environment regulator in relation to waste disposal site on mill property — Whether indemnity applies to cover costs of complying with remediation order.

### **International Air Transport Association v. Instrubel, N.V. .... 469**

Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Location of property in dispute — Seizure before judgment by garnishment — Dutch company seeking enforcement in Quebec of international arbitration awards issued against foreign entity — Since recovery of debt at risk, company seeking and obtaining from Quebec Superior Court writ of seizure before judgment by garnishment of aerodrome

## SOMMAIRE

### **Kosoian c. Société de transport de Montréal ..... 335**

Police — Responsabilité civile — Faute — Infraction inexistante en droit — Arrestation et fouille d'une citoyenne par un policier à la suite du refus de celle-ci de tenir la main courante d'un escalier mécanique dans le métro et de s'identifier — Action en responsabilité civile intentée par la citoyenne contre le policier, son employeur et la société de transport en commun pour laquelle le policier agit à titre d'inspecteur — Le policier a-t-il engagé sa responsabilité civile et celle de son employeur en intervenant comme il l'a fait auprès de la citoyenne? — La citoyenne doit-elle assumer une part de responsabilité du fait de son refus de coopérer avec le policier? — Code civil du Québec, art. 1457.

Responsabilité civile — Personne morale de droit public — Immunité — Faute — Formation offerte par une société de transport en commun aux policiers désignés à titre d'inspecteurs de métro selon laquelle tenir la main courante d'un escalier mécanique constitue une obligation réglementaire — Arrestation et fouille d'une citoyenne ne tenant pas la main courante par un policier sur le fondement de cette formation — Action en responsabilité civile intentée par la citoyenne contre le policier, son employeur et la société de transport en commun — La société de transport en commun a-t-elle engagé sa responsabilité civile? — Dans l'affirmative, peut-elle invoquer une immunité relative de droit public?

### **Produits forestiers Résolu c. Ontario (Procureur général) ..... 394**

Contrats — Interprétation — Indemnité — Réseau hydrographique contaminé par des déchets mercuriels rejetés par l'exploitation d'une usine de pâtes et papiers — Action en dommages-intérêts intentée contre les propriétaires de l'usine pour la contamination — Indemnité accordée par la province dans le cadre du règlement de l'action aux propriétaires actuels et aux anciens propriétaires de l'usine pour le dommage environnemental causé par le rejet de mercure — Arrêté de remédiation pris plus tard par une autorité provinciale de l'environnement en ce qui concerne le lieu d'élimination des déchets situé sur la propriété de l'usine — L'indemnité s'applique-t-elle aux frais engagés pour se conformer à l'arrêté de remédiation?

### **International Air Transport Association c. Instrubel, N.V. .... 469**

Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Lieu du bien en litige — Saisie-arrêt avant jugement — Société néerlandaise cherchant à faire exécuter au Québec des sentences arbitrales internationales rendues contre une entité étrangère — Le recouvrement de la dette étant en péril, société demandant à la Cour supérieure du Québec et obtenant de celle-ci un bref de saisie-arrêt avant

## CONTENTS (Continued)

and air navigation fees billed and collected on foreign entity's behalf by global trade association for international air transport industry — Association's head office located in Montréal but funds it collects deposited in association's bank account in Switzerland — Foreign entity bringing motion to quash writ of seizure on ground that Superior Court lacked jurisdiction to authorize it because property at issue was located outside Quebec — Superior Court finding that it did not have jurisdiction to authorize seizure as funds did not constitute debt owed by association to foreign entity collectible in Quebec but rather property located in Switzerland held by association on foreign entity's behalf — Court of Appeal setting aside Superior Court judgment — Property seized is debt due by association to foreign entity — Debt is situated where it is collectible, at domicile of association in Montréal — Debt is therefore subject to jurisdiction of Quebec courts.

### **Yared v. Karam ..... 498**

Family law — Family patrimony — Trusts — Partition of family patrimony — Family residence held under trust — Whether residence of family held in trust or rights which confer use of it included in family patrimony — Civil Code of Québec, art. 415.

### **Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp. .... 559**

Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Goods and services tax — Scope of intergovernmental immunity — Provincial Crown corporation created by legislature to provide investment management services to province's public sector pension plans and other Crown entities — Whether provincial Crown corporation required to collect and remit federal GST on costs it incurs in making investments in pooled investment portfolios — Whether provincial Crown corporation entitled to constitutional immunity from taxation — Constitution Act, 1867, s. 125 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, Part IX.

Taxation — Goods and services tax — Federal-provincial reciprocal taxation agreement — Whether agreements entered into by federal and provincial governments to pay the other's sales taxes are binding on other Crown entities — Whether agreements have legal effect of removing immunity from taxation that would otherwise be enjoyed by Crown agent.

## SOMMAIRE (Suite)

jugement des redevances d'aérodrome et de navigation aérienne facturées et perçues par l'association mondiale de commerce pour l'industrie internationale du transport aérien pour le compte de l'entité étrangère — Siège social de l'association situé à Montréal, mais fonds perçus par celle-ci déposés dans un compte bancaire de l'association en Suisse — Requête présentée par l'entité étrangère en vue de faire annuler le bref de saisie au motif que la Cour supérieure n'avait pas compétence pour autoriser celui-ci parce que le bien en cause était situé à l'extérieur du Québec — Conclusion de la Cour supérieure portant qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser la saisie au motif que les fonds n'étaient pas une dette de l'association envers l'entité étrangère pouvant être perçue au Québec, mais plutôt un bien situé en Suisse détenu par l'association pour le compte de l'entité étrangère — Annulation du jugement de la Cour supérieure par la Cour d'appel — Le bien saisi est une dette due par l'association à l'entité étrangère — La dette est située au lieu où elle peut être perçue, soit au domicile de l'association à Montréal — La dette est conséquemment assujettie à la compétence des tribunaux québécois.

### **Yared c. Karam ..... 498**

Droit de la famille — Patrimoine familial — Fiducies — Partage du patrimoine familial — Résidence familiale détenue en fiducie — La résidence familiale détenue en fiducie ou les droits qui en confèrent l'usage sont-ils inclus dans le patrimoine familial? — Code civil du Québec, art. 415.

### **Canada (Procureur général) c. British Columbia Investment Management Corp. .... 559**

Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale contre la taxation — Taxe sur les produits et services — Portée de l'immunité intergouvernementale — Société de la Couronne provinciale créée par la législature afin qu'elle fournisse des services de gestion de placement aux régimes de retraite du secteur public et à d'autres entités de la Couronne — La société de la Couronne provinciale est-elle tenue de percevoir et de verser la TPS fédérale sur les frais qu'elle engage lorsqu'elle fait des placements dans les portefeuilles de fonds communs de placement? — La société de la Couronne provinciale a-t-elle droit à l'immunité fiscale prévue par la Constitution? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, Partie IX.

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Accord de réciprocité fiscale fédéral-provincial — Les accords conclus par les gouvernements fédéral et provinciaux visant le paiement réciproque de leurs taxes de vente lient-ils les entités de la Couronne? — Les accords ont-ils l'effet juridique d'écarter l'immunité fiscale dont jouirait par ailleurs un mandataire de la Couronne?

**CONTENTS** (Concluded)

**R. v. Collin ..... 650**

Criminal law — Dangerous driving causing bodily harm — Causation — Accused acquitted of dangerous driving causing bodily harm but convicted of included offence of dangerous driving — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction for dangerous driving causing bodily harm — Court of Appeal finding that trial judge erred in law by analyzing causation based on erroneous legal standard and that error had material bearing on acquittal — Conviction for dangerous driving causing bodily harm affirmed.

**SOMMAIRE** (Fin)

**R. c. Collin ..... 650**

Droit criminel — Conduite dangereuse causant des lésions corporelles — Lien de causalité — Accusé acquitté de conduite dangereuse causant des lésions corporelles, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de conduite dangereuse — Acquiescement écarté par la Cour d'appel et verdict de culpabilité pour conduite dangereuse causant des lésions corporelles inscrit — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge de première instance a commis une erreur de droit en analysant le lien de causalité selon le mauvais critère juridique, erreur qui a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement — Déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse causant des lésions corporelles confirmée.

**Bela Kosoian** *Appellant*

v.

**Société de transport de Montréal,  
Ville de Laval and Fabio Camacho**  
*Respondents*

and

**Canadian Civil Liberties Association**  
*Intervener*

**INDEXED AS: KOSOIAN v. SOCIÉTÉ DE  
TRANSPORT DE MONTRÉAL**

**2019 SCC 59**

File No.: 38012.

2019: April 16; 2019: November 29.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and  
Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Police — Civil liability — Fault — Offence non-existent in law — Police officer arresting and searching citizen after she refused to hold escalator handrail in subway and to identify herself — Citizen bringing civil liability action against police officer, his employer and public transit authority for which he acted as inspector — Whether police officer incurred civil liability and engaged his employer’s civil liability by acting as he did toward citizen — Whether citizen must bear share of liability because of her refusal to cooperate with police officer — Civil Code of Québec, art. 1457.*

*Civil liability — Legal person established in public interest — Immunity — Fault — Public transit authority providing police officers designated as subway inspectors with training indicating that holding escalator handrail was obligation under by-law — Police officer arresting and searching citizen who did not hold handrail on basis of that training — Citizen bringing civil liability action against police officer, his employer and public transit authority — Whether public transit authority incurred*

**Bela Kosoian** *Appelante*

c.

**Société de transport de Montréal,  
Ville de Laval et Fabio Camacho** *Intimés*

et

**Association canadienne des libertés civiles**  
*Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : KOSOIAN c. SOCIÉTÉ DE  
TRANSPORT DE MONTRÉAL**

**2019 CSC 59**

N° du greffe : 38012.

2019 : 16 avril; 2019 : 29 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et  
Martin.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Police — Responsabilité civile — Faute — Infraction inexistante en droit — Arrestation et fouille d’une citoyenne par un policier à la suite du refus de celle-ci de tenir la main courante d’un escalier mécanique dans le métro et de s’identifier — Action en responsabilité civile intentée par la citoyenne contre le policier, son employeur et la société de transport en commun pour laquelle le policier agit à titre d’inspecteur — Le policier a-t-il engagé sa responsabilité civile et celle de son employeur en intervenant comme il l’a fait auprès de la citoyenne? — La citoyenne doit-elle assumer une part de responsabilité du fait de son refus de coopérer avec le policier? — Code civil du Québec, art. 1457.*

*Responsabilité civile — Personne morale de droit public — Immunité — Faute — Formation offerte par une société de transport en commun aux policiers désignés à titre d’inspecteurs de métro selon laquelle tenir la main courante d’un escalier mécanique constitue une obligation réglementaire — Arrestation et fouille d’une citoyenne ne tenant pas la main courante par un policier sur le fondement de cette formation — Action en responsabilité civile intentée par la citoyenne contre le policier, son employeur*

*civil liability — If so, whether it can claim public law relative immunity.*

K took the descending escalator in a subway station without holding the handrail. A police officer employed by the city, who had been designated as an inspector by the authority responsible for the subway system (“STM”), ordered her several times to hold the handrail, since the STM taught police officers that holding the handrail was an obligation under a by-law. K refused to comply and to identify herself. The police officer arrested her and searched her bag. He gave her a statement of offence for disobeying a pictogram indicating that the handrail should be held, which the STM had posted near the escalator pursuant to its By-law R-036, and another statement of offence for hindering the police in their duties. After being acquitted in the Municipal Court, K instituted a civil liability action against the police officer, his employer and the STM, arguing that the arrest was unlawful and unreasonable and that it constituted a fault because holding the handrail was not an obligation under a by-law, but simply a warning. The trial judge dismissed the action, finding that the police officer had not committed any civil fault and that it was K who had behaved in an inconceivable manner by refusing to comply with the officer’s order. A majority of the Court of Appeal affirmed that decision.

*Held:* The appeal should be allowed.

A reasonable police officer in the same circumstances would not have considered failure to hold the handrail to be an offence. The police officer therefore committed a fault when he arrested K. The STM committed a fault by teaching police officers that the pictogram in question imposed an obligation to hold the handrail, a fault that explains — at least in part — the officer’s conduct. Finally, as the officer’s principal, the city must be held liable for his fault. As for K, she was entitled to refuse to obey an unlawful order, and she therefore committed no fault that would justify an apportionment of liability.

To carry out their mission of maintaining peace, order and public security, police officers are required to limit citizens’ rights and freedoms using the coercive power of the state. Because the risk of abuse is undeniable, it is important that there always be a legal basis for the actions taken by police officers; in the absence of such justification, their conduct is unlawful and cannot be tolerated. In exercising their powers, police officers are therefore bound by strict rules of conduct that are meant to prevent arbitrariness and unjustified restrictions on rights and

*et la société de transport en commun — La société de transport en commun a-t-elle engagé sa responsabilité civile? — Dans l’affirmative, peut-elle invoquer une immunité relative de droit public?*

K emprunte l’escalier mécanique descendant dans une station de métro sans tenir la main courante. Un policier employé par la ville, et désigné à titre d’inspecteur par la société responsable du réseau de métro (« STM ») lui ordonne à plusieurs reprises de tenir la main courante, car la STM enseigne aux policiers que le fait de tenir la main courante constitue une obligation réglementaire. K refuse d’obtempérer et de s’identifier. Le policier la place en état d’arrestation et fouille son sac. Il lui remet un constat d’infraction pour avoir désobéi à un pictogramme indiquant de tenir la main courante affiché près de l’escalier par la STM en vertu de son Règlement R-036, et un autre pour avoir entravé le travail des policiers. Acquittée en cour municipale, K intente une action en responsabilité civile contre le policier, son employeur et la STM, soutenant que l’arrestation était illégale, abusive et fautive puisque tenir la main courante ne constitue pas une obligation réglementaire mais plutôt un simple avertissement. Le juge du procès rejette l’action, concluant que le policier n’a commis aucune faute civile et que c’est K qui aurait eu un comportement inconcevable en refusant d’obtempérer à l’ordre du policier. La Cour d’appel, à la majorité, confirme cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances n’aurait pas considéré que le fait d’omettre de tenir la main courante constituait une infraction. Le policier a donc commis une faute en plaçant K en état d’arrestation. La STM a commis une faute en enseignant aux policiers que le pictogramme en cause imposait l’obligation de tenir la main courante, faute qui explique — du moins en partie — la conduite du policier. Enfin, à titre de commettante du policier, la ville doit être tenue responsable de la faute de ce dernier. Quant à K, elle était en droit de refuser d’obéir à un ordre illégal, et elle n’a donc commis aucune faute qui justifierait un partage de responsabilité.

Pour accomplir leur mission, soit de maintenir la paix, l’ordre et la sécurité publique, les policiers sont appelés à restreindre les droits et libertés des citoyens en recourant au pouvoir coercitif de l’État. Puisque le risque d’abus est indéniable, il importe que les actes des policiers trouvent en tout temps un fondement juridique; à défaut de telles justifications, leur conduite est illégale et ne saurait être tolérée. Les policiers sont conséquemment astreints, dans l’exercice de leurs pouvoirs, à des règles de conduite exigeantes visant à prévenir l’arbitraire et les



freedoms. Police officers who deviate from these rules have no public law immunity. Under Quebec law, a police officer, like any other person, is held civilly liable for the injury caused to another by his or her fault, in accordance with art. 1457 *C.C.Q.*, which imposes on every person “a duty to abide by the rules of conduct incumbent on him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another”. A police officer commits a civil fault where he or she acts in a manner that departs from the conduct of a reasonable officer in the same circumstances. Police conduct must be assessed according to the test of the normally prudent, diligent and competent police officer in the same circumstances; this test recognizes the largely discretionary nature of police work.

The standard of conduct that a reasonable police officer is expected to meet corresponds to an obligation of means: it is not enough to show that the officer’s conduct was unlawful. Nevertheless, the mere fact that there is a legal basis for a police officer’s actions does not necessarily exempt the officer from civil liability. Police officers are obliged to have an adequate knowledge and understanding of criminal and penal law, of the offences they are called upon to prevent and repress and of the rights and freedoms protected by the Charters. They must be able to exercise judgment with respect to the applicable law and cannot rely blindly on the training and instructions received, which, although they must be considered in assessing an officer’s conduct, are not conclusive in themselves. Police officers cannot avoid personal civil liability simply by arguing that they were merely carrying out an order that they knew or ought to have known was unlawful. Therefore, they will sometimes commit a civil fault if they act unlawfully, even where their conduct is otherwise consistent with the training and instructions received, with existing policies, directives and procedures and with the usual practices. It is all a matter of context: the question is whether a reasonable police officer would have acted in the same manner. Police officers will generally not be civilly liable for enforcing a provision — presumed to be valid at the time of the events — that is subsequently declared invalid, provided that they do not otherwise commit a fault in exercising their powers. However, it does not follow that the existence in law — or the scope — of an offence must be assumed in a civil liability action on the basis of bare assertions to this effect made by the state, a legal person established in the public interest or one of their representatives.

restrictions injustifiées aux droits et libertés. Lorsqu’un policier s’écarte de ces règles, il ne bénéficie d’aucune immunité de droit public. En droit québécois, comme tout autre justiciable, le policier est tenu responsable civilement du préjudice qu’il cause à autrui par une faute, conformément à l’art. 1457 *C.c.Q.*, qui impose à toute personne « le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». Le policier commet une faute civile lorsqu’il se comporte d’une manière qui s’écarte de la conduite qu’un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait eue. La conduite policière doit être évaluée selon le critère du policier normalement prudent, diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances; ce critère reconnaît le caractère largement discrétionnaire du travail policier.

La norme de conduite que le policier raisonnable est tenu de respecter correspond à une obligation de moyens : il ne suffit pas de démontrer l’illégalité de sa conduite. Néanmoins, le simple fait que l’acte d’un policier ait une assise juridique ne dégage pas ce dernier à coup sûr de toute responsabilité civile. Le policier a l’obligation d’avoir une connaissance et une compréhension adéquates du droit criminel et pénal, des infractions qu’il est appelé à prévenir et à réprimer, et des droits et libertés protégés par les chartes. Il doit être en mesure de faire preuve de jugement quant au droit applicable et ne peut s’en remettre aveuglément aux formations et aux instructions reçues qui, bien qu’elles doivent être prises en compte dans l’appréciation de sa conduite, ne sont toutefois pas en elles-mêmes déterminantes. Un policier ne peut éviter d’engager sa responsabilité civile personnelle simplement en plaidant qu’il ne faisait qu’exécuter un ordre qu’il savait ou devait savoir illégal. Un policier commettra donc parfois une faute civile s’il adopte une conduite illégale, même si celle-ci est par ailleurs conforme aux formations et aux instructions reçues, aux politiques, directives et procédures en place et aux pratiques usuelles. Tout est affaire de contexte : il faut se demander si un policier raisonnable aurait agi de la même manière. Un policier n’engagera généralement pas sa responsabilité civile en faisant respecter une disposition — présumée valide au moment des faits — qui est par la suite déclarée invalide, dans la mesure où il ne commet par ailleurs aucune faute dans l’exercice de ses pouvoirs. Toutefois, il ne s’ensuit pas que l’existence en droit d’une infraction — ou encore sa portée — doit être tenue pour acquise, dans le cadre d’une action en responsabilité civile, sur la foi des simples prétentions en ce sens de l’État, d’une personne morale de droit public ou d’un de leurs représentants.

In the case at bar, the police officer committed a civil fault by ordering K to identify herself and by arresting her and conducting a search based on a non-existent offence, namely disobeying the pictogram indicating that the handrail should be held. A reasonable police officer in the same circumstances would not have concluded that disobeying the pictogram was an offence under a by-law. Before depriving K of her liberty, the officer had to ensure that there was valid legal justification for his actions. A reasonable police officer would have concluded that the pictogram simply advises users to be careful, despite the training received. Therefore, the officer's conduct necessarily constituted a fault insofar as it resulted from an unreasonable belief in the existence of an offence that did not exist in law. As principal, the city is also bound to make reparation for the injury caused, pursuant to arts. 1463 and 1464 *C.C.Q.*, because it is not in dispute that the police officer was acting in the performance of his duties when the fault was committed, even though his conduct was also unlawful.

As for the STM, it has no public law immunity. The general rules of extracontractual civil liability are, in principle, applicable to a legal person established in the public interest, unless that person shows that a specific rule of public law derogates from them. A legal person established in the public interest does not incur civil liability where it makes or passes a regulation or by-law that is subsequently held to be invalid, unless its decision to do so was made in bad faith or was irrational. It may nonetheless be civilly liable if it makes an error of law in implementing its own regulations or by-laws. In the instant case, the training provided to police officers by the STM is part of the implementation of By-law R-036. In this respect, the STM cannot avoid the rules in art. 1457 *C.C.Q.* It committed a direct fault in the implementation of the by-law by providing training that suggested to police officers called upon to enforce its by-laws that holding the handrail was an obligation pursuant to a by-law. Once the STM undertook to provide police officers with training, it had to ensure that the training would be appropriate and that it would reflect the law. If the police officer was at fault for believing that holding the handrail was an obligation, the STM was equally at fault for misinterpreting the by-law and providing training accordingly.

The STM is also liable as mandator for the police officer's fault. The designation of a police officer as a subway inspector creates a legal relationship analogous to that of mandate within the meaning of art. 2130 para. 1 *C.C.Q.*, in which a public transit authority may incur civil liability

En l'espèce, le policier a commis une faute civile en ordonnant à K de s'identifier, puis en procédant à son arrestation et à une fouille, sur la base d'une infraction inexistante, à savoir désobéir au pictogramme indiquant de tenir la main courante. Un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas conclu que la désobéissance au pictogramme constituait une infraction réglementaire. Avant de priver K de sa liberté, le policier devait d'abord s'assurer que son intervention reposait sur une justification juridique valable. Un policier raisonnable aurait conclu que le pictogramme exprime un simple conseil de prudence, et ce, en dépit de la formation reçue. La conduite du policier était donc nécessairement fautive, dans la mesure où elle découlait d'une croyance déraisonnable en l'existence d'une infraction inexistante en droit. À titre de commettante, la ville est aussi tenue de réparer le préjudice causé, en vertu des art. 1463 et 1464 *C.c.Q.*, puisqu'il n'est pas contesté que le policier agissait dans l'exercice de ses fonctions lorsque la faute a été commise, même si sa conduite était par ailleurs illégale.

Quant à la STM, elle ne bénéficie d'aucune immunité de droit public. Le régime général de la responsabilité civile extracontractuelle s'applique en principe à une personne morale de droit public, à moins que cette dernière démontre qu'une règle particulière de droit public y déroge. Une personne morale de droit public n'engage pas sa responsabilité civile si elle adopte ou prend un règlement qui est subséquemment jugé invalide, sauf si sa décision de le faire était entachée de mauvaise foi ou irrationnelle. Néanmoins, elle est susceptible d'engager sa responsabilité civile si elle commet une erreur de droit dans la mise en œuvre de sa propre réglementation. Dans la présente affaire, les formations offertes par la STM aux policiers s'inscrivent dans la mise en œuvre du Règlement R-036. À cet égard, la STM ne saurait se soustraire au régime de l'art. 1457 *C.c.Q.* Elle a commis une faute directe, se situant au stade de la mise en œuvre du règlement, en donnant des formations laissant croire aux policiers appelés à faire respecter ses règlements que tenir la main courante constituait une obligation réglementaire. Dès qu'elle a entrepris d'offrir de la formation aux policiers, elle devait s'assurer que cette formation serait adéquate et refléterait l'état du droit. S'il était fautif pour le policier de croire que tenir la main courante constituait une obligation, il était tout aussi fautif pour la STM de mal interpréter le règlement et de donner des formations en conséquence.

La STM est également responsable, à titre de mandante, de la faute du policier. La désignation d'un policier à titre d'inspecteur du métro crée un rapport juridique analogue à un mandat au sens de l'art. 2130 al. 1 *C.c.Q.* en vertu duquel une société de transport en commun est susceptible

to a third person. In enforcing the by-laws of a public transit authority, a police officer *ipso facto* represents that authority in the performance of a juridical act, which must be interpreted broadly. This conclusion in no way compromises the autonomy that a police officer has in exercising his or her powers. If a police officer can be characterized as a subordinate, there is no reason why he or she could not be a mandatary under the rules of civil liability — a relationship that does not require any relationship of subordination.

K was entitled to refuse to obey an unlawful order and therefore committed no fault that would justify an apportionment of liability under art. 1478 para. 2 *C.C.Q.* Unless a statutory provision or common law rule clearly imposes it, there is no obligation to identify oneself to, or indeed to cooperate with, a police officer. To conclude that K must be apportioned a share of the liability would amount to saying that there is, in all circumstances, a rule of conduct requiring compliance with an unlawful order given by a police officer, even where the order is based on an offence that simply does not exist in law. A well-informed person whose rights are infringed must be able to respond — within reason — without being held civilly liable. Similarly, K cannot be faulted for not doing anything to mitigate the injury she suffered. A reasonable, prudent and diligent person is not under an obligation to obey an unlawful order. The duty to mitigate must sometimes be displaced where it conflicts with respect for rights and freedoms. In a free and democratic society, no one should accept — or expect to be subjected to — unjustified state intrusions. Interference with freedom of movement, just like invasion of privacy, must not be trivialized.

### Cases Cited

**Referred to:** *Godin v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCQ 5513; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Jauvin v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.R.A. 37; *Régie intermunicipale de police des Seigneuries v. Michaelson*, [2005] R.R.A. 7; *Popovic v. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2371, [2009] R.R.A. 1; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R.

d’engager sa responsabilité civile à l’égard d’un tiers. En veillant à l’application des règlements de la société de transport en commun, un policier représente par le fait même cette dernière dans l’accomplissement d’un acte juridique, qui doit faire l’objet d’une interprétation libérale. Cette conclusion ne compromet en rien l’autonomie dont bénéficie le policier dans l’exercice de ses pouvoirs. Si un policier peut être qualifié de préposé, il n’y a aucune raison pour laquelle il ne pourrait être un mandataire au regard du régime de la responsabilité civile — un rapport qui ne suppose aucun lien de préposition.

K était en droit de refuser d’obéir à un ordre illégal et n’a donc commis aucune faute qui justifierait un partage de responsabilité au regard de l’art. 1478 al. 2 *C.C.Q.* À moins qu’une disposition législative ou une règle de common law le prévoit clairement, il n’existe aucune obligation de dévoiler son identité à un policier ni d’ailleurs de lui offrir sa collaboration. Conclure que K doit se voir imputer une part de responsabilité reviendrait à dire qu’il existe, en toutes circonstances, une règle de conduite exigeant d’obtempérer à l’ordre illégal d’un policier, même si cet ordre repose sur une infraction qui n’existe tout simplement pas en droit. Si les droits d’une personne avertie sont enfreints, elle doit pouvoir réagir — dans les limites du raisonnable — sans pour autant être tenue civilement responsable. De même, on ne peut reprocher à K de n’avoir rien fait pour mitiger le préjudice qu’elle subissait. La personne raisonnable, prudente et diligente n’a pas l’obligation d’obéir à un ordre illégal. L’obligation de mitigation doit parfois être écartée lorsqu’elle entre en conflit avec le respect des droits et libertés. Dans une société libre et démocratique, personne ne devrait accepter — ni s’attendre à subir — les ingérences injustifiées de l’État. Les atteintes à la liberté de mouvement, tout comme celles à la vie privée, ne doivent pas être banalisées.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Godin c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCQ 5513; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Jauvin c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.R.A. 37; *Régie intermunicipale de police des Seigneuries c. Michaelson*, [2005] R.R.A. 7; *Popovic c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2371, [2009] R.R.A. 1; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1

- 474; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720; *St-Martin v. Morin (Succession de)*, 2008 QCCA 2106, [2008] R.J.Q. 2539; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Compagnie d'assurance Continental du Canada v. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Harvey v. Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCA 772, [2013] R.J.Q. 650; *L. (J.) v. Gingues*, 2008 QCCA 2242, 93 C.C.L.T. (3d) 67; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Gounis v. Ville de Laval*, 2019 QCCS 479; *Simard v. Amyot*, 2009 QCCS 5509; *Bellefleur v. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546; *R. v. Rouleau*, 2002 CanLII 7572; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Pelletier v. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215; *Dubé v. Gélinas*, 2013 QCCS 1681; *Boisvenu v. Sherbrooke (Ville de)*, 2009 QCCS 2688; *Communauté urbaine de Montréal v. Cadieux*, [2002] R.J.D.T. 80; *Guimond v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Breslaw v. Montreal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Beauchemin v. Blainville (Town)* (2003), 231 D.L.R. (4th) 706; *Ryan v. Auclair* (1989), 60 D.L.R. (4th) 212; *Procureur général du Québec v. Ouellet*, 1998 CanLII 12543; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195; *R. v. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1; *R. v. Coles* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 98; *R. v. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295; *Crépeau v. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Asante-Mensah*, 2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3; *Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518; *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Pierre-Louis v. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Entreprises Sibeca Inc. v. Freighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Papachronis v. Ste-Anne-de-Bellevue (Ville)*, 2007 QCCA 770, 38 M.P.L.R. (4th) 161; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Maska Auto Spring Ltée v. R.C.S.* 374; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720; *St-Martin c. Morin (Succession de)*, 2008 QCCA 2106, [2008] R.J.Q. 2539; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Compagnie d'assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Harvey c. Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCA 772, [2013] R.J.Q. 650; *L. (J.) c. Gingues*, 2008 QCCA 2242, 93 C.C.L.T. (3d) 67; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Gounis c. Ville de Laval*, 2019 QCCS 479; *Simard c. Amyot*, 2009 QCCS 5509; *Bellefleur c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546; *R. c. Rouleau*, 2002 CanLII 7572; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Pelletier c. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215; *Dubé c. Gélinas*, 2013 QCCS 1681; *Boisvenu c. Sherbrooke (Ville de)*, 2009 QCCS 2688; *Communauté urbaine de Montréal c. Cadieux*, [2002] R.J.D.T. 80; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Blainville (Ville de) c. Beauchemin*, [2003] R.J.Q. 2398; *Ryan c. Auclair* (1991), 31 Q.A.C. 60; *Procureur général du Québec c. Ouellet*, 1998 CanLII 12543; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195; *R. c. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1; *R. c. Coles* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 98; *R. c. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295; *Crépeau c. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Asante-Mensah*, 2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3; *Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Entreprises Sibeca Inc. c. Freighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Papachronis c. Ste-Anne-de-Bellevue (Ville)*, 2007 QCCA 770, 38 M.P.L.R. (4th) 161; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport*



*Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 S.C.R. 3; *Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de)*, [1988] R.J.Q. 1576; *Pincourt (Ville de) v. Construction Cogerec ltée*, 2013 QCCA 1773; *Chelsea (Municipalité de) v. Laurin*, 2010 QCCA 1723; *Foley v. Shames*, 2008 ONCA 588, 297 D.L.R. (4th) 287; *Proulx v. Québec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *McCleave v. City of Moncton (1902)*, 32 S.C.R. 106; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Poulin*, 2004 CanLII 29094; *R. v. Gagné*, [1987] R.J.Q. 1008, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1584; *Vigneault v. La Reine*, 2002 CanLII 63720, aff'g 2001 CanLII 25420; *Mongeau v. Montréal (Communauté urbaine)*, [2000] J.Q. n° 5823 (QL).

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting public transit authorities*, CQLR, c. S-30.01, ss. 140, 144(1).  
*Act respecting public transit authorities*, R.S.Q., c. S-30.01, s. 143.  
*By-law on the standards of safety and conduct to be observed by persons in the rolling stock and buildings operated by or for the Société de transport de Montréal*, preamble, arts. 4(e), 17 [now s. 26] [made under the *Act respecting public transit authorities*, R.S.Q., c. S-30.01, s. 144].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 9, 10(b).  
*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, ss. 24, 29, 49 para. 1.  
*Charter of the French language*, CQLR, c. C-11, s. 8.  
*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, s. 364.  
*Civil Code of Québec*, arts. 300, 1376, 1457, 1463, 1464, 1478, 1479, 1526, 1619, 2130 para. 1, 2164, 2892, 2900.  
*Code of ethics of Québec police officers*, CQLR, c. P-13.1, r. 1, ss. 2, 3, 6 para. 1.  
*Code of Penal Procedure*, CQLR, c. C-25.1, arts. 72 para. 1, 73, 74, 82.  
*Constitution Act, 1867*, s. 133.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 129.  
*Municipal Code of Québec*, CQLR, c. C-27.1, art. 452.  
*Police Act*, CQLR, c. P-13.1, ss. 1 to 6, 48, 49, 69.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Claude Fabien. “L’indemnisation des dommages causés par la police” (1989), 23 *R.J.T.* 419.

(*Ville*), [1989] 1 R.C.S. 705; *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 R.C.S. 3; *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de)*, [1988] R.J.Q. 1576; *Pincourt (Ville de) c. Construction Cogerec ltée*, 2013 QCCA 1773; *Chelsea (Municipalité de) c. Laurin*, 2010 QCCA 1723, [2010] R.J.Q. 2196; *Foley c. Shames*, 2008 ONCA 588, 297 D.L.R. (4th) 287; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *McCleave c. City of Moncton (1902)*, 32 R.C.S. 106; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Poulin*, 2004 CanLII 29094; *R. c. Gagné*, [1987] R.J.Q. 1008, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1584; *Vigneault c. La Reine*, 2002 CanLII 63720, conf. 2001 CanLII 25420; *Mongeau c. Montréal (Communauté urbaine)*, [2000] J.Q. n° 5823 (QL).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 9, 10b).  
*Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 8.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 24, 29, 49 al. 1.  
*Code civil du Québec*, art. 300, 1376, 1457, 1463, 1464, 1478, 1479, 1526, 1619, 2130 al. 1, 2164, 2892, 2900.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 129.  
*Code de déontologie des policiers du Québec*, RLRQ, c. P-13.1, r. 1, art. 2, 3, 6 al. 1.  
*Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1, art. 72 al. 1, 73, 74, 82.  
*Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, art. 452.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 133.  
*Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1, art. 1 à 6, 48, 49, 69.  
*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 364.  
*Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q., c. S-30.01, art. 143.  
*Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, art. 140, 144(1).  
*Règlement concernant les normes de sécurité et de comportement des personnes dans le matériel roulant et les immeubles exploités par ou pour la Société de transport de Montréal*, préambule, art. 4e), 17 [maintenant art. 26] [pris en vertu de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q., c. S-30.01, art. 144].

#### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Claude Fabien. « L’indemnisation des dommages causés par la police » (1989), 23 *R.J.T.* 419.

- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Salt-spring Island, B.C.: Earls court, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
- Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2018-2019*, 3<sup>e</sup> éd. par Benoît Moore, dir., et autres. Montréal: Yvon Blais, 2018.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Yvon Blais, 1989.
- Fabien, Claude. «Les règles du mandat», dans *Extraits du Répertoire de droit*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1989.
- Fabien, Claude. «Mandate», in *Reform of the Civil Code*, vol. 2, *Obligations, VII, VIII*. Translated by Susan Altschul. Texts written for Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993, 2.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Héту, Jean, et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd. Brossard, Que.: Wolters Kluwer, 2002 (feuilles mobiles mises à jour janvier 2019).
- Jobin, Pierre-Gabriel. «La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?» (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Jobin-Laberge, Odette. «Norme, infraction et faute civile», dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 137, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000, 31.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.
- Lacroix, Mariève. «Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle: continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q.» (2012), 46 *R.J.T.* 25.
- Lacroix, Mariève. *L'illicéité: Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
- Lacroix, Mariève. «Responsabilité civile des forces policières», dans *JurisClasseur Québec — Responsabilité professionnelle*, par Anne Bélanger, dir. Montréal: LexisNexis, 2015, fascicule 13.
- Massé, Chantale. «Chronique — Arrestation illégale et brutalité policière: dans quelles circonstances la responsabilité des policiers peut-elle être engagée?», *Re-pères*, mai 2013 (available on La référence).
- Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1, Salt-spring Island (C.-B.), Earls court, 1994 (loose-leaf updated December 2018, release 34).
- Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2018-2019*, 3<sup>e</sup> éd. par Benoît Moore, dir., et autres, Montréal, Yvon Blais, 2018.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Yvon Blais, 1989.
- Fabien, Claude. « Les règles du mandat », dans *Extraits du Répertoire de droit*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1989.
- Fabien, Claude. « Le nouveau droit du mandat », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 881.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Héту, Jean, et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Brossard (Qc), Wolters Kluwer, 2002 (feuilles mobiles mises à jour janvier 2019).
- Jobin, Pierre-Gabriel. « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984), 44 *R. du B.* 222.
- Jobin-Laberge, Odette. « Norme, infraction et faute civile », dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 137, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 31.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- Lacroix, Mariève. « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle: continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q. » (2012), 46 *R.J.T.* 25.
- Lacroix, Mariève. *L'illicéité: Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Lacroix, Mariève. « Responsabilité civile des forces policières », dans *JurisClasseur Québec — Responsabilité professionnelle*, par Anne Bélanger, dir., Montréal, LexisNexis, 2015, fascicule 13.
- Massé, Chantale. « Chronique — Arrestation illégale et brutalité policière: dans quelles circonstances la

- Nadeau, Alain-Robert. *Droit policier: Loi sur la police annotée et règlements concernant la police*, 12<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “ignore”.
- Patenaude, Pierre. “De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l’utilisation par la police de techniques modernes d’enquête et de surveillance”, dans *Police, techniques modernes d’enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, par Pierre Patenaude, dir. Sherbrooke: Revue de droit de l’Université de Sherbrooke, 1998.
- Petit Larousse illustré*, éd. 2020, Paris: Larousse, 2019, “désobéir”, “désobéissance”, “ignorer”.
- Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2020, “désobéir”, “désobéissance”, “ignorer”.
- Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- Robert & Collins: Dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 10<sup>e</sup> éd. Paris: Dictionnaires Le Robert-SEJER, 2016, “ignore”.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2019.
- Vézina, Nathalie. “Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l’observation des astres jurisprudentiels: responsabilité objective, responsabilité subjective et l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent*”, dans Générosa Bras Miranda et Benoît Moore, dir., *Mélanges Adrian Popovici: Les couleurs du droit*. Montréal: Thémis, 2010, 357.
- Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain. *Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., par Jacques Ghestin, dir. Paris: L.G.D.J., 1998.
- Zhou, Han-Ru. “Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile” (2001), 61 *R. du B.* 451.
- responsabilité des policiers peut-elle être engagée? », *Repères*, mai 2013 (disponible sur La référence).
- Nadeau, Alain-Robert. *Droit policier : Loi sur la police annotée et règlements concernant la police*, 12<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « ignore ».
- Patenaude, Pierre. « De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l’utilisation par la police de techniques modernes d’enquête et de surveillance », dans *Police, techniques modernes d’enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, par Pierre Patenaude, dir., Sherbrooke, Revue de droit de l’Université de Sherbrooke, 1998.
- Petit Larousse illustré*, éd. 2020, Paris, Larousse, 2019, « désobéir », « désobéissance », « ignorer ».
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2020, « désobéir », « désobéissance », « ignorer ».
- Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- Robert & Collins : Dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dictionnaires Le Robert-SEJER, 2016, « ignore ».
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 26<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2019.
- Vézina, Nathalie. « Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l’observation des astres jurisprudentiels : responsabilité objective, responsabilité subjective et l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », dans Générosa Bras Miranda et Benoît Moore, dir., *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, 357.
- Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain. *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., par Jacques Ghestin, dir., Paris, L.G.D.J., 1998.
- Zhou, Han-Ru. « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile » (2001), 61 *R. du B.* 451.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Vauclair and Schrager JJ.A.), 2017 QCCA 1919, [2017] J.Q. n° 17168 (QL), 2017 CarswellQue 10898 (WL Can.), affirming a decision of Le Reste J.C.Q., 2015 QCCQ 7948, [2015] J.Q. n° 8499 (QL), 2015 CarswellQue 8746 (WL Can.). Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Vauclair et Schrager), 2017 QCCA 1919, [2017] J.Q. n° 17168 (QL), 2017 CarswellQue 10898 (WL Can.), confirmant la décision du juge Le Reste, 2015 QCCQ 7948, [2015] J.Q. n° 8499 (QL), 2015 CarswellQue 8746 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Aymar Missakila and Ghassan Hamod, for the appellant.*

*Daniel Maillé, for the respondent Société de transport de Montréal.*

*Alexandre Thériault-Marois, Maryann Carter and Marie-Pier Dussault-Picard, for the respondents Ville de Laval and Fabio Camacho.*

*Sylvie Rodrigue and Emma Loignon-Giroux, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.*

*Aymar Missakila et Ghassan Hamod, pour l'appelante.*

*Daniel Maillé, pour l'intimée la Société de transport de Montréal.*

*Alexandre Thériault-Marois, Maryann Carter et Marie-Pier Dussault-Picard, pour les intimés la Ville de Laval et Fabio Camacho.*

*Sylvie Rodrigue et Emma Loignon-Giroux, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.*

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u> .....	1
II. <u>Background</u> .....	8
III. <u>Judicial History</u> .....	25
A. <i>Court of Québec (2015 QCCQ 7948)</i> .....	25
B. <i>Quebec Court of Appeal (2017 QCCA 1919)</i> .....	27
IV. <u>Issues</u> .....	36
V. <u>Analysis</u> .....	37
A. <i>Civil Liability of the Police Under Quebec Law</i> .....	37
(1) <u>Application of the General Rules in Article 1457 C.C.Q.</u> .....	37
(2) <u>Civil Fault and the Reasonable Police Officer Test</u> .....	42
B. <i>Liability of Constable Camacho and the City</i> .....	53
(1) <u>Obligation of Police Officers to Know and Understand the Law</u> .....	55
(2) <u>Presumption of Validity and Non-existence of an Offence</u> .....	67
(3) <u>Application to the Facts</u> .....	75

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u> .....	1
II. <u>Contexte</u> .....	8
III. <u>Historique judiciaire</u> .....	25
A. <i>Cour du Québec (2015 QCCQ 7948)</i> .....	25
B. <i>Cour d'appel du Québec (2017 QCCA 1919)</i> .....	27
IV. <u>Questions en litige</u> .....	36
V. <u>Analyse</u> .....	37
A. <i>La responsabilité civile des forces policières en droit québécois</i> .....	37
(1) <u>L'application du régime général de l'art. 1457 C.c.Q.</u> .....	37
(2) <u>La faute civile et le critère du policier raisonnable</u> .....	42
B. <i>La responsabilité de l'agent Camacho et de la Ville</i> .....	53
(1) <u>L'obligation du policier de connaître et de comprendre l'état du droit</u> .....	55
(2) <u>La présomption de validité et l'inexistence d'une infraction</u> .....	67
(3) <u>L'application aux faits</u> .....	75



C. <i>Liability of the STM</i> .....	105	C. <i>La responsabilité de la STM</i> .....	105
(1) <u>Relative Immunity in the Exercise of a Regulatory Power</u> .....	106	(1) <u>L'immunité relative dans l'exercice d'un pouvoir de réglementation</u> .....	106
(2) <u>Direct Fault of the STM</u> .....	111	(2) <u>La faute directe de la STM</u> .....	111
(3) <u>Liability of the STM as Mandator</u> .....	118	(3) <u>La responsabilité de la STM à titre de mandante</u> .....	118
D. <i>Apportionment of Liability</i> .....	128	D. <i>Le partage de responsabilité</i> .....	128
E. <i>Injury and the Amount of Damages</i> .....	138	E. <i>Le préjudice et la quotité des dommages</i> ...	138
VI. <u>Conclusion</u> .....	141	VI. <u>Conclusion</u> .....	141

## Appendix

English version of the judgment of the Court delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] On an evening in May 2009, the appellant, Bela Kosoian, entered a subway station in order to travel to university. She took the descending escalator. Like many subway users, she did not hold the handrail. She leaned forward and rummaged through her bag. A police officer saw her and ordered her several times to hold the handrail. Ms. Kosoian refused to comply and then refused to identify herself once she reached the bottom of the escalator. A few moments later, as she tried to leave, the police officer and a colleague took her by the elbows and led her to a holding room. Given her refusal to provide a piece of identification and her agitated behaviour, the police officers handcuffed her with her arms crossed behind her back and forced her to sit on a chair. After searching her bag, still without her consent, the officers finally gave her a statement of offence for \$100 for disobeying a pictogram indicating that the handrail should be held and another statement of offence for \$320 for hindering them in their duties. Ms. Kosoian was later acquitted in the Municipal Court.

[2] This appeal concerns Ms. Kosoian's civil liability action against the police officer who arrested

## Annexe

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] Par un soir de mai 2009, l'appelante, Bela Kosoian, entre dans une station de métro afin de se rendre à l'université. Elle emprunte l'escalier mécanique descendant. Comme bien des usagers du métro, elle ne tient pas la main courante. Elle est penchée vers l'avant et fouille dans son sac. Un policier l'aperçoit et lui ordonne à plusieurs reprises de tenir la main courante. Madame Kosoian refuse d'obtempérer, puis, une fois arrivée au bas de l'escalier roulant, elle refuse de s'identifier. Quelques instants plus tard, et alors qu'elle tente de quitter les lieux, le policier et un collègue la prennent par les coudes et la conduisent dans une salle de confinement. Devant son refus de fournir une pièce d'identité et son comportement agité, les policiers la menotent les bras croisés derrière le dos et la forcent à s'asseoir sur une chaise. Après avoir fouillé son sac, toujours sans son consentement, les policiers lui remettent finalement un constat d'infraction de 100 \$ pour avoir désobéi à un pictogramme indiquant de tenir la main courante et un autre au montant de 320 \$ pour avoir entravé le travail des policiers. Madame Kosoian sera par la suite acquittée en cour municipale.

[2] Le présent pourvoi porte sur l'action en responsabilité civile de madame Kosoian contre le policier

her, Constable Fabio Camacho, his employer, Ville de Laval (“City”), and the authority responsible for the subway system, Société de transport de Montréal (“STM”). Ms. Kosoian submits that not only was the arrest unlawful and unreasonable, but it also constituted a fault. She argues that holding the handrail was not an obligation under a by-law, but simply a warning. Furthermore, a reasonable police officer in the same circumstances would not have acted in such a manner.

[3] The courts below rejected Ms. Kosoian’s arguments and found that the respondents, Constable Camacho, the City and the STM, had not incurred any civil liability. In their view, Ms. Kosoian had instead been the author of her own misfortune by refusing to cooperate.

[4] I disagree. With respect, the courts below erred in law in presuming the very existence of the alleged offence. The majority of the Quebec Court of Appeal could not rely on the presumption of validity applicable to the STM’s *By-law on the standards of safety and conduct to be observed by persons in the rolling stock and buildings operated by or for the Société de transport de Montréal* (“By-law R-036”) to support the reasonableness of Constable Camacho’s belief in the existence in law of the alleged offence. The basis for the action instituted by Ms. Kosoian is not that the by-law is invalid, but rather that it does not create the offence alleged against her. In other words, she argues that that offence does not exist in law; yet the presumption that a by-law is valid does not extend to the very existence or scope of an offence. I would add that the validity of the by-law is not challenged in this case and is therefore not a matter I need to address.

[5] In my view, a reasonable police officer in the same circumstances would not have considered failure to hold the handrail to be an offence. Constable Camacho therefore committed a fault when he took hold of Ms. Kosoian in order to prevent her from leaving and detained her in the holding room. The

qui a procédé à son arrestation, l’agent Fabio Camacho, contre l’employeur de ce dernier, la Ville de Laval (« Ville ») et contre la société responsable du réseau de métro, la Société de transport de Montréal (« STM »). Madame Kosoian soutient que l’arrestation était non seulement illégale et abusive, mais également fautive. Selon elle, tenir la main courante ne constituait pas une obligation réglementaire, mais plutôt un simple avertissement. De plus, un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances ne serait pas intervenu de la sorte.

[3] Les juridictions inférieures ont rejeté les prétentions de madame Kosoian et conclu que les intimés, soit l’agent Camacho, la Ville et la STM, n’avaient d’aucune façon engagé leur responsabilité civile. C’est plutôt madame Kosoian qui aurait été l’artisane de son propre malheur en refusant de coopérer.

[4] Je suis en désaccord. Avec égards, les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en présupposant de l’existence même de l’infraction reprochée. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ne pouvaient s’appuyer sur la présomption de validité du *Règlement concernant les normes de sécurité et de comportement des personnes dans le matériel roulant et les immeubles exploités par ou pour la Société de transport de Montréal* (« Règlement R-036 ») de la STM pour justifier le caractère raisonnable de la croyance de l’agent Camacho en l’existence en droit de l’infraction reprochée. L’action intentée par madame Kosoian ne repose pas sur le fait que le règlement serait invalide, mais plutôt sur le fait que celui-ci ne créerait pas l’infraction qui lui était reprochée. En d’autres termes, selon l’appelante, cette infraction était inexistante en droit; or, la présomption de validité d’un règlement ne s’étend pas à l’existence ou à la portée même d’une infraction. J’ajouterai que la validité du règlement n’est pas contestée dans le cadre de la présente affaire, et que je n’ai donc pas à me prononcer à ce sujet.

[5] À mon avis, un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances n’aurait pas considéré que le fait d’omettre de tenir la main courante constituait une infraction. L’agent Camacho a donc commis une faute en prenant madame Kosoian afin de l’empêcher de quitter les lieux et en la détenant dans le local

STM, for its part, committed a fault by teaching police officers that the pictogram in question imposed an obligation to hold the handrail, a fault that explains — at least in part — Constable Camacho’s conduct. Finally, as the police officer’s principal, the City must be held liable for his fault. As for Ms. Kosoian, she was entitled to refuse to obey an unlawful order, and she therefore committed no fault that would justify an apportionment of liability.

[6] In a free and democratic society, police officers may interfere with the exercise of individual freedoms only to the extent provided for by law. Every person can therefore legitimately expect that police officers who deal with him or her will comply with the law in force, which necessarily requires them to know the statutes, regulations and by-laws they are called upon to enforce. Police officers are thus obliged to have an adequate knowledge and understanding of the statutes, regulations and by-laws they have to enforce. Police forces and municipal bodies have a correlative obligation to provide police officers with proper training, including with respect to the law in force. Under Quebec law, a breach of these obligations may, depending on the circumstances, constitute a civil fault.

[7] That is the case here. Ms. Kosoian’s appeal must therefore be allowed against the three respondents, with costs throughout.

## II. Background

[8] On May 13, 2009 at 5:05 p.m., Ms. Kosoian, a 38-year-old student and mother, was in the Montmorency subway station in Laval. She planned to take the Montréal subway to travel to the Université du Québec à Montréal to attend a class.

[9] Ms. Kosoian went down the station’s long escalator. There was a sign posted at the top of the escalator in plain view of users (see the reproduction in the appendix to these reasons). The sign was titled [TRANSLATION] “CAUTION” and contained several

de confinement. Pour sa part, la STM a commis une faute en enseignant aux policiers que le pictogramme en cause imposait l’obligation de tenir la main courante, faute qui explique — du moins en partie — la conduite de l’agent Camacho. Enfin, à titre de commettante du policier, la Ville doit être tenue responsable de la faute de ce dernier. Quant à madame Kosoian, elle était en droit de refuser d’obéir à un ordre illégal, et elle n’a donc commis aucune faute qui justifierait un partage de responsabilité.

[6] Dans une société libre et démocratique, le policier ne peut entraver l’exercice des libertés individuelles que dans la mesure prévue par la loi. Toute personne peut donc légitimement s’attendre à ce que le policier qui intervient auprès d’elle se conforme au droit en vigueur, ce qui requiert nécessairement qu’il connaisse les lois et règlements qu’il est appelé à faire respecter. Le policier a donc l’obligation d’avoir une connaissance et une compréhension adéquates des lois et règlements qu’il doit faire respecter. Pour leur part, les corps policiers et les organismes municipaux ont l’obligation corrélatrice d’offrir une formation appropriée aux policiers, y compris en ce qui a trait au droit en vigueur. En droit québécois, un manquement à ces obligations peut, selon les circonstances, constituer une faute civile.

[7] C’est le cas dans la présente affaire. Le pourvoi de madame Kosoian doit par conséquent être accueilli avec dépens devant toutes les cours, et ce, à l’égard des trois intimés.

## II. Contexte

[8] Le 13 mai 2009, à 17 h 5, madame Kosoian, une étudiante et mère de famille de 38 ans, se trouve dans la station de métro Montmorency, à Laval. Elle prévoit emprunter le métro de Montréal afin de se rendre à l’Université du Québec à Montréal pour assister à un cours.

[9] Madame Kosoian descend le long escalier mécanique de la station. Une affiche est installée en haut de l’escalier, bien en vue des usagers (voir la reproduction en annexe des présents motifs). Cette affiche est coiffée du titre « ATTENTION » et comporte

pictograms, including one showing a figure holding the escalator handrail (except where otherwise indicated, I use the term “pictogram” in my reasons to refer specifically to this figure). The pictogram in question was accompanied by the following warning: [TRANSLATION] “Hold Handrail”. Ms. Kosoian was aware of the existence of the pictogram. She believed that it simply constituted a warning, not an obligation under a by-law.

[10] As she went down the escalator, Ms. Kosoian rummaged through her backpack looking for money to pay for her ticket. While she did so, she did not hold the handrail.

[11] That evening, Constable Camacho, a police officer with the City, was assigned with a colleague to monitor the subway stations in Laval, including the Montmorency station. The STM had designated the two police officers as inspectors and, for that purpose, had given them nearly 20 hours of training on safety in the subway system, the applicable by-laws and the actions they were to take. Among other things, the STM taught the police officers that holding the handrail was an obligation under a by-law. In fact, in Constable Camacho’s view, *all* of the pictograms in the subway established prohibitions or obligations, and failure to comply with them was an offence.

[12] While patrolling the Montmorency station, Constable Camacho saw that Ms. Kosoian was going down the escalator without holding the handrail. Fearing for her safety, he decided to intervene to [TRANSLATION] “raise awareness”. He approached her and warned: “Careful, you might fall. It’s dangerous. You should hold the handrail” (C.Q. reasons, 2015 QCCQ 7948, at para. 139 (CanLII)).

[13] Ms. Kosoian refused to do so, and a heated exchange ensued. Although the versions of events differ, it is clear that the appellant was upset by the police officers’ actions and that she questioned their authority. For their part, the police officers found her tone to be arrogant and aggressive. In the end, Constable Camacho ordered her to hold the handrail

plusieurs pictogrammes, dont celui montrant une figure tenant la main courante de l’escalier (sauf mention contraire, c’est précisément à cette figure que je fais allusion lorsque j’emploie le terme « pictogramme » dans mes motifs). Le pictogramme en question est accompagné de la mise en garde suivante : « Tenir la main courante ». Madame Kosoian connaît l’existence de ce pictogramme. Elle est d’avis qu’il s’agit d’un simple avertissement, et non d’une obligation réglementaire.

[10] Tout en se laissant descendre dans l’escalier mécanique, madame Kosoian fouille dans son sac à dos à la recherche d’argent pour payer son titre de transport. Pendant qu’elle fait cela, elle ne tient pas la main courante.

[11] Ce soir-là, l’agent Camacho, un policier de la Ville, est affecté avec un collègue à la surveillance des stations de métro situées sur le territoire de Laval, dont la station Montmorency. La STM a désigné les deux policiers à titre d’inspecteurs et leur a offert, à cette fin, près de 20 heures de formation portant sur la sécurité dans le réseau de métro, la réglementation applicable et les interventions à effectuer. La STM enseigne notamment aux policiers que le fait de tenir la main courante constitue une obligation réglementaire. De fait, selon l’agent Camacho, *tous* les pictogrammes dans le métro établissent des interdictions ou des obligations, et ne pas les respecter constitue une infraction.

[12] En patrouillant la station Montmorency, l’agent Camacho constate que madame Kosoian descend l’escalier mécanique sans tenir la main courante. Il craint pour la sécurité de celle-ci et décide d’intervenir à des fins de « sensibilisation ». S’approchant d’elle, il la met en garde : « Attention, vous pouvez tomber, c’est dangereux. Vous devriez tenir la rampe » (motifs de la C.Q., 2015 QCCQ 7948, par. 139 (CanLII)).

[13] Madame Kosoian refuse de le faire et il s’ensuit un échange animé. Bien que les versions divergent, on comprend que l’appelante est contrariée par l’intervention des policiers et qu’elle met en doute leur autorité. Pour leur part, les policiers trouvent que le ton de celle-ci est arrogant et agressif. Au final, l’agent Camacho lui ordonne de tenir la main

and threatened to give her a statement of offence if she refused to comply. Ms. Kosoian persisted in refusing to do so.

[14] Ms. Kosoian and Constable Camacho arrived at the bottom of the escalator. Any potential danger had now passed. Constable Camacho nonetheless stood by his decision to give Ms. Kosoian a statement of offence for disobeying the pictogram. He asked her to follow him to the STM's holding room so he could draw up the statement there, but she ignored his request and tried to walk toward the subway turnstiles instead.

[15] The police officers then intervened physically. Constable Camacho took hold of Ms. Kosoian's forearm to restrain her. With his colleague's help, he then led her to the holding room by force, holding her — at least briefly — by the elbows. The room contained a table, chairs and a cell. There was a surveillance camera in the room that filmed the scene.

[16] Once inside the room, Constable Camacho asked Ms. Kosoian to give him a piece of identification. She refused to identify herself and asked to be allowed to contact a lawyer. Constable Camacho then told her that he would arrest her for hindering a police officer in his duties if she did not cooperate. Faced with her repeated refusals to cooperate and her agitation, he advised her that she was under arrest and informed her of her constitutional rights.

[17] Constable Camacho then tried to search Ms. Kosoian's backpack to find a piece of identification, but she objected. He [TRANSLATION] “placed his foot on hers, pressing firmly with his shoe”, and attempted to take the backpack from her (C.Q. reasons, at para. 32).

[18] It was then that the police officers decided — following a warning — to handcuff Ms. Kosoian by pulling her arms back, pinning her against the wall and placing the cuffs on her. They then forced

courante et menace de lui remettre un constat d'infraction si elle refuse de se conformer. Madame Kosoian persiste dans son refus.

[14] Madame Kosoian et l'agent Camacho arrivent au bas de l'escalier mécanique. Tout danger potentiel est maintenant écarté. L'agent Camacho maintient néanmoins sa décision de lui remettre un constat d'infraction pour avoir désobéi au pictogramme. Il demande à madame Kosoian de le suivre jusqu'au local de confinement de la STM afin de pouvoir y rédiger le constat, mais celle-ci ignore sa demande et cherche plutôt à se diriger vers les tourniquets du métro.

[15] S'ensuit une intervention physique. L'agent Camacho prend l'avant-bras de madame Kosoian pour la retenir. Puis, aidé par son collègue, l'agent Camacho la conduit de force vers le local de confinement en la tenant — quelques instants du moins — à la hauteur des coudes. Le local comporte une table, des chaises et une cellule. Une caméra de surveillance s'y trouve et filme la scène.

[16] Une fois à l'intérieur du local, l'agent Camacho demande à madame Kosoian de lui remettre une pièce d'identité. Elle refuse de s'identifier et réclame de pouvoir communiquer avec un avocat. L'agent Camacho lui indique alors qu'il procédera à son arrestation pour cause d'entrave au travail d'un policier si elle ne coopère pas. Devant les refus répétés de madame Kosoian de coopérer et l'attitude agitée de cette dernière, l'agent Camacho l'avise qu'elle est en état d'arrestation et l'informe de ses droits constitutionnels.

[17] L'agent Camacho tente ensuite de fouiller le sac à dos de madame Kosoian afin d'y trouver une pièce d'identité. Celle-ci s'y oppose. L'agent Camacho « met son pied sur [celui de madame Kosoian] en appuyant fermement avec son soulier » et cherche à lui enlever le sac (motifs de la C.Q., par. 32).

[18] C'est alors que les policiers décident — après un avertissement — de menotter madame Kosoian en ramenant ses bras vers l'arrière, en l'immobilisant contre le mur, puis en lui passant les menottes. Ils

her to sit on a chair before they searched her bag, in which they quickly found her wallet and identification cards.

[19] While Constable Camacho was drawing up the statements of offence, Ms. Kosoian continued to protest and moved closer to him several times to look at what he was writing. The police officers had to use force to keep her on her chair. Because of her agitated behaviour, Constable Camacho placed his right foot on the left leg of the chair. In the end, the officers told Ms. Kosoian about the presence of the surveillance camera, which apparently had the effect of easing tensions.

[20] At 5:29 p.m., the police officers finally gave her two statements: one for \$100 for disobeying a directive or pictogram posted by the STM contrary to art. 4(e) of By-law R-036, and another for \$320 for hindering an inspector in the performance of inspection duties contrary to s. 143 of the *Act respecting public transit authorities*, R.S.Q., c. S-30.01. The police officers then removed the handcuffs from Ms. Kosoian's wrists, and she took the statements and left.

[21] According to Ms. Kosoian, she experienced significant psychological stress and humiliation as a result of the police action. The following day, she saw a physician, who found that she was suffering from post-arrest anxiety and had superficial abrasions on her wrists and one of her feet. A few days later, another physician diagnosed her with post-traumatic stress and a sprained wrist.

[22] Meanwhile, Ms. Kosoian's spouse filed a complaint with the STM the day after the police action. He formally requested that the videotapes be given to him. His request went unheeded. Because Constable Camacho was on vacation when the complaint was filed, it was only once he returned on May 19 that he was able to request that the tapes be kept. It was too late. After five days, the surveillance system had already erased the images of the incident.

la forcent ensuite à s'asseoir sur une chaise avant de fouiller son sac, où ils trouvent rapidement son portefeuille et ses cartes d'identité.

[19] Alors que l'agent Camacho s'affaire à rédiger les constats d'infraction, madame Kosoian continue de protester et s'approche à plusieurs reprises de lui afin de regarder ce qu'il écrit. Les policiers doivent la maintenir de force sur sa chaise. Devant son comportement agité, l'agent Camacho dépose son pied droit sur la patte gauche de la chaise. Les policiers indiquent finalement à madame Kosoian la présence de la caméra de surveillance, ce qui aurait eu pour effet de calmer les tensions.

[20] À 17 h 29, les policiers lui remettent finalement deux constats : l'un de 100 \$ pour avoir désobéi à une directive ou à un pictogramme affiché par la STM en vertu de l'art. 4e) du Règlement R-036; l'autre de 320 \$ pour entrave au travail d'un inspecteur dans l'exercice de ses fonctions à l'encontre de l'art. 143 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q., c. S-30.01. Les policiers retirent ensuite les menottes des poignets de madame Kosoian, qui prend les constats et quitte les lieux.

[21] À la suite de l'intervention policière, madame Kosoian dit ressentir un important stress psychologique et un sentiment d'humiliation. Le lendemain, elle consulte un médecin qui constate une anxiété post-arrestation, de même que des écorchures superficielles aux poignets et à un pied. Quelques jours plus tard, un autre médecin diagnostique un état de stress post-traumatique ainsi qu'une entorse au poignet.

[22] En parallèle, dès le lendemain de l'intervention, le conjoint de madame Kosoian porte plainte auprès de la STM. Il demande formellement que les bandes vidéo lui soient remises. Sa demande demeure lettre morte. Puisqu'au moment où la plainte est portée, l'agent Camacho est en vacances, c'est seulement à son retour, le 19 mai, que ce dernier est en mesure de demander que les bandes soient conservées. Il est trop tard. Après cinq jours, le système de surveillance a déjà effacé les images de l'événement.



[23] In accordance with the statements of offence issued on its behalf, the STM, as prosecutor, instituted penal proceedings in the Municipal Court of Ville de Montréal. Ms. Kosoian was ultimately acquitted of the two offences on March 14, 2012. In his decision, Judge Bisson concluded that he was not [TRANSLATION] “satisfied beyond a reasonable doubt that there is an obligation to obey [the] pictogram” (A.R., vol. II, at para. 48). He also stated that Ms. Kosoian’s testimony was “credible and believed” (*ibid.*). Conversely, he did not accept the prosecution’s evidence “in light of the contradictions between the abridged offence reports and the testimony of the constable [Camacho]” (*ibid.*). He even stated that he had “the impression that adjustments were made to the evidence to justify the failure of this intervention, which basically should have been routine” (*ibid.*).

[24] Ms. Kosoian subsequently instituted the civil liability action that is the subject of this appeal. She alleged, among other things, that Constable Camacho had committed a civil fault by making an unlawful and unreasonable arrest on the basis of a pictogram that did not create an offence but simply gave a [TRANSLATION] “warning of danger”. She added that the physical restraint used against her was unreasonable in the circumstances. She argued that the City was also liable as Constable Camacho’s principal. As for the STM, Ms. Kosoian reproached it for improperly applying By-law R-036 by treating failure to comply with the pictogram indicating that the handrail should be held as if it were an offence, and for instituting and pursuing penal proceedings on that basis over a three-year period. She argued that the STM was also liable, as mandator, for the faults committed by Constable Camacho, since it had designated him to enforce its by-laws. According to Ms. Kosoian, the faults committed by Constable Camacho and the STM had caused her psychological suffering and minor bodily injuries in addition to impairing her dignity. She claimed a total of \$69,000 in compensatory and punitive damages.

[23] Conformément aux constats d’infraction délivrés en son nom, la STM entreprend des procédures pénales devant la Cour municipale de la Ville de Montréal à titre de poursuivante. Madame Kosoian sera finalement acquittée des deux infractions le 14 mars 2012. Dans sa décision, le juge Bisson conclut qu’il n’est pas « convaincu hors de tout doute raisonnable de l’obligation d’obéissance [au] pictogramme » (d.a., vol. II, par. 48). Il fait également remarquer que le témoignage de madame Kosoian est « crédible et cru » (*ibid.*). À l’inverse, il ne retient pas la preuve de la poursuite « vu les contradictions entre les rapports d’infraction abrégés et le témoignage de l’agent [Camacho] » (*ibid.*). Il dit même avoir « l’impression que des ajustements ont été apportés à la preuve pour justifier la faillite de cette intervention qui, à la base, se devait d’être banale » (*ibid.*).

[24] Madame Kosoian intente par la suite l’action en responsabilité civile qui fait l’objet du présent pourvoi. Elle reproche notamment à l’agent Camacho d’avoir commis une faute civile en procédant à une arrestation illégale et abusive, sur la base d’un pictogramme qui ne crée pas une infraction mais donne plutôt un simple « avertissement de danger ». Elle ajoute que la contrainte physique exercée à son endroit était déraisonnable dans les circonstances. La Ville serait aussi responsable à titre de commettante de l’agent Camacho. Quant à la STM, madame Kosoian lui reproche d’avoir appliqué le Règlement R-036 de manière fautive en traitant l’omission de respecter le pictogramme indiquant de tenir la main courante comme s’il s’agissait d’une infraction, et d’avoir entrepris et poursuivi des procédures pénales sur cette base sur une période de trois ans. La STM serait également responsable, à titre de mandante, des fautes commises par l’agent Camacho, ayant désigné ce dernier pour faire respecter sa réglementation. Selon madame Kosoian, les fautes de l’agent Camacho et de la STM lui auraient causé de la souffrance psychologique et des blessures corporelles mineures, en plus de porter atteinte à sa dignité. Au total, elle réclame une somme de 69 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires et punitifs.

### III. Judicial History

#### A. *Court of Québec (2015 QCCQ 7948)*

[25] The trial judge, the Honourable Denis Le Reste, dismissed the civil liability action. He found that Constable Camacho had not committed any civil fault (para. 270). In his view, the applicable rules and directives were [TRANSLATION] “clear” and their implementation “beyond reproach” (para. 281), so much so that Constable Camacho’s work had been “exemplary and irreproachable” (para. 266). He also stated that he did not have the “slightest suspicion of unreasonable methods used by the police officers” (para. 279). He found that Ms. Kosoian had at no time been “unlawfully detained” (para. 276) and that the actions taken against her, including the use of handcuffs, had been “entirely justified” in the circumstances (paras. 277-80). Rather, it was Ms. Kosoian who had behaved in an “inconceivable” manner by “unlawfully and stubbornly” refusing to comply with a police officer’s order and to hold the escalator handrail (paras. 270-72).

[26] In light of these findings, the trial judge did not assess the amount of damages. However, in quoting *Godin v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCQ 5513, he did reproduce an excerpt from *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 9, in which the Court stated that “minor and transient upsets” do not constitute compensable injury in tort law.

#### B. *Quebec Court of Appeal (2017 QCCA 1919)*

[27] The majority dismissed Ms. Kosoian’s appeal. The Honourable Julie Dutil, writing for the majority, expressed the view that Constable Camacho did not commit a civil fault by giving the appellant a statement of offence and by arresting her when she refused to identify herself (para. 6 (CanLII)). Dutil J.A. noted that, in matters of civil liability, a police officer is held to the standard of a reasonable police officer in the same circumstances, such that the officer’s conduct must be considered in light of the facts known to him or her at the time of the events

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour du Québec (2015 QCCQ 7948)*

[25] Le juge du procès, l’honorable Denis Le Reste, rejette l’action en responsabilité civile. Il conclut que l’agent Camacho n’a commis aucune faute civile (par. 270). À son avis, les règles et directives applicables étaient « claires » et leur mise en application « sans reproche » (par. 281), si bien que le travail de l’agent Camacho était « exemplaire et irréprochable » (par. 266). Il précise d’ailleurs ne pas avoir le « moindre soupçon de moyens déraisonnables utilisés par les policiers » (par. 279). Selon lui, madame Kosoian n’a jamais été « détenue illégalement » (par. 276) et les gestes accomplis à son endroit, y compris l’usage des menottes, étaient « totalement justifiés » dans les circonstances (par. 277-280). C’est plutôt madame Kosoian qui aurait eu un comportement « inconcevable » en refusant « illégalement et obstinément » d’obtempérer à l’ordre d’un policier et de tenir la main courante de l’escalier mécanique (par. 270-272).

[26] Compte tenu de ces conclusions, le juge du procès ne procède pas à l’évaluation de la quotité des dommages-intérêts. Cependant, en citant la décision *Godin c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCQ 5513, il reproduit un extrait de l’arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 9, où la Cour énonce que les « contrariétés mineures et passagères » ne constituent pas un préjudice indemnisable en matière de responsabilité délictuelle.

#### B. *Cour d’appel du Québec (2017 QCCA 1919)*

[27] Les juges majoritaires rejettent l’appel de madame Kosoian. Au nom de la majorité, l’honorable Julie Dutil se dit d’avis que l’agent Camacho n’a pas commis de faute civile en remettant un constat d’infraction à l’appelante et en procédant à son arrestation lorsque celle-ci a refusé de s’identifier (par. 6 (CanLII)). Elle rappelle qu’en matière de responsabilité civile, un policier est assujéti à la norme du policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances, de sorte que sa conduite doit être examinée à la lumière des faits connus du policier au moment



(*ibid.*). In this case, she noted that By-law R-036 was presumed to be valid at the time of the events and that Constable Camacho had also received training on the subject (paras. 7-8, 11 and 13). For these reasons, he had to assume that failing to hold the handrail was an offence under the by-law in force (*ibid.*). Dutil J.A. added that it was not Constable Camacho's role to analyze the law to determine whether the offence existed in law (para. 11). In the end, she concluded that it was [TRANSLATION] “[t]he appellant [who] was the author of her own misfortune” (para. 18). Ms. Kosoian should have cooperated with the police, even if she contested the statements of offence later. In this context, even on the assumption that a fault had been committed, it would not be appropriate to award damages as a remedy (para. 18).

[28] On the issue of the STM's liability, Dutil J.A. stated that that public body enjoys relative immunity in the exercise of its regulatory power, which includes the implementation of By-law R-036 (para. 21). For the STM to be found civilly liable on this basis, Ms. Kosoian had to establish that it had acted in bad faith. In Dutil J.A.'s view, she had not proved this (para. 22).

[29] The Honourable Martin Vaclair wrote concurring reasons in which he agreed with Dutil J.A.'s opinion (para. 25) but also stated that the police officers could lawfully search Ms. Kosoian's bag, incidentally to her arrest, in order to identify her (para. 42). Dutil J.A. found that it was not necessary to decide that question (para. 15).

[30] The dissenting judge, the Honourable Mark Schragger, would have allowed the appeal, set aside the trial judgment and ordered the respondents to pay Ms. Kosoian \$15,000 in damages. In his opinion, the trial judge had erred in law in finding that there was an obligation under a by-law to hold the handrail on the STM's escalators (paras. 58 and 64).

des événements (*ibid.*). En l'espèce, elle note que le Règlement R-036 était présumé valide au moment des faits et qu'au surplus, l'agent Camacho avait reçu une formation à ce sujet (par. 7-8, 11 et 13). Pour ces raisons, le policier devait tenir pour acquis que le fait de ne pas tenir la main courante constituait une infraction suivant la réglementation en vigueur (*ibid.*). La juge Dutil ajoute que ce n'était pas à l'agent Camacho d'analyser le droit afin de déterminer si l'infraction existait ou non en droit (par. 11). Au bout du compte, la juge conclut que c'est « [l]'appelante [qui] a été l'artisane de son propre malheur » (par. 18). Madame Kosoian aurait dû coopérer avec les policiers — quitte à contester par la suite les constats d'infraction. Dans ce contexte, à supposer même qu'une faute ait été commise, il ne serait pas approprié d'accorder une réparation en dommages-intérêts (par. 18).

[28] En ce qui a trait à la responsabilité de la STM, la juge Dutil affirme que cet organisme public bénéficie d'une immunité relative dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, ce qui comprendrait la mise en application du Règlement R-036 (par. 21). Pour que soit retenue la responsabilité civile de la STM sur cette base, madame Kosoian devait établir que l'organisme avait agi avec mauvaise foi. Une telle preuve n'aurait pas été faite suivant la juge Dutil (par. 22).

[29] L'honorable Martin Vaclair, pour sa part, signe des motifs concordants dans lesquels il souscrit à l'opinion de la juge Dutil (par. 25), mais précise par ailleurs que les policiers pouvaient légalement procéder à la fouille du sac de madame Kosoian, accessoirement à son arrestation, afin de l'identifier (par. 42). La juge Dutil estime quant à elle qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question (par. 15).

[30] Le juge dissident, l'honorable Mark Schragger, aurait quant à lui accueilli l'appel, infirmé le jugement de première instance, et condamné les intimés à verser des dommages-intérêts de 15 000 \$ à madame Kosoian. À son avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant qu'il existe une obligation réglementaire de tenir la main courante dans les escaliers mécaniques de la STM (par. 58 et 64).

[31] First, he expressed the view that art. 4(e) of By-law R-036 could not render it an offence to fail to comply with a pictogram (paras. 58-59 and 64-65). This would be an unlawful subdelegation of the STM's regulatory power to the person responsible for making and posting pictograms. The enabling provision, s. 144(1) of the *Act respecting public transit authorities*, CQLR, c. S-30.01, authorizes the STM to prescribe standards of safety and conduct only through a by-law approved by the city. However, the pictogram in question did not receive such approval.

[32] The dissenting judge then noted, on an alternative basis, that [TRANSLATION] "the pictogram communicates only a warning to hold the handrail" and therefore does not set out a *directive* (paras. 67-70 (emphasis added)). He found that a pictogram cannot be the source of an offence under art. 4(e) unless it amounts to a directive (paras. 71-72). As such, Ms. Kosoian could not be reproached legally for disobeying a message that in fact only advises users to be careful (para. 67). The dissenting judge concluded that By-law R-036 does not render it an offence to fail to hold the handrail (para. 73).

[33] In the dissenting judge's view, not only were the arrest and search unlawful, but they also constituted a fault given that the offence that could have justified them did not exist (paras. 90-91). He stated that police officers must know the general principles of criminal and penal law they have to apply (para. 84) and that ignorance of the law is no defence (para. 82). In the instant case, therefore, it was not sufficient that Constable Camacho sincerely believed that art. 4(e) of By-law R-036 created an offence (para. 84). The dissenting judge was also of the view that the reasonable police officer standard can be of no assistance where a court is called upon to decide a question of law rather than to assess a fact situation (para. 85). When an arrest is made for an offence that does not exist in law, the act constitutes a fault even if it also results from improper training (para. 88).

[31] D'abord, il dit être d'avis que l'art. 4e) du Règlement R-036 ne peut pas créer une infraction pour défaut de respecter un pictogramme (par. 58-59 et 64-65). Il s'agirait d'une sous-délégation illégale du pouvoir de réglementation de la STM à la personne chargée de la confection et de l'affichage des pictogrammes. En effet, la disposition habilitante, le par. 144(1) de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, n'autorise la STM à édicter des normes de sécurité et de comportement que par voie de règlement approuvé par la Ville. Or, le pictogramme en cause n'a pas fait l'objet d'une telle approbation.

[32] Ensuite, de façon subsidiaire, le juge dissident fait observer que « le pictogramme communique uniquement un avertissement de tenir la main courante » et qu'il n'exprime donc pas une *directive* (par. 67-70 (je souligne)). Selon lui, un pictogramme ne saurait être la source d'une infraction visée à l'art. 4e) à moins d'avoir le caractère d'une directive (par. 71-72). En effet, on ne pourrait légalement reprocher à madame Kosoian d'avoir désobéi à un message qui est en fait seulement un conseil de prudence (par. 67). Le juge dissident en conclut que le Règlement R-036 ne crée aucune infraction fondée sur le fait de ne pas tenir la main courante (par. 73).

[33] Le juge dissident estime que l'arrestation et la fouille sont non seulement illégales, mais également fautives, étant donné que l'infraction qui aurait pu les justifier était inexistante (par. 90-91). Selon lui, les policiers doivent connaître les principes généraux du droit pénal et criminel qu'ils sont appelés à appliquer (par. 84) et l'ignorance de la loi n'est pas une défense (par. 82). Ainsi, en l'espèce, il n'était pas suffisant pour l'agent Camacho de croire sincèrement que l'art. 4e) du Règlement R-036 créait une infraction (par. 84). Le juge dissident est en outre d'avis que la norme du policier raisonnable perd son utilité lorsqu'il s'agit d'une question de droit et non de l'appréciation d'une situation factuelle (par. 85). Dans le cas d'une arrestation pour une infraction qui n'existe pas en droit, le geste serait fautif même s'il résulte par ailleurs d'une formation inadéquate (par. 88).

[34] The dissenting judge further found that in addition to being liable for its own faults in the drafting and implementation of By-law R-036, including the training given to police officers, the STM was liable as mandator for Constable Camacho's fault (paras. 97-98). He was of the opinion that, in the circumstances, the STM could not claim the relative immunity enjoyed by public bodies in the exercise of their regulatory power (para. 100). The STM was also at fault for failing to discontinue the proceedings against Ms. Kosoian in the Municipal Court of Montréal (para. 101). Finally, the City too was liable for Constable Camacho's fault in its capacity as his principal (para. 102).

[35] The dissenting judge expressed the view that the events had caused moral injury to Ms. Kosoian. After reviewing the relevant jurisprudence, he set the total amount of compensation at \$20,000 (paras. 105-12). However, he found that 25 percent of the liability should be apportioned to the appellant because her failure to cooperate with the police officers had aggravated the situation. She had thus breached her duty to mitigate the injury (para. 113). Schragger J.A. would therefore have ordered the respondents solidarily to pay the appellant \$15,000 while apportioning all of the liability to the STM, among the three respondents, because of its role in drafting the by-law, training the police officers and prosecuting Ms. Kosoian in the Municipal Court (para. 116).

#### IV. Issues

[36] The following issues must be considered in this appeal:

- (a) What are the general principles governing the civil liability of the police?
- (b) Did Constable Camacho incur civil liability by acting as he did toward Ms. Kosoian because of the fact that she was not holding the escalator handrail?
- (c) Did the STM incur civil liability by committing a direct fault? If so, can it claim public law

[34] De plus, le juge dissident conclut que la STM est responsable de la faute de l'agent Camacho à titre de mandante, en plus d'engager sa responsabilité pour ses propres fautes dans la rédaction et dans la mise en application du Règlement R-036, notamment les formations offertes aux policiers (par. 97-98). Selon lui, la STM ne peut se prévaloir, dans les circonstances, de l'immunité relative dont bénéficient les organismes publics dans l'exercice de leur pouvoir de réglementation (par. 100). Il était par ailleurs fautif pour la STM de ne pas se désister de la poursuite contre madame Kosoian devant la Cour municipale de Montréal (par. 101). Enfin, la Ville serait également responsable de la faute de l'agent Camacho en raison de sa qualité de commettante de ce dernier (par. 102).

[35] Le juge dissident exprime l'avis que les événements ont causé à madame Kosoian un préjudice moral. Après une revue de la jurisprudence pertinente, il établit le montant total de la réparation à 20 000 \$ (par. 105-112). Il estime cependant que l'appelante doit assumer 25 p. 100 de la responsabilité, parce que son manque de coopération avec les policiers a aggravé la situation. Elle aurait de ce fait manqué à son obligation de mitiger le préjudice (par. 113). Le juge Schragger aurait donc condamné les intimés à payer solidairement 15 000 \$ à l'appelante, en attribuant l'entièreté de la responsabilité, entre eux, à la STM en raison de son rôle dans la rédaction du règlement, dans la formation des policiers et dans la poursuite devant la Cour municipale (par. 116).

#### IV. Questions en litige

[36] Le présent pourvoi requiert l'examen des questions suivantes :

- a) Quels sont les principes généraux qui régissent la responsabilité civile des forces policières?
- b) L'agent Camacho a-t-il engagé sa responsabilité civile en intervenant comme il l'a fait auprès de madame Kosoian en raison du fait que cette dernière ne tenait pas la main courante de l'escalier mécanique?
- c) La STM a-t-elle engagé sa responsabilité civile en commettant une faute directe? Dans

relative immunity? Did it also incur liability as mandator?

- (d) On the assumption that Ms. Kosoian is successful, must she bear a share of the liability because of her refusal to cooperate with the police?

## V. Analysis

### A. *Civil Liability of the Police Under Quebec Law*

- (1) Application of the General Rules in Article 1457 C.C.Q.

[37] Under Quebec civil law, s. 48 of the *Police Act*, CQLR, c. P-13.1, specifically entrusts police officers with the mission of maintaining peace, order and public security and preventing and repressing crime and offences under the law and municipal by-laws. In doing so, police officers help to ensure the safety of persons and property and to safeguard rights and freedoms (see, e.g., A.-R. Nadeau, *Droit policier: Loi sur la police annotée et règlements concernant la police* (12th ed. 2008), at p. XIII).

[38] In carrying out their mission, police officers are required to limit these same rights and freedoms using the coercive power of the state, including by detaining or arresting individuals and by conducting searches or seizures. The risk of abuse is undeniable. That is why, in a society founded on the rule of law, it is important that there always be a legal basis for the actions taken by police officers (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at pp. 28-29; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at pp. 672-73). In the absence of such justification, their conduct is unlawful and cannot be tolerated.

[39] In exercising these powers, police officers are therefore bound by strict rules of conduct that are meant to prevent arbitrariness and unjustified restrictions on rights and freedoms (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007

l'affirmative, peut-elle invoquer une immunité relative de droit public? A-t-elle par ailleurs engagé sa responsabilité à titre de mandante?

- d) En supposant que madame Kosoian ait gain de cause, cette dernière doit-elle assumer une part de responsabilité du fait de son refus de coopérer avec les policiers?

## V. Analyse

### A. *La responsabilité civile des forces policières en droit québécois*

- (1) L'application du régime général de l'art. 1457 C.c.Q.

[37] En droit civil québécois, l'art. 48 de la *Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1, confie expressément aux policiers la mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime, de même que les infractions aux lois ou aux règlements adoptés par les autorités municipales. Ce faisant, les policiers contribuent à assurer la sécurité des personnes et des biens et à sauvegarder les droits et les libertés (voir, p. ex., A.-R. Nadeau, *Droit policier : Loi sur la police annotée et règlements concernant la police* (12<sup>e</sup> éd. 2008), p. XIII).

[38] En accomplissant leur mission, les policiers sont appelés à restreindre ces mêmes droits et libertés en recourant au pouvoir coercitif de l'État, ce qui se traduit notamment par la détention ou l'arrestation de personnes, ainsi que par des fouilles, perquisitions ou saisies. Le risque d'abus est indéniable. C'est pourquoi il importe, dans une société qui repose sur la primauté du droit, que les actes des policiers trouvent en tout temps un fondement juridique (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 28-29; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, p. 672-673). À défaut de telles justifications, leur conduite est illégale et ne saurait être tolérée.

[39] Les policiers sont conséquemment astreints, dans l'exercice de ces pouvoirs, à des règles de conduite exigeantes visant à prévenir l'arbitraire et les restrictions injustifiées aux droits et libertés (*Hill c. Commission des services policiers de*

SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 71; *Jauvin v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.R.A. 37 (C.A.), at para. 46). Police officers who deviate from these rules may be civilly liable. They have no public law immunity in this regard (*Jauvin*, at para. 42; *Régie intermunicipale de police des Seigneuries v. Michaelson*, [2005] R.R.A. 7 (Que. C.A.), at para. 22; *Popovic v. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2371, [2009] R.R.A. 1, at para. 63).

[40] Under Quebec law, a police officer, like any other person, is held civilly liable for the injury caused to another by his or her fault, in accordance with art. 1457 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”). The officer’s employer is bound to make reparation for the injury if the fault was committed in the performance of the officer’s duties, pursuant to arts. 1463 and 1464 *C.C.Q.* In short, there are no exceptional rules applicable to the police (M. Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, in *JurisClasseur Québec — Responsabilité professionnelle*, by A. Bélanger, ed., fasc. 13, at para. 6; J.-L. Baudouin and C. Fabien, “L’indemnisation des dommages causés par la police” (1989), 23 *R.J.T.* 419, at p. 422).

[41] Whether a police officer should be held civilly liable must be determined by referring to the cumulative conditions set out in art. 1457 *C.C.Q.*, namely fault, injury and a causal link between the two. The case at bar specifically requires the Court to consider the concept of a police officer’s civil fault and the test to establish such a fault, that is, the reasonable police officer in the same circumstances. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal: the reasonable police officer test remains relevant where compliance with the law is in issue.

(2) Civil Fault and the Reasonable Police Officer Test

[42] Under Quebec civil law, art. 1457 *C.C.Q.* imposes on every person “a duty to abide by the rules of conduct incumbent on him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another”. An extracontractual civil fault

*la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 71; *Jauvin c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.R.A. 37 (C.A.), par. 46). Lorsqu’un policier s’écarte de ces règles, il est susceptible d’engager sa responsabilité civile. Il ne bénéficie à cet égard d’aucune immunité de droit public (*Jauvin*, par. 42; *Régie intermunicipale de police des Seigneuries c. Michaelson*, [2005] R.R.A. 7 (C.A. Qc), par. 22; *Popovic c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2371, [2009] R.R.A. 1, par. 63).

[40] En droit québécois, comme tout autre justiciable, le policier est tenu responsable civilement du préjudice qu’il cause à autrui par une faute, conformément à l’art. 1457 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). Son employeur est pour sa part tenu de réparer le préjudice dans la mesure où la faute du policier a été commise dans l’exécution de ses fonctions, suivant les art. 1463 et 1464 *C.c.Q.* En somme, il n’existe aucun régime d’exception applicable aux forces policières (M. Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », dans *JurisClasseur Québec — Responsabilité professionnelle*, par A. Bélanger, dir., fasc. 13, par. 6; J.-L. Baudouin et C. Fabien, « L’indemnisation des dommages causés par la police » (1989), 23 *R.J.T.* 419, p. 422).

[41] Pour déterminer si un policier doit être tenu responsable civilement, il faut se reporter aux conditions cumulatives prescrites à l’art. 1457 *C.c.Q.*, en l’occurrence la faute, le préjudice et le lien causal entre les deux. La présente affaire requiert plus particulièrement l’examen de la notion de faute civile du policier et du critère qui s’y applique, soit celui du policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Sur ce point, je suis en accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel : le critère du policier raisonnable ne perd pas sa pertinence lorsque le respect du droit est en cause.

(2) La faute civile et le critère du policier raisonnable

[42] En droit civil québécois, l’art. 1457 *C.c.Q.* impose à toute personne « le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». Une faute civile



occurs where a person who is endowed with reason fails in this duty by acting in a manner that departs from the conduct of a reasonable, prudent and diligent person in the same circumstances (*St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 21; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 24; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), vol. 1, at Nos. 1-182 and 1-195; V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at paras. 2505, 2508 and 2514-15). In this sense, fault is a [TRANSLATION] “universal concept” that applies in any lawsuit based on art. 1457 *C.C.Q.* (*St. Lawrence Cement*, at para. 33, citing P.-G. Jobin, “La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile?” (1984), 44 *R. du B.* 222, at p. 223).

[43] The standard of conduct that a reasonable person is expected to meet corresponds to an obligation of means (*St. Lawrence Cement*, at paras. 21 and 34; see P.-A. Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 7 and 55). The general rules of extracontractual civil liability do not demand [TRANSLATION] “total infallibility”, nor do they require the “conduct of a person endowed with superior intelligence and exceptional skill who is capable of foreseeing and knowing everything and who acts properly in all circumstances” (Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-195).

[44] It goes without saying, moreover, that the reasonable person test takes into account the nature of the activity in issue. The practice of a profession will therefore be assessed by reference to the normally prudent, diligent and competent *professional* in the same circumstances (see *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 393-95; Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-196; Karim, at paras. 2510-13). It follows that [TRANSLATION] “the requisite knowledge and ability must be determined on the basis of the skills that exist within the particular group, that is, the group of persons practising the same profession as the defendant” (H.-R. Zhou, “Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile” (2001), 61 *R. du B.* 451, at p. 488).

extracontractuelle survient lorsqu’une personne douée de raison manque à ce devoir en se comportant d’une manière qui s’écarte de la conduite qu’une personne raisonnable, prudente et diligente aurait eue dans les mêmes circonstances (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 21; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 24; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8<sup>e</sup> éd. 2014), vol. 1, n<sup>o</sup> 1-182 et 1-195; V. Karim, *Les obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2015), vol. 1, par. 2505, 2508 et 2514-2515). En ce sens, la faute est un « concept universel » qui s’applique à toute action en justice fondée sur l’art. 1457 *C.c.Q.* (*Ciment du Saint-Laurent*, par. 33, citant P.-G. Jobin, « La violation d’une loi ou d’un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? » (1984), 44 *R. du B.* 222, p. 223).

[43] La norme de conduite dont le respect est attendu de la personne raisonnable correspond à une obligation de moyens (*Ciment du Saint-Laurent*, par. 21 et 34; voir P.-A. Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), p. 7 et 55). Le régime général de la responsabilité civile extracontractuelle n’exige pas l’« infailibilité totale » ni d’ailleurs le « comportement d’une personne douée d’une intelligence supérieure et d’une habileté exceptionnelle, capable de tout prévoir et de tout savoir et agissant bien en toutes circonstances » (Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n<sup>o</sup> 1-195).

[44] Il va de soi, par ailleurs, que le critère de la personne raisonnable prend en compte la nature de l’activité en cause. L’exercice d’une activité professionnelle sera ainsi apprécié à l’aune du *professionnel* normalement prudent, diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances (voir *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 393-395; Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n<sup>o</sup> 1-196; Karim, par. 2510-2513). Il s’ensuit que « la détermination des connaissances et de l’habileté requises doit être basée sur les qualités existant au sein même du groupe particulier, soit celui des personnes exerçant la même profession que le défendeur » (H.-R. Zhou, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile » (2001), 61 *R. du B.* 451, p. 488).

[45] It is well established that police conduct must be assessed according to the test of the normally prudent, diligent and competent police officer in the same circumstances (*Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474, at pp. 512-13, per Pratte J., dissenting in part, but not on this point; *Hill*, at para. 72; *Jauvin*, at paras. 44 and 59; *Michaelson*, at para. 22; *Popovic*, at para. 63; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), at para. 41; *St-Martin v. Morin (Succession de)*, 2008 QCCA 2106, [2008] R.J.Q. 2539, at para. 101; Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at paras. 14-15). Professors Baudouin and Fabien provide the following explanation of the approach to be taken by a court ruling on a police officer’s alleged fault:

[TRANSLATION] A court that has to judge a police officer’s conduct must begin by assessing the facts *in abstracto* against the ideal, abstract standard of a police officer of ordinary prudence, diligence and skill. This standard is not necessarily the result of observing the average conduct of the coworkers of the police officer in question. In determining this standard, the court can consider empirical data. However, it is not bound by such data and can project onto the standard its own idea of what seems socially desirable. The “prudent administrator” of the Civil Code is not a sociological fact, but a normative creation.

The standard of conduct that is applied to determine whether a police officer committed a fault is not one of excellence. It is an average standard, neither the best nor the most mediocre.

Next, it is important to properly place the “yardstick police officer” in the same external circumstances as the police officer whose conduct is being assessed. The circumstances of place (temperature, visibility, urgency, etc.) and time must be considered.

(Baudouin and Fabien, at pp. 423-24; see also C. Massé, “Chronique — Arrestation illégale et brutalité policière: dans quelles circonstances la responsabilité des policiers peut-elle être engagée?”, *Repères*, May 2013 (online), at p. 2.)

[46] The reasonable police officer test recognizes the largely discretionary nature of police work (*Hill*,

[45] Il est bien établi que la conduite policière doit être évaluée selon le critère du policier normalement prudent, diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances (*Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, p. 512-513, le juge Pratte, dissident en partie, mais non sur ce point; *Hill*, par. 72; *Jauvin*, par. 44 et 59; *Michaelson*, par. 22; *Popovic*, par. 63; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), par. 41; *St-Martin c. Morin (Succession de)*, 2008 QCCA 2106, [2008] R.J.Q. 2539, par. 101; Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 14-15). Les professeurs Baudouin et Fabien expliquent en ces termes la démarche d’un tribunal appelé à se prononcer sur la faute reprochée à un policier :

Le tribunal appelé à juger la conduite du policier doit tout d’abord apprécier les faits *in abstracto*, par référence au standard idéal et abstrait du policier d’une prudence, diligence et compétence normales. Ce standard n’est pas nécessairement la résultante d’une observation du comportement moyen observé chez les collègues de travail du policier sous examen. En déterminant ce standard, le tribunal peut tenir compte de données empiriques. Il n’est cependant pas lié par elles et peut projeter dans ce standard l’idée qu’il se fait de ce qui lui paraît socialement souhaitable. Le « bon père de famille » du Code civil n’est pas une donnée sociologique mais une créature normative.

Le standard de conduite appliqué au policier, pour déterminer s’il a commis une faute, n’en est pas un d’excellence. Il s’agit d’un standard moyen, qui n’est ni le meilleur, ni le plus médiocre.

Il est important ensuite de bien situer le « policier-étalon » dans les mêmes circonstances externes que celles du policier dont on évalue la conduite. Il faut tenir compte des circonstances de lieu : température, visibilité, urgence, etc. et des circonstances de temps.

(Baudouin et Fabien, p. 423-424; voir aussi C. Massé, « Chronique — Arrestation illégale et brutalité policière : dans quelles circonstances la responsabilité des policiers peut-elle être engagée? », *Repères*, mai 2013 (en ligne), p. 2.)

[46] Ce critère du policier raisonnable reconnaît le caractère largement discrétionnaire du travail

at paras. 51-52 and 73). In this regard, the observations made by the Court in *Hill* concerning the tort of negligent investigation can, for the most part, be transposed to Quebec civil law:

Police exercise their discretion and professional judgment in accordance with professional standards and practices, consistent with the high standards of professionalism that society rightfully demands of police in performing their important and dangerous work.

...

The standard is not perfection, or even the optimum, judged from the vantage of hindsight. It is that of a reasonable officer, judged in the circumstances prevailing at the time the decision was made — circumstances that may include urgency and deficiencies of information. The law of negligence does not require perfection of professionals; nor does it guarantee desired results. [Citation omitted; paras. 52 and 73.]

[47] The content of the law governing the work of the police determines, to some degree, the scope of “the duty of prudence and diligence that applies in a given context” (see *St. Lawrence Cement*, at para. 36). In a civil liability action, a court will therefore have to assess a police officer’s conduct in light of the limits imposed by, among other things, constitutional and quasi-constitutional enactments, criminal and penal legislation and the constituting statutes and codes of ethics of police forces (see, e.g., *Hill*, at para. 41; see also M. Vauclair and T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26th ed. 2019), at paras. 207-11; Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at paras. 6-11; Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 2, at Nos. 2-1 to 2-2).

[48] A violation of such statutory or regulatory rules of conduct can often, absent special circumstances, be considered a civil fault (see *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, at para. 96; *Compagnie d’assurance Continental du Canada v. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (Que. C.A.), at p. 712). This will particularly be the case where a provision itself lays down an elementary standard of prudence or diligence (*Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570,

policier (*Hill*, par. 51-52 et 73). À cet égard, les observations de la Cour dans l’arrêt *Hill*, à propos du délit d’enquête menée de façon négligente, sont pour l’essentiel transposables en droit civil québécois :

Dans l’exercice de ses fonctions à la fois importantes et périlleuses, le policier exerce son pouvoir discrétionnaire et son jugement professionnel selon les normes et les pratiques établies à l’égard de sa profession et il le fait dans le respect des normes élevées de professionnalisme exigé à bon droit par la société.

...

La norme ne commande pas une démarche parfaite, ni même optimale, lorsqu’on considère celle-ci avec le recul. La norme est celle du policier raisonnable au regard de la situation — urgence, données insuffisantes, etc. — au moment de la décision. Le droit de la négligence n’exige pas des professionnels qu’ils soient parfaits ni qu’ils obtiennent les résultats escomptés. [Référence omise; par. 52 et 73.]

[47] Le contenu des règles de droit qui encadrent le travail des forces policières définit, dans une certaine mesure, l’étendue de « l’obligation de prudence et diligence qui s’impose dans un contexte donné » (voir *Ciment du Saint-Laurent*, par. 36). Dans le cadre d’une action en responsabilité civile, le tribunal sera ainsi appelé à apprécier la conduite du policier à la lumière des balises fixées notamment par les textes constitutionnels et quasi constitutionnels, les lois criminelles et pénales, les lois constitutives des corps policiers et leurs codes de déontologie (voir, p. ex., *Hill*, par. 41; voir aussi M. Vauclair et T. Desjardins, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (26<sup>e</sup> éd. 2019), par. 207-211; Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 6-11; Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 2, n<sup>os</sup> 2-1 à 2-2).

[48] La transgression de telles règles de conduite législatives ou réglementaires pourra souvent, sauf circonstances particulières, être assimilée à une faute civile (voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 96; *Compagnie d’assurance Continental du Canada c. 136500 Canada inc.*, [1998] R.R.A. 707 (C.A. Qc), p. 712). Ce sera particulièrement le cas lorsqu’une disposition exprime elle-même une norme élémentaire de prudence ou de diligence (*Morin c. Blais*, [1977]



at p. 580; *Harvey v. Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCA 772, [2013] R.J.Q. 650, at paras. 56-62). Nevertheless, under Quebec law, conduct that is unlawful does not systematically constitute a civil *fault* (*St. Lawrence Cement*, at paras. 21 and 34; *L. (J.) v. Gingues*, 2008 QCCA 2242, 93 C.C.L.T. (3d) 67, at para. 5; see, in this regard, Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-191; Karim, at para. 2519; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at para. 634; N. Vézina, “Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l’observation des astres jurisprudentiels: responsabilité objective, responsabilité subjective et l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent*”, in G. Bras Miranda and B. Moore, eds., *Mélanges Adrian Popovici: Les couleurs du droit* (2010), 357, at pp. 369-83; M. Lacroix, *L’illicéité: Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel* (2013), at p. 160; M. Lacroix, “Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle: *continuum* de l’illicéité à la faute simple, au regard de l’article 1457 C.c.Q.” (2012), 46 *R.J.T.* 25, at pp. 37-38; Jobin, at pp. 224-29).

[49] In other words, while, as stated in art. 1457 para. 1 *C.C.Q.*, a reasonable person must of course comply with the rules of conduct imposed by law, these rules do not create obligations of result under the general rules of civil liability (with regard to this concept, see Crépeau, at pp. 11-12). In *St. Lawrence Cement*, the Court rejected the proposition that the violation of statutory or regulatory rules constitutes an objective “civil fault” that requires a form of strict liability regardless of the prudence and diligence exercised by the person who caused the injury, having regard to the circumstances:

The standard of civil fault corresponds to an obligation of means. Consequently, what must be determined is whether there was negligence or carelessness having regard to the specific circumstances of each disputed act or each instance of disputed conduct. This rule applies to the assessment of the nature and consequences of a violation of a legislative standard. [Emphasis added; para. 34.]

(See, in this regard, Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-164.)

1 R.C.S. 570, p. 580; *Harvey c. Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCA 772, [2013] R.J.Q. 650, par. 56-62). Néanmoins, en droit québécois, une conduite illégale n’est pas systématiquement *fautive* sur le plan civil (*Ciment du Saint-Laurent*, par. 21 et 34; *L. (J.) c. Gingues*, 2008 QCCA 2242, 93 C.C.L.T. (3d) 67, par. 5; voir, à ce sujet, Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-191; Karim, par. 2519; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7<sup>e</sup> éd. 2009), par. 634; N. Vézina, « Du phénomène de pollution lumineuse appliqué à l’observation des astres jurisprudentiels : responsabilité objective, responsabilité subjective et l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent* », dans G. Bras Miranda et B. Moore, dir., *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit* (2010), 357, p. 369-383; M. Lacroix, *L’illicéité : Essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel* (2013), p. 160; M. Lacroix, « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : *continuum* de l’illicéité à la faute simple, au regard de l’article 1457 C.c.Q. » (2012), 46 *R.J.T.* 25, p. 37-38; Jobin, p. 224-229).

[49] En d’autres termes, même si la personne raisonnable doit bien sûr se conformer aux règles de conduite qu’impose la loi, comme le rappelle d’ailleurs l’art. 1457 al. 1 *C.c.Q.*, ces règles ne créent pas, au regard du régime général de la responsabilité civile, des obligations de résultat (voir, au sujet de cette notion, Crépeau, p. 11-12). Dans *Ciment du Saint-Laurent*, la Cour a rejeté la thèse selon laquelle la violation de règles législatives ou réglementaires constitue une « faute civile » objective, qui imposerait une forme de responsabilité stricte, indépendamment de la prudence et de la diligence dont a fait montre l’auteur du préjudice eu égard aux circonstances :

La norme de la faute civile correspond à une obligation de moyens. Par conséquent, il s’agira de déterminer si une négligence ou imprudence est survenue, eu égard aux circonstances particulières de chaque geste ou conduite faisant l’objet d’un litige. Cette règle s’applique à l’évaluation de la nature et des conséquences d’une violation d’une norme législative. [Je souligne; par. 34.]

(Voir, à ce sujet, Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-164.)

[50] Under Quebec civil law, it is not enough to show that a police officer's conduct was unlawful. The obligation resting on the officer remains an obligation of means, even where compliance with the law is in issue. To obtain reparation, the plaintiff must first establish the existence of fault within the meaning of art. 1457 *C.C.Q.*, that is, a departure from the conduct of a reasonable police officer in the same circumstances. This is not to say that the general rules of civil liability are lax. As I will explain below, the standard of conduct expected of police officers is justifiably high: a police officer who acts unlawfully cannot easily escape civil liability by relying on his or her ignorance or misunderstanding of the law.

[51] In addition, the mere fact that there is a legal basis for a police officer's actions does not necessarily exempt the officer from civil liability (see *Infineon*, at para. 96; Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-192). In exercising their discretion, police officers must act reasonably and comply with the general obligation of prudence and diligence toward others that is incumbent on them in the circumstances, pursuant to art. 1457 *C.C.Q.* (in the common law, see *Hill*, at para. 41).

[52] Before proceeding any further, I will clarify one point. This appeal concerns an action based on art. 1457 *C.C.Q.*, not on s. 49 para. 1 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Quebec Charter*”). As a result, I do not have to consider the concept of unlawful interference under s. 24 of the *Quebec Charter*, which states that “[n]o one may be deprived of his liberty or of his rights except on grounds provided by law and in accordance with prescribed procedure”. I prefer to leave consideration of the standard applicable to unlawful interference under s. 24 for another day, when the Court has the benefit of full submissions on the matter.

#### B. *Liability of Constable Camacho and the City*

[53] In my view, Constable Camacho committed a civil fault by ordering Ms. Kosoian to identify herself and by arresting her and conducting a search based

[50] En droit civil québécois, il ne suffit pas de démontrer l'illégalité de la conduite du policier. L'obligation qui incombe à ce dernier demeure une obligation de moyens, même lorsque le respect de la loi est en cause. Pour obtenir réparation, le demandeur doit d'abord établir l'existence d'une faute au sens de l'art. 1457 *C.c.Q.*, c'est-à-dire un écart par rapport à la conduite du policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Le régime général de la responsabilité civile n'est pas pour autant laxiste. Comme je l'expliquerai ci-dessous, la norme de conduite attendue des policiers est à juste titre élevée : un policier qui agit illégalement ne pourra aisément échapper à toute responsabilité civile en soulevant son ignorance du droit ou sa compréhension erronée de celui-ci.

[51] De surcroît, le simple fait que l'acte d'un policier ait une assise juridique ne dégage pas ce dernier à coup sûr de toute responsabilité civile (voir *Infineon*, par. 96; Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-192). Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un policier doit agir raisonnablement et respecter l'obligation générale de prudence et de diligence à l'égard d'autrui qui lui incombe, selon les circonstances, en vertu de l'art. 1457 *C.c.Q.* (voir, en common law, *Hill*, par. 41).

[52] Avant d'aller plus loin, j'apporterai une précision. Le présent pourvoi porte sur une action fondée sur l'art. 1457 *C.c.Q.* et non sur l'art. 49 al. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »). Je n'ai donc pas à me prononcer sur la notion d'atteinte illicite à l'art. 24 de la *Charte québécoise*, qui prévoit que « [n]ul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite ». Je préfère reporter à une autre occasion l'étude de la norme applicable aux atteintes illicites au regard de l'art. 24, lorsque la Cour aura le bénéfice d'observations complètes à ce sujet.

#### B. *La responsabilité de l'agent Camacho et de la Ville*

[53] À mon avis, l'agent Camacho a commis une faute civile en ordonnant à madame Kosoian de s'identifier, puis en procédant à son arrestation et à

on a non-existent offence, namely disobeying the pictogram indicating that the handrail should be held.

[54] Before examining the facts of this case more closely, I will deal with the following points: (1) police officers' obligation, under the general rules of civil liability, to have an adequate knowledge and understanding of the law; and (2) the scope of the presumption of validity in this context.

(1) Obligation of Police Officers to Know and Understand the Law

[55] Police officers are obliged to have an adequate knowledge and understanding of criminal and penal law, of the offences they are called upon to prevent and repress and of the rights and freedoms protected by the Charters. They also have an obligation to know the scope of their powers and the manner in which these powers are to be exercised. A police officer whose application of the law departs from that of a reasonable police officer in the same circumstances commits a civil fault. In this respect, an officer who arrests someone on the basis of a non-existent offence may be civilly liable.

[56] In *Chartier*, Pratte J., dissenting, but not on this point, stated the following in this regard: “The authority of a police officer is not of course unlimited; he must know its limits, and if he disregards or ignores them, he commits a fault: ignorance of what a person is supposed to know is not an excuse . . .” (p. 513 (emphasis added); see also the majority reasons, at p. 498). This Court also discussed this duty in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353: “While police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is” (para. 133 (emphasis added); see also *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 149). The Court also emphasized this point in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 87: “While it is not to be expected that police officers be versed in the *minutiae* of the law concerning search warrants, they should be aware of those requirements that the courts have held to be essential for the validity of a

une fouille, sur la base d’une infraction inexistante, à savoir désobéir au pictogramme indiquant de tenir la main courante.

[54] Avant d’examiner plus en profondeur les faits de la présente affaire, je vais traiter des points suivants : (1) l’obligation qui incombe au policier, en vertu du régime général de la responsabilité civile, de connaître et de comprendre adéquatement l’état du droit; et (2) la portée de la présomption de validité dans ce contexte.

(1) L’obligation du policier de connaître et de comprendre l’état du droit

[55] Le policier a l’obligation d’avoir une connaissance et une compréhension adéquates du droit criminel et pénal, des infractions qu’il est appelé à prévenir et à réprimer, et des droits et libertés protégés par les chartes. Le policier a également l’obligation de connaître l’étendue de ses pouvoirs et la manière de les exercer. Lorsque son application du droit s’écarte de celle d’un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances, le policier commet une faute civile. À cet égard, le policier qui procède à une arrestation sur la base d’une infraction inexistante est susceptible d’engager sa responsabilité civile.

[56] Dans l’arrêt *Chartier*, le juge Pratte, dissident, mais non sur ce point, a formulé les observations suivantes à cet égard : « L’autorité d’un policier n’est évidemment pas illimitée; aussi est-il tenu d’en connaître les limites; s’il les méconnaît ou les ignore, il commet une faute : l’ignorance d’une chose qu’on est censé connaître n’est pas une excuse . . . » (p. 513 (je souligne); voir aussi les motifs majoritaires, p. 498). Notre Cour a également fait état de ce devoir dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 : « Si la police n’est pas tenue d’entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l’état du droit » (par. 133 (je souligne); voir aussi *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 149). La Cour a aussi insisté sur ce point dans *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 87 : « Bien qu’il ne faille pas s’attendre que les policiers connaissent dans ses menus détails le droit en matière de mandats de perquisition, ils devraient néanmoins

warrant” (see also *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-33; *Gounis v. Ville de Laval*, 2019 QCCS 479, at para. 112 (CanLII); *Simard v. Amyot*, 2009 QCCS 5509, at para. 41 (CanLII)).

[57] Under Quebec civil law, the obligation of police officers to have an adequate knowledge and understanding of the statutes, regulations and by-laws they are called upon to enforce is also reflected in several provisions of the *Code of ethics of Québec police officers*, CQLR, c. P-13.1, r. 1, which set out the standard of conduct expected of a reasonable police officer in the context of civil liability (see Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 2, at Nos. 2-1 to 2-2; O. Jobin-Laberge, “Norme, infraction et faute civile”, in Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 137, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2000), 31, at p. 33). Police officers are subject to stringent requirements in this regard, particularly when it comes to respect for rights and freedoms:

2. In order to promote the quality of the police department in its relations with the public, a police officer shall promote, to the extent of his capabilities, the development of his profession through the exchange of knowledge and through participation in upgrading courses and training programs.

3. This Code is intended to ensure better protection of the public by developing high standards of public service and professional conscience within police departments and to ensure the respect of human rights and freedoms including those set out in the Charter of human rights and freedoms (chapter C-12).

...

6. A police officer must avoid any form of abuse of authority in his relations with the public.

(*Code of ethics of Québec police officers*, ss. 2, 3 and 6 para. 1)

[58] In other words, while police officers are not held to an obligation of result with regard to knowledge of the law, the applicable standard is a high

être au courant des exigences que les tribunaux ont jugées essentielles pour la validité d’un mandat » (voir aussi *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-33; *Gounis c. Ville de Laval*, 2019 QCCS 479, par. 112 (CanLII); *Simard c. Amyot*, 2009 QCCS 5509, par. 41 (CanLII)).

[57] En droit civil québécois, l’obligation du policier d’avoir une connaissance et une compréhension adéquates des lois et règlements qu’il est appelé à faire respecter se reflète d’ailleurs dans plusieurs dispositions du *Code de déontologie des policiers du Québec*, RLRQ, c. P-13.1, r. 1, lesquelles précisent la norme de conduite attendue d’un policier raisonnable en matière de responsabilité civile (voir Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 2, nos 2-1 à 2-2; O. Jobin-Laberge, « Norme, infraction et faute civile », dans Service de la formation permanente — Barreau du Québec, vol. 137, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2000), 31, p. 33). Le policier est à cet égard tenu à des exigences élevées, particulièrement en ce qui a trait au respect des droits et libertés :

2. Afin de promouvoir la qualité du service policier dans ses rapports avec le public, le policier favorise dans la mesure de ses possibilités, le développement de sa profession par l’échange de ses connaissances et sa participation aux cours et aux stages de formation permanente.

3. Le présent Code vise à assurer une meilleure protection des citoyens et citoyennes en développant au sein des services policiers des normes élevées de services à la population et de conscience professionnelle dans le respect des droits et libertés de la personne dont ceux inscrits dans la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

...

6. Le policier doit éviter toute forme d’abus d’autorité dans ses rapports avec le public.

(*Code de déontologie des policiers du Québec*, art. 2, 3 et 6 al. 1)

[58] Autrement dit, bien qu’un policier ne soit pas tenu à une obligation de résultat à l’égard de la connaissance de l’état du droit, *la norme applicable*

one. Citizens rightly expect them to have an adequate knowledge and understanding of the statutes, regulations and by-laws they are called upon to enforce *and of the limits of their authority* (see, e.g., *Bellefleur v. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546 (Que. Sup. Ct.), at p. 550; *R. v. Rouleau*, 2002 CanLII 7572 (C.Q.), at para. 103). Police officers cannot claim to carry out their mission — to maintain peace, order and public security and to prevent and repress crime and offences under the law and by-laws (*Police Act*, s. 48 para. 1) — without having an adequate knowledge and understanding of the fundamental principles of criminal and penal law, of the rights and freedoms protected by the Charters and of the offences they are called upon to repress, and without knowing the limits of their authority (see P. Patenaude, “De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l’utilisation par la police de techniques modernes d’enquête et de surveillance”, in *Police, techniques modernes d’enquête ou de surveillance et droit de la preuve* (1998), by P. Patenaude, ed., at pp. 1-2).

[59] The training and instructions given to police officers, as well as internal police force policies, directives and procedures, must be considered in assessing an officer’s conduct, although they are not conclusive in themselves. A reasonable police officer must know that they do not have the force of law (see *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at paras. 44-46). Similarly, the usual practices are at most a relevant factor. As the Court stated in *Roberge* in the context of a civil liability action arising out of an error of law made by a notary, “[i]t is not sufficient . . . that the common professional practice be followed in order to avoid liability. That practice has to be demonstrably reasonable” (p. 434). The mere fact that an error of law is repeated does not make it excusable.

[60] As professionals responsible for law enforcement, police officers must be able to exercise judgment with respect to the applicable law. They cannot rely blindly on the training and instructions given to them, nor can they mechanically follow internal

*est exigeante*. Les citoyens s’attendent, avec raison, à ce que le policier possède une connaissance et une compréhension adéquates des lois et règlements qu’il est appelé à faire respecter, ainsi que des *limites de son autorité* (voir, p. ex., *Bellefleur c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1999] R.R.A. 546 (C.S. Qc), p. 550; *R. c. Rouleau*, 2002 CanLII 7572 (C.Q.), par. 103). Le policier ne peut prétendre remplir sa mission — maintenir la paix, l’ordre et la sécurité publique, prévenir et réprimer le crime et les infractions aux lois et règlements (*Loi sur la police*, art. 48 al. 1) — sans avoir une connaissance et une compréhension adéquates des principes fondamentaux du droit criminel et pénal, des droits et libertés protégés par les chartes, et des infractions qu’il est appelé à réprimer, ni sans connaître les limites de son autorité (voir P. Patenaude, « De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l’utilisation par la police de techniques modernes d’enquête et de surveillance », dans *Police, techniques modernes d’enquête ou de surveillance et droit de la preuve* (1998), par P. Patenaude, dir., p. 1-2).

[59] Les formations et les instructions données aux policiers, de même que les politiques, directives et procédures internes des corps policiers, doivent être prises en compte dans l’appréciation de la conduite d’un policier, sans toutefois être en elles-mêmes déterminantes. Un policier raisonnable doit en effet savoir que celles-ci n’ont pas force de loi (voir *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 44-46). De même, les pratiques usuelles constituent tout au plus un facteur pertinent. Comme l’indiquait la Cour dans l’arrêt *Roberge*, dans le contexte d’une action en responsabilité civile découlant de l’erreur de droit d’un notaire, « il ne suffit pas [. . .] de suivre la pratique professionnelle courante pour échapper à sa responsabilité. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré » (p. 434). Le simple fait de répéter une erreur de droit ne rend pas cette dernière excusable.

[60] En tant que professionnel chargé de faire respecter la loi, le policier doit être en mesure de faire preuve de jugement quant au droit applicable. Il ne peut s’en remettre aveuglément aux formations et aux instructions qui lui ont été données, ni suivre



policies, directives and procedures or usual police practices.

[61] Similarly, it is well established that police officers cannot avoid personal civil liability simply by arguing that they were merely carrying out an order that they knew or ought to have known was unlawful (*Chartier*, at p. 498; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, at p. 842; *Pelletier v. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215 (C.A.), at para. 37; Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at para. 16). Baudouin, Deslauriers and Moore put this point aptly: [TRANSLATION] “In the civil context, it is disobedience of an unlawful order that must be considered the normal conduct of a prudent and diligent person, and not the reverse” (vol. 1, at No. 1-206; see also G. Viney and P. Jourdain, *Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité* (2nd ed. 1998), by J. Ghestin, ed., at p. 502). The same is true of the training and instructions given to police officers and of internal police force policies, directives and procedures.

[62] Of course, police officers are not lawyers and are not held to the same standards as lawyers (*Hill*, at para. 50). For example, they are not themselves expected to carry out thorough research or to engage in extensive reflection concerning the subtleties of conflicting case law (see *Grant*, at para. 133). Moreover, where a question of law is controversial, a police officer’s conduct should not be found to constitute fault insofar as it is based on an interpretation that is reasonable and consistent with the training and instructions given to the officer (see, by analogy, *Roberge*, at p. 436).

[63] That being said, the expectations that exist for police officers remain high. Where there is uncertainty about the law in force, it is incumbent on them to make the inquiries that are reasonable in the circumstances, for example by suspending their activities in order to consult with a prosecutor or by rereading the relevant provisions and the available documentation. In principle, an error will be judged less severely if it is made during an emergency response, or in a situation where public safety is at stake, rather than in the context of a carefully planned operation or the routine application of a by-law. In

machinalement les politiques, directives et procédures internes ou les pratiques usuelles des policiers.

[61] De façon analogue, il est bien établi qu’un policier ne peut éviter d’engager sa responsabilité civile personnelle simplement en plaidant qu’il ne faisait qu’exécuter un ordre qu’il savait ou devait savoir illégal (*Chartier*, p. 498; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, p. 842; *Pelletier c. Cour du Québec*, [2002] R.J.Q. 2215 (C.A.), par. 37; Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 16). Les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore l’expriment avec justesse : « Sur le plan civil, c’est la désobéissance à un ordre illégal qui doit être considérée comme la conduite normale d’une personne prudente et diligente et non l’inverse » (vol. 1, n° 1-206; voir aussi G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité* (2<sup>e</sup> éd. 1998), par J. Ghestin, dir., p. 502). Il en va de même en ce qui concerne les formations et instructions données aux policiers, ainsi que les politiques, directives et procédures internes des corps policiers.

[62] Bien entendu, le policier n’est pas un avocat et n’est pas assujéti aux mêmes normes que ce dernier (*Hill*, par. 50). Il n’est pas tenu, par exemple, d’entreprendre lui-même des recherches approfondies et une réflexion poussée sur les subtilités d’une jurisprudence contradictoire (voir *Grant*, par. 133). Qui plus est, lorsqu’une question de droit prête à controverse, la conduite du policier ne devrait pas être jugée fautive dans la mesure où elle s’appuie sur une interprétation raisonnable et par ailleurs conforme aux formations et aux instructions qui lui ont été données (voir, par analogie, *Roberge*, p. 436).

[63] Cela dit, les attentes envers les policiers demeurent élevées. En cas d’incertitude quant au droit en vigueur, il leur incombe d’effectuer les vérifications raisonnables dans les circonstances, par exemple en suspendant leurs activités afin de consulter un procureur ou encore de relire les dispositions pertinentes et la documentation accessible. En principe, une erreur sera jugée moins sévèrement si elle survient au cours d’une intervention d’urgence, ou dans une situation mettant en jeu la sécurité du public, plutôt que dans le cadre d’une opération soigneusement planifiée ou encore dans l’application routinière d’un règlement.

other words, unless the circumstances require immediate intervention, it is not appropriate to act first and make inquiries later. I note that — even in an emergency — the fact that conduct seems dangerous to a police officer does not permit the officer to presume the existence of an offence (see Baudouin and Fabien, at pp. 423-24).

[64] In short, police officers sometimes commit a civil fault if they act unlawfully, even where their conduct is otherwise consistent with the training and instructions they have received, with existing policies, directives and procedures and with the usual practices. It is all a matter of context: the question is whether a reasonable police officer would have acted in the same manner. In assessing a police officer’s conduct, a court must therefore [TRANSLATION] “give significant weight to the external circumstances” and “avoid the perfect vision afforded by hindsight” (*Dubé v. Gélinas*, 2013 QCCS 1681, at para. 68 (CanLII); see also *Hill*, at para. 73; *Gounis*, at para. 29; *Boisvenu v. Sherbrooke (Ville de)*, 2009 QCCS 2688, at para. 79 (CanLII)).

[65] In this regard, I emphasize that a police officer’s conduct must be assessed in light of the law in force *at the time of the events* (*Hill*, at para. 73; *St-Martin*, at para. 94; *L. (J.)*, at para. 5; *Communauté urbaine de Montréal v. Cadieux*, [2002] R.J.D.T. 80 (Que. C.A.), at paras. 39-41). An officer can hardly be faulted for applying a provision that was presumed to be valid, applicable and operative at the relevant time (*Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 14).

[66] This brings me to the presumption of validity on which the opinion of the majority of the Court of Appeal is based, at least in part.

(2) Presumption of Validity and Non-existence of an Offence

[67] In principle, police officers may presume that the provisions of the statutes, regulations and by-laws they are called upon to enforce are valid, applicable and operative. For example, it is not up to them to determine whether a regulation or by-law is consistent with its enabling legislation, the constitutional

En d’autres termes, à moins que les circonstances n’exigent une intervention immédiate, il ne convient pas d’agir d’abord, puis de vérifier ensuite. Je précise que — même dans une situation d’urgence — le fait qu’un comportement paraisse dangereux au policier ne lui permet pas de présumer l’existence d’une infraction (voir Baudouin et Fabien, p. 423-424).

[64] En clair, un policier commet parfois une faute civile s’il adopte une conduite illégale, même si celle-ci est par ailleurs conforme aux formations et aux instructions reçues, aux politiques, directives et procédures en place et aux pratiques usuelles. Tout est affaire de contexte : il faut se demander si un policier raisonnable aurait agi de la même manière. Conséquemment, en appréciant la conduite d’un policier, le tribunal doit « accorder une grande importance aux circonstances externes » et « éviter la vision parfaite que permet le recul » (*Dubé c. Gélinas*, 2013 QCCS 1681, par. 68 (CanLII); voir aussi *Hill*, par. 73; *Gounis*, par. 29; *Boisvenu c. Sherbrooke (Ville de)*, 2009 QCCS 2688, par. 79 (CanLII)).

[65] À cet égard, j’insiste sur le fait que la conduite du policier doit être appréciée en fonction du droit en vigueur *au moment des faits* (*Hill*, par. 73; *St-Martin*, par. 94; *L. (J.)*, par. 5; *Communauté urbaine de Montréal c. Cadieux*, [2002] R.J.D.T. 80 (C.A. Qc), par. 39-41). On pourrait difficilement lui reprocher d’avoir appliqué une disposition présumée valide, applicable et opérante à l’époque pertinente (*Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 14).

[66] C’est ce qui m’amène à traiter de la présomption de validité sur laquelle repose, en partie du moins, l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel.

(2) La présomption de validité et l’inexistence d’une infraction

[67] Un policier est en principe fondé de présumer que les dispositions législatives et réglementaires qu’il est appelé à faire respecter sont valides, applicables et opérantes. À titre d’exemple, il ne lui appartient pas de déterminer si un règlement est conforme à sa loi constitutive, au partage constitutionnel des

division of legislative powers or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”) (see *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, at p. 279; *Kokesch*, at pp. 33-34).

[68] Indeed, under the presumption of validity, it is presumed that a provision was “*in fact . . . validly enacted and therefore is to be given legal effect unless and until a court with the jurisdiction to do so declares it to be invalid*” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 523 (emphasis in original)). The presumption of validity thus places the burden on a challenger to demonstrate the invalidity of a provision rather than on the regulatory body that adopted the provision to justify it (*Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at para. 25; Sullivan, at p. 523). In the meantime, the requirements of the provision must be satisfied (*Breslaw v. Montreal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131, at para. 23). Moreover, in the municipal context in Quebec, s. 364 of the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, and art. 452 of the *Municipal Code of Québec*, CQLR, c. C-27.1, specifically state that every by-law remains in force and executory until it has been annulled by a competent authority (see J. Héту and Y. Duplessis, with the collaboration of L. Vézina, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 8151).

[69] However, the presumption that a provision is valid does not extend to the very existence or scope of an offence. In fact, “[i]t says nothing about the interpretation of the legislation [or regulation or by-law] whose validity is being challenged” (Sullivan, at p. 523).

[70] It is therefore important to distinguish the legal existence and scope of an offence from its validity. The existence and scope of a provision creating an offence — like any provision — are related to the *intention* of the legislature or regulatory body concerned. What must essentially be determined is whether that authority, through a statute, regulation or by-law, expressed the intention to prohibit the conduct in question. By contrast, the validity of a provision rests on its *compliance* with constitutional

compétences législatives ou à la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») (voir *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, p. 279; *Kokesch*, p. 33-34).

[68] En effet, en vertu de la présomption de validité, il est présumé qu’une disposition a été [TRADUCTION] « *dans les faits* validement édictée et qu’il faut par conséquent lui faire produire ses effets juridiques jusqu’à ce qu’un tribunal compétent la déclare invalide » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 523 (en italique dans l’original)). La présomption de validité impose ainsi à la personne qui conteste une disposition le fardeau de démontrer que celle-ci est invalide, plutôt que d’obliger l’organisme de réglementation qui l’a adoptée à en justifier la validité (*Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 25; Sullivan, p. 523). Dans l’intervalle, ses prescriptions doivent être respectées (*Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131, par. 23). D’ailleurs, en contexte municipal québécois, l’art. 364 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, et l’art. 452 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, précisent expressément que les règlements demeurent en vigueur et restent exécutoires jusqu’à ce qu’ils soient cassés par une autorité compétente (voir J. Héту et Y. Duplessis, avec la collaboration de L. Vézina, *Droit municipal : Principes généraux et contentieux* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 8151).

[69] La présomption de validité d’une disposition ne s’étend toutefois pas à l’existence ou à la portée même d’une infraction. En fait, [TRADUCTION] « [la présomption] ne fournit aucune indication quant à l’interprétation de la mesure législative [ou réglementaire] dont la validité est contestée » (Sullivan, p. 523).

[70] Il importe donc de distinguer l’existence et la portée en droit d’une infraction de la validité de celle-ci. L’existence et la portée d’une disposition créant une infraction — comme de toute disposition — se rapportent à l’*intention* du législateur ou de l’organisme de réglementation concerné. Il s’agit essentiellement de déterminer si cette autorité a exprimé par voie législative ou réglementaire l’intention de prohiber la conduite en cause. La validité de la disposition repose quant à elle sur sa *conformité* avec



requirements and, in the case of a regulation or by-law, with the enabling legislation and the general principles of administrative law (see, e.g., P. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at pp. 287-345; Héту and Duplessis, vol. 1, at pp. 8021-8291; G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2nd ed. 2015), at pp. 151-64; Sullivan, at pp. 523-24).

[71] In the civil liability context, the corollary of the presumption of validity is that the mere enforcement of a provision that is subsequently declared invalid will generally not be considered a fault — absent bad faith or conduct that is abusive or otherwise wrongful, of course (see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paras. 78-79; *Guimond*, at paras. 13-19; *Beauchemin v. Blainville (Town)* (2003), 231 D.L.R. (4th) 706 (Que. C.A.), at para. 57). The legitimate action of the state and of legal persons established in the public interest would be unduly hampered if their representatives — including police officers — could not presume that provisions are valid. This is why, as I stated above, their liability should be assessed by reference to the [TRANSLATION] “law as it existed at the time of the impugned act” (*Cadioux*, at para. 39 (emphasis added)).

[72] However, the presumption of validity does not allow the very *existence* of an offence to be assumed. In other words, although an existing offence must be presumed to be *valid*, an offence is not presumed to *exist* simply because the state, a legal person established in the public interest or one of their representatives *believes* that it exists. There can be no justification for giving effect to legislation, regulations or by-laws that have never in fact been passed or made.

[73] It is, I agree, undoubtedly rare for a police officer to think that an offence exists when it is in reality non-existent. But it may happen that the state, a legal person established in the public interest or one of their representatives mistakenly believes that an act or omission constitutes an offence because of an error regarding the scope of a law. In *Ryan v. Auclair* (1989), 60 D.L.R. (4th) 212, for example, the Quebec Court of Appeal had to determine whether police officers had committed a fault by arresting nuns who

les exigences constitutionnelles et, dans le cas des règlements, avec la loi habilitante et les principes généraux du droit administratif (voir, p. ex., P. Garant, *Droit administratif* (7<sup>e</sup> éd. 2017), p. 287-345; Héту et Duplessis, vol. 1, p. 8021-8291; G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 151-164; Sullivan, p. 523-524).

[71] Sur le plan de la responsabilité civile, la présomption de validité a pour corollaire que le simple fait de faire respecter une disposition subséquentement déclarée invalide ne sera généralement pas considéré comme une faute — en l’absence bien sûr de mauvaise foi ou d’un comportement abusif ou autrement fautif (voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78-79; *Guimond*, par. 13-19; *Blainville (Ville de) c. Beauchemin*, [2003] R.J.Q. 2398 (C.A. Qc), par. 57). L’action légitime de l’État et des personnes morales de droit public serait en effet indûment entravée si leurs représentants — y compris les policiers — ne pouvaient présumer leur validité. C’est pourquoi, comme je l’ai indiqué précédemment, il convient de se reporter, dans l’évaluation de leur responsabilité, au « droit tel qu’il existait au moment de l’acte contesté » (*Cadioux*, par. 39 (je souligne)).

[72] Mais la présomption de validité ne permet pas de tenir pour acquise l’*existence* même d’une infraction. Autrement dit, bien qu’une infraction existante doive être présumée *valide*, une infraction n’est pas présumée *exister* du seul fait que l’État, qu’une personne morale de droit public ou qu’un de leurs représentants *croit* qu’elle existe. Rien ne saurait justifier que l’on donne effet à des mesures législatives ou réglementaires qui n’ont en fait jamais été adoptées ou prises.

[73] Il est sans doute rare, j’en conviens, qu’un policier pense qu’une infraction existe, alors que celle-ci est inexistante. Mais il arrive que l’État, qu’une personne morale de droit public ou qu’un de leurs représentants croie à tort qu’un acte ou une omission constitue une infraction, en raison d’une erreur quant à la portée d’une règle de droit. Dans *Ryan c. Auclair* (1991), 31 Q.A.C. 60, par exemple, la Cour d’appel du Québec devait décider si des policiers avaient commis une faute en procédant à l’arrestation de

had distributed religious tracts door to door. The nuns argued that the municipal by-law prohibiting the distribution of circulars applied only to commercial leaflets. Although the court ultimately did not find the police officers civilly liable, it did not *presume* that their interpretation was correct. Moreover, in *Procureur général du Québec v. Ouellet*, 1998 CanLII 12543, the Court of Appeal upheld a decision awarding damages to the operator of a business that sold products for making wine, cider and beer following a seizure based on an offence that did not actually exist under the *Act respecting the Société des alcools du Québec*, R.S.Q., c. S-13. In each of those decisions, the presumption of validity played no role in the assessment of civil liability. The reasoning remains the same, regardless of the reason for the police officer's error. Whether the officer believes that an act or omission constitutes an offence because of an error regarding the scope of a law or an error regarding the existence of a law, the presumption of validity is of no assistance to the officer.

[74] In short, it is true that police officers are generally not civilly liable for enforcing a provision — presumed to be valid at the time of the events — that is subsequently declared invalid, provided of course that they do not otherwise commit a fault in exercising their powers. Furthermore, once the courts have recognized the existence of an offence or clarified its scope, police officers can certainly rely on it without fear that their conduct in this regard will be found to constitute a fault. It does not follow, however, that the existence in law — or the scope — of an offence must be assumed in a civil liability action on the basis of bare assertions to this effect made by the state, a legal person established in the public interest or one of their representatives.

### (3) Application to the Facts

[75] In my view, Constable Camacho's conduct constituted a fault. A reasonable police officer in the same circumstances would not have concluded that disobeying the pictogram indicating that the handrail should be held was an offence under a by-law. At

religieuses qui distribuait de porte en porte des tracts religieux. Les religieuses soutenaient que le règlement municipal interdisant la distribution de circulaires ne visait que les imprimés commerciaux. Quoique la Cour n'ait ultimement pas conclu à la responsabilité civile des policiers, elle n'a pas *présupposé* que l'interprétation retenue par les policiers était exacte. Par ailleurs, dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Ouellet*, 1998 CanLII 12543, la Cour d'appel a confirmé une décision octroyant des dommages-intérêts à l'exploitant d'un commerce de vente de produits pour fabrication de vin, cidre et bière à la suite d'une saisie qui reposait sur une infraction en réalité inexistante au regard de la *Loi sur la Société des alcools du Québec*, L.R.Q., c. S-13. Dans chacune de ces décisions, la présomption de validité n'a joué aucun rôle dans l'appréciation de la responsabilité civile. Le raisonnement demeure le même, peu importe le motif pour lequel le policier a erré. Que le policier croie qu'un acte ou une omission constitue une infraction en raison d'une erreur quant à la portée d'une règle de droit ou encore d'une erreur quant à l'existence d'une règle de droit, la présomption de validité ne lui est d'aucun secours.

[74] En somme, il est vrai qu'un policier n'engage généralement pas sa responsabilité civile en faisant respecter une disposition — présumée valide au moment des faits — qui est par la suite déclarée invalide, dans la mesure bien sûr où il ne commet par ailleurs aucune faute dans l'exercice de ses pouvoirs. Du reste, dès lors que la jurisprudence a reconnu l'existence d'une infraction ou précisé sa portée, un policier peut bien sûr s'y fier, sans crainte que sa conduite à cet égard soit jugée fautive. Il ne s'ensuit pas, cependant, que l'existence en droit d'une infraction — ou encore sa portée — doive être tenue pour acquise, dans le cadre d'une action en responsabilité civile, sur la foi de simples prétentions en ce sens de l'État, d'une personne morale de droit public ou d'un de leurs représentants.

### (3) L'application aux faits

[75] À mon avis, la conduite de l'agent Camacho était fautive. Un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas conclu que la désobéissance au pictogramme indiquant de tenir la main courante constituait une infraction réglementaire.

the least, a reasonable police officer would have had some doubt in this regard and would therefore have refrained from acting as Constable Camacho did, that is, unreasonably by requiring Ms. Kosoian to identify herself and, when she refused, by arresting her by force and searching her personal effects.

[76] Before depriving Ms. Kosoian of her liberty, Constable Camacho had to ensure that there was valid legal justification for his actions (*Dedman*, at pp. 28-29). As a police officer, he could obviously not have been unaware that both s. 9 of the *Charter* and s. 24 of the Quebec *Charter* protect every person from “unjustified state intrusions upon physical liberty, but also against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive pressures of detention and imprisonment from being applied to people without adequate justification” (*Grant*, at para. 20).

[77] In enforcing the STM’s by-laws,<sup>1</sup> the City’s police officers exercise, among other things, the powers conferred on them by the *Code of Penal Procedure*, CQLR, c. C-25.1 (“C.P.P.”). Where a police officer wishes to issue a statement of offence, art. 74 C.P.P. gives the officer the power to arrest without a warrant a person informed of the offence alleged against him or her who refuses to identify himself or herself, provided, of course, that the offence exists in law:

**72.** A peace officer who has reasonable grounds to believe that a person has committed an offence may require the person to give him his name and address, if he does not know them, so that a statement of offence may be prepared.

...

**73.** A person may refuse to give his name and address or further information to confirm their accuracy so long as he is not informed of the offence alleged against him.

<sup>1</sup> Sections 48 and 69 of the *Police Act* make municipal police officers responsible for the enforcement of municipal by-laws in the territory of a municipality. In addition, STM resolution CA-2007-100 specifically designates the City’s police officers to act as STM inspectors pursuant to s. 140 of the *Act respecting public transit authorities*. That resolution provides that the City’s police officers will enforce By-law R-036.

Du moins, il aurait eu un doute à ce sujet et se serait conséquemment abstenu d’agir comme l’a fait l’agent Camacho. Ce dernier s’est conduit d’une manière déraisonnable en exigeant que madame Kosoian s’identifie et, devant son refus de le faire, en procédant à son arrestation par la force ainsi qu’à la fouille de ses effets personnels.

[76] Avant de priver madame Kosoian de sa liberté, l’agent Camacho devait d’abord s’assurer que son intervention reposait sur une justification juridique valable (*Dedman*, p. 28-29). À titre de policier, il ne pouvait évidemment ignorer que tant l’art. 9 de la *Charte* que l’art. 24 de la *Charte* québécoise protègent toute personne contre « les atteintes injustifiées de l’État à la liberté physique, mais aussi contre les atteintes à la liberté psychologique, en lui interdisant de recourir sans justification appropriée aux moyens coercitifs que représentent la détention et l’emprisonnement » (*Grant*, par. 20).

[77] En veillant à l’application des règlements de la STM<sup>1</sup>, les policiers de la Ville exercent notamment les pouvoirs que leur confère le *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1 (« C.p.p. »). Lorsqu’un policier souhaite délivrer un constat d’infraction, l’art. 74 C.p.p. lui accorde le pouvoir d’arrêter sans mandat une personne informée de l’infraction alléguée contre elle qui refuse de s’identifier, dans la mesure bien sûr où cette infraction existe en droit :

**72.** L’agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu’une personne a commis une infraction peut exiger qu’elle lui déclare ses nom et adresse, s’il ne les connaît pas, afin que soit dressé un constat d’infraction.

...

**73.** Une personne peut refuser de déclarer ses nom et adresse ou de fournir des renseignements permettant d’en confirmer l’exactitude tant qu’elle n’est pas informée de l’infraction alléguée contre elle.

<sup>1</sup> Les articles 48 et 69 de la *Loi sur la police* attribuent aux policiers municipaux la responsabilité de faire respecter les règlements pris par les autorités municipales sur leur territoire. En outre, et plus spécifiquement, la résolution CA-2007-100 de la STM désigne les policiers de la Ville à titre d’inspecteurs de la STM en vertu de l’art. 140 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun*. Cette résolution prévoit que les policiers de la Ville veillent à l’application du Règlement R-036.

74. A peace officer may arrest without a warrant a person informed of the offence alleged against him who, despite the peace officer's demand, fails or refuses to give him his name and address or further information to confirm their accuracy.

(Articles 72 para. 1, 73 and 74 *C.P.P.*)

[78] The exercise of these powers presupposes that there are reasonable grounds to believe an offence has been committed. The “reasonable grounds” concept relates to the *facts*, not to the existence in *law* of the offence in question (*Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, at p. 531). If the offence that the police officer believes has been committed simply does not exist, neither the *C.P.P.* nor, for that matter, any other statute or common law rule gives the officer the power to require a person to identify himself or herself and to arrest the person if he or she refuses to comply (see *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195, at pp. 205-6, per Dickson J., dissenting; *R. v. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1, at p. 8; *R. v. Coles* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 98, at para. 14). An officer who makes an arrest on this basis is acting unlawfully, even if he or she believes in good faith that the offence exists (*R. v. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295, at pp. 297-99; *Crépeau v. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265 (Que. Sup. Ct.), at p. 269; see also P. Ceyskens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf), vol. 1, at p. 2-3). It was therefore incumbent upon Constable Camacho to verify the existence of the offence alleged against Ms. Kosoian before using the powers conferred on him by the *C.P.P.*

[79] In the present case, Constable Camacho believed that he was enforcing art. 4(e) of STM By-law R-036, the French version of which reads as follows:<sup>2</sup>

4. Dans ou sur un immeuble ou du matériel roulant, il est interdit à toute personne:

...

e) de désobéir à une directive ou un pictogramme, affiché par la Société;

<sup>2</sup> Article 17 (now art. 26) of By-law R-036 provided that anyone who contravenes art. 4(e) commits an offence and is liable to a fine of \$75 to \$500.

74. L'agent de la paix peut arrêter sans mandat la personne informée de l'infraction alléguée contre elle qui, lorsqu'il l'exige, ne lui déclare pas ou refuse de lui déclarer ses nom et adresse ou qui ne lui fournit pas les renseignements permettant d'en confirmer l'exactitude.

(Articles 72 al. 1, 73 et 74 *C.p.p.*)

[78] L'exercice de ces pouvoirs suppose l'existence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Cette notion de « motifs raisonnables » porte sur les *faits*, et non sur l'existence en *droit* de l'infraction en cause (*Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, p. 531). Si l'infraction que le policier croit avoir été commise n'existe tout simplement pas, ni le *C.p.p.* — ni aucune autre loi ou règle de common law, du reste — ne lui confèrent le pouvoir d'exiger qu'une personne s'identifie et celui de procéder à son arrestation, en cas de refus de celle-ci d'obtempérer (voir *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195, p. 205-206, le juge Dickson, dissident; *R. c. Guthrie* (1982), 21 Alta. L.R. (2d) 1, p. 8; *R. c. Coles* (2003), 221 Nfld. & P.E.I.R. 98, par. 14). En procédant à une arrestation sur cette base, le policier se trouve à agir illégalement, même s'il croit de bonne foi en l'existence de l'infraction (*R. c. Houle* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 295, p. 297-299; *Crépeau c. Yannonie*, [1988] R.R.A. 265 (C.S. Qc), p. 269; voir aussi P. Ceyskens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 2-3). Conséquemment, il incombait à l'agent Camacho de vérifier l'existence de l'infraction reprochée à madame Kosoian avant de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés par le *C.p.p.*

[79] En l'espèce, l'agent Camacho croyait faire respecter l'art. 4e) du Règlement R-036 de la STM, lequel prévoit ce qui suit<sup>2</sup> :

4. Dans ou sur un immeuble ou du matériel roulant, il est interdit à toute personne :

...

e) de désobéir à une directive ou un pictogramme, affiché par la Société;

<sup>2</sup> L'article 17 (maintenant l'art. 26) du Règlement R-036 prévoyait que quiconque contrevient à l'art. 4e) commet une infraction et est passible d'une amende de 75 \$ à 500 \$.

[80] The unofficial English version<sup>3</sup> of art. 4(e) of STM By-law R-036 uses different language:

4. No one shall, within or on a building or rolling stock:

...

(e) ignore a guideline or pictogram posted by the Société;

The unofficial English version of By-law R-036 therefore uses the word “ignore” to render the French word “*désobéir*” (disobey). However, the English word “ignore” does not have the same meaning as the French word “*désobéir*”. The words “*désobéir*” and “*désobéissance*” (disobedience) refer to the act of refusing to comply with a law or an order. They connote insubordination, intractability or resistance (see, e.g., the definitions of these words in the dictionaries *Le Petit Larousse illustré* (2020), at p. 371, and *Le Petit Robert* (new ed. 2020), at p. 707). On the other hand, the word “ignore” means “not to know, to be ignorant of” or, alternatively, “[t]o refuse to take notice of; not to recognize; to disregard intentionally, leave out of account or consideration, shut ‘one’s eyes to” (see “ignore” in the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 641).

[81] According to *Robert & Collins: Dictionnaire français-anglais, anglais-français* (10th ed. 2016), at p. 1548, the English word “ignore” is the equivalent of the French word “*ignorer*”, which means not to know, not to want to know or not to make use of something or, alternatively, to refuse to recognize the existence of or to take notice of something (see also “*ignorer*” in the dictionaries *Le Petit Larousse illustré*, at p. 598, and *Le Petit Robert*, at p. 1276).

[82] That being said, the English version of By-law R-036 is unofficial and therefore has no legal effect: it is merely a reference document.

<sup>3</sup> The preamble to the English version of By-law R-036 states the following: “This administrative consolidation . . . is a reference document and should not be considered an official version of the By-law. Please refer to the official French text of the By-law and its amendment as the official documents.”

[80] La version anglaise non officielle<sup>3</sup> de l’art. 4e) du Règlement R-036 de la STM utilise un langage différent, soit :

4. No one shall, within or on a building or rolling stock :

...

(e) ignore a guideline or pictogram posted by the Société;

Ainsi, la version anglaise non officielle du Règlement R-036 utilise le mot anglais « *ignore* » pour rendre le mot français « *désobéir* ». Le mot anglais « *ignore* » n’a cependant pas le même sens que le mot français « *désobéir* ». Les mots « *désobéir* » et « *désobéissance* » s’entendent du fait de refuser de se soumettre à une loi ou à un ordre. Ils suggèrent l’idée d’insubordination, d’indocilité ou de résistance (voir, p. ex., les définitions de ces mots dans les dictionnaires *Le Petit Larousse illustré* (2020), p. 371, et *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2020), p. 707). Pour sa part, le mot « *ignore* » signifie [TRADUCTION] « ne pas savoir, être ignorant de », ou alors « refuser de prêter attention à; ne pas reconnaître; faire intentionnellement abstraction de, faire fi de, ne pas prendre en compte ou en considération, fermer les yeux sur » (voir « *ignore* » dans le *Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), p. 641).

[81] Selon le *Robert & Collins : Dictionnaire français-anglais, anglais-français* (10<sup>e</sup> éd. 2016), p. 1548, le mot anglais « *ignore* » est l’équivalent du mot français « *ignorer* », qui signifie ne pas connaître quelque chose, ne pas vouloir le connaître, ne pas en faire usage, ou alors refuser d’en constater l’existence ou d’en tenir compte (voir aussi « *ignorer* » dans les dictionnaires *Le Petit Larousse illustré*, p. 598, et *Le Petit Robert*, p. 1276).

[82] Cela dit, la version anglaise du Règlement R-036 est non officielle, et n’a donc pas d’effet juridique : il s’agit uniquement d’un document de référence.

<sup>3</sup> Le préambule de la version anglaise du Règlement R-036 précise ce qui suit : [TRADUCTION] « La présente codification administrative [. . .] constitue un document de référence et ne doit pas être considérée comme une version officielle du Règlement. Veuillez consulter le texte français officiel du Règlement et de ses modifications, lesquels constituent des documents officiels. »



[83] In addition, s. 8 of the *Charter of the French language*, CQLR, c. C-11, provides as follows:

8. Where an English version exists of a regulation or other similar act to which section 133 of the Constitution Act, 1867 does not apply, the French text shall prevail in case of discrepancy.

[84] According to *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at p. 329, only regulations that are “enactments of the Government” are subject to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. By-law R-036 is not an enactment of the government. It is a corporate by-law adopted by the STM. As a result, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* does not apply to By-law R-036, which is therefore covered by s. 8 of the *Charter of the French language*. Since there is a discrepancy between the unofficial English version and the French version, the French text prevails, and my analysis will deal solely with that text.

[85] The offence thus involves disobeying a directive or pictogram. By definition, to “disobey” is to refuse to comply with an obligation or order, or to break the law (see, e.g., “*désobéir*” (disobey) and “*désobéissance*” (disobedience) in the dictionaries *Le Petit Larousse illustré*, at p. 371, and *Le Petit Robert*, at p. 707). Therefore, a subway user does not “disobey” a pictogram unless it creates an obligation or prohibition. It follows that a pictogram that only warns, advises or informs cannot serve as the basis for this offence. After all, one does not “disobey” a warning. At most, one refuses to take notice of it. This interpretation — which flows from the ordinary meaning of the words — is the one that must be adopted by a reasonable police officer called upon to enforce By-law R-036.

[86] However, By-law R-036 provides no information about the pictograms to which it refers and no explanation of the obligations and prohibitions allegedly expressed by those graphical representations. Police officers — like subway users, in fact — have no choice but to examine the elements of the various pictograms posted by the

[83] De plus, l’art. 8 de la *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, édicte ce qui suit :

8. S’il existe une version anglaise d’un règlement ou d’un autre acte de nature similaire auxquels ne s’applique pas l’article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, le texte français, en cas de divergence, prévaut.

[84] En vertu de l’arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 329, seuls les règlements constituant des « mesures édictées par le gouvernement » sont assujettis à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Règlement R-036 n’est pas une mesure édictée par le gouvernement. Il s’agit d’un règlement d’entreprise adopté par la STM. Par conséquent, l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s’applique pas au Règlement R-036, et ce dernier est donc visé par l’art. 8 de la *Charte de la langue française*. Puisque la version anglaise non officielle diverge de la version française, le texte français prévaut, et mon analyse portera uniquement sur ce dernier.

[85] L’infraction consiste donc à désobéir à une directive ou à un pictogramme. Par définition, pour « désobéir », il faut refuser de se soumettre à une obligation ou un ordre, ou encore transgresser la loi (voir, p. ex., « désobéir » et « désobéissance » dans les dictionnaires *Le Petit Larousse illustré*, p. 371, et *Le Petit Robert*, p. 707). Ainsi, un usager du métro ne « désobéit » à un pictogramme que si ce dernier crée une obligation ou une interdiction. Conséquemment, un pictogramme qui n’exprime qu’une mise en garde, un conseil ou une information ne peut servir de fondement à cette infraction. Après tout, on ne « désobéit » pas à un avertissement. Tout au plus, on refuse d’en tenir compte. Cette interprétation — qui découle du sens courant des mots — s’impose au policier raisonnable appelé à faire respecter le Règlement R-036.

[86] Le Règlement R-036 ne fournit par ailleurs aucune indication quant aux pictogrammes qui sont visés et ne précise d’aucune façon les obligations et les interdictions qui seraient ainsi véhiculées par ces représentations graphiques. Les policiers — tout comme les usagers du métro d’ailleurs — n’ont d’autre choix que d’examiner les éléments des différents pictogrammes

STM to understand what is or is not an offence for the purposes of art. 4(e).

[87] In the instant case, the question is therefore whether the pictogram concerned imposes an obligation to hold the handrail. In Constable Camacho's view, the answer is simple: *all* of the pictograms posted in the subway describe prohibitions or obligations, and contravening them is an offence (C.Q. reasons, at para. 198). In his opinion, Ms. Kosoian *disobeyed* the pictogram posted by the STM indicating that the handrail should be held and thereby contravened art. 4(e) of By-law R-036. The appellant, on the other hand, maintains that the pictogram simply communicates a message to be careful, not an obligation, that she therefore could not "disobey" it and that, as a result, it does not create any offence.

[88] With respect, the majority of the Quebec Court of Appeal erred in law in relying on the presumption of validity applicable to the by-law to support the reasonableness of Constable Camacho's belief in the *existence* in law of the alleged offence (paras. 7-8, 10-11 and 13). The trial judge erred as well in assuming that Ms. Kosoian had acted [TRANSLATION] "unlawfully" by not holding the handrail (para. 270), without questioning the very existence of the offence. As I explained above, the presumption that a by-law is valid does not extend to the very existence or scope of an offence. In the instant case, these errors vitiated the analysis of civil liability undertaken by the courts below, which justifies this Court making its own assessment of Constable Camacho's conduct.

[89] I also reiterate that, contrary to what the respondents argue, the action brought by Ms. Kosoian is not based on a challenge to the validity of art. 4(e) of By-law R-036. For this reason, the Court does not have to determine whether this provision validly authorizes the STM to prohibit users from disobeying the directives or pictograms it posts, even if they are not directly incorporated into the by-law. As the dissenting Court of Appeal judge stated (paras. 59

affichés par la STM afin de comprendre ce qui constitue ou non une infraction pour l'application de l'art. 4e).

[87] En l'espèce, la question est donc de savoir si le pictogramme en cause impose l'obligation de tenir la main courante. Pour l'agent Camacho, la réponse est simple : *tous* les pictogrammes affichés dans le métro décrivent des interdictions ou des obligations, et y contrevenir est une infraction (motifs de la C.Q., par. 198). Selon lui, madame Kosoian a *désobéi* au pictogramme indiquant de tenir la main courante affiché par la STM. Ce faisant, elle aurait enfreint l'art. 4e) du Règlement R-036. Pour sa part, l'appelante estime plutôt que le pictogramme communique non pas une obligation, mais bien un simple message de prudence, qu'elle ne peut donc pas « désobéir » à ce pictogramme et que, de ce fait, celui-ci ne crée aucune infraction.

[88] Avec égards, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont commis une erreur de droit en s'appuyant sur la présomption de validité du règlement pour justifier le caractère raisonnable de la croyance de l'agent Camacho en l'*existence* en droit de l'infraction reprochée (par. 7-8, 10-11 et 13). Le juge du procès a également commis une erreur en tenant pour acquis que madame Kosoian a agi « illégalement » en ne tenant pas la main courante (par. 270), et ce, sans s'interroger sur l'existence même de l'infraction. Comme je l'ai expliqué précédemment, la présomption de validité d'un règlement ne s'étend pas à l'existence ou à la portée même d'une infraction. Dans le présent cas, ces erreurs ont vicié l'analyse de la responsabilité civile effectuée par les juridictions inférieures, ce qui justifie notre Cour de procéder à sa propre appréciation de la conduite de l'agent Camacho.

[89] Je réitère par ailleurs que, contrairement aux prétentions des intimés, l'action intentée par madame Kosoian ne repose pas sur une contestation de la validité de l'art. 4e) du Règlement R-036. Pour cette raison, la Cour n'a pas à déterminer si cette disposition permet valablement à la STM d'interdire de désobéir aux directives ou aux pictogrammes qu'elle affiche, même si ceux-ci ne sont pas directement incorporés dans le règlement. Comme le mentionne le

and 65), an unlawful subdelegation issue might possibly arise, but that is not the issue before the Court. Similarly, Ms. Kosoian is not seeking to invalidate art. 4(e) based on the *vagueness* of the pictograms to which that provision refers. On the contrary, she argues in her factum that the pictogram in question [TRANSLATION] “clearly and unequivocally communicates a message that encourages something, not an obligation” (para. 39 (emphasis added)).

[90] In my opinion, the appellant is correct. A reasonable police officer looking at the STM’s sign would have concluded that the pictogram simply advises users to be careful and does not impose an obligation. In this sense, there is no issue of *vagueness*.

[91] In any event, in the case at bar, a cursory analysis is sufficient to show that a reasonable person in the same circumstances — and *a fortiori* a reasonable police officer — would not regard the pictogram as imposing an obligation the breach of which constitutes an offence under a by-law:

- (a) The pictogram and the message accompanying it — [TRANSLATION] “Hold Handrail” — have the title “CAUTION”, which aims to communicate advice to be careful.
- (b) The other two messages that appear on the same sign — [TRANSLATION] “Attend Children” and “Avoid Sides” — also seem to provide the same advice.
- (c) The pictogram appears on a yellow background. It is well known that this colour generally corresponds to a warning, not to an obligation the breach of which will be penalized.
- (d) Certain other pictograms on the same sign communicate a prohibition through explicit visual elements. For example, one pictogram has a small red circle and a diagonal red bar. Another appears with a drawing showing a gavel, and the amount of the fine is specifically indicated on it.
- (e) In contrast, there is *no* symbol suggesting that holding the handrail is *obligatory*.

juge dissident en appel (par. 59 et 65), un problème de sous-délégation illégale pourrait possiblement se poser, mais ce n’est pas la question dont la Cour est saisie. De même, madame Kosoian ne cherche pas à faire invalider l’art. 4e) en s’appuyant sur l’*imprécision* des pictogrammes auxquels cette disposition renvoie. Au contraire, elle soutient dans son mémoire que le pictogramme en cause « communique clairement et de manière non équivoque un message incitatif et non une obligation » (par. 39 (je souligne)).

[90] À mon avis, l’appelante a raison. À la vue de l’affiche de la STM, un policier raisonnable aurait conclu que le pictogramme exprime un simple conseil de prudence, et non une obligation. En ce sens, il ne s’agit pas d’une question d’*imprécision*.

[91] Quoi qu’il en soit, en l’espèce, une analyse sommaire suffit à démontrer qu’une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances — et à plus forte raison un policier raisonnable — n’aurait pas considéré que le pictogramme impose une obligation dont l’inobservation constitue une infraction réglementaire :

- a) Le pictogramme et le message qui l’accompagne — « Tenir la main courante » — sont coiffés du titre « ATTENTION », ce qui tend à communiquer un conseil de prudence.
- b) Les deux autres messages qui figurent sur la même affiche — « Surveiller les enfants » et « Se tenir éloigné des côtés » — paraissent aussi relever du conseil de prudence.
- c) Le pictogramme apparaît sur fond jaune. Il est notoire que cette couleur correspond généralement à un avertissement, et non à une obligation dont l’inobservation est sanctionnée.
- d) Certains autres pictogrammes intégrés à la même affiche communiquent une interdiction par des éléments visuels explicites. Par exemple, un des pictogrammes comprend une couronne rouge et une barre diagonale rouge. Un autre est jumelé à un dessin montrant un maillet, et le montant de l’amende y est indiqué expressément.
- e) En comparaison, *aucun* symbole ne vient suggérer qu’il est *obligatoire* de tenir la main courante.

[92] Simply put, when the STM intends to impose an obligation or prohibition through a pictogram, it does so using well-known symbols, which indicate the binding nature of the pictogram. Conversely, when the STM chooses not to use such symbols, as in the case of the pictogram indicating that the handrail should be held, it must be inferred that its intention is instead simply to advise users to be careful.<sup>4</sup> At least, this is the conclusion that must be reached from looking at the sign in question.

[93] Unlike the majority of the Court of Appeal, it is my view that the circumstances of this case, including the training Constable Camacho received, cannot render his conduct reasonable. It is true that, as stated in the trial judge's decision, the STM taught police officers that it was an offence to disobey the pictogram indicating that the handrail should be held (paras. 210-11 and 270). As I explained above, such training must be taken into account in assessing a police officer's conduct. However, the fact that police officers have received training does not authorize them to lay aside their own judgment. Here, despite the training received, the very sight of the pictogram should at least have raised a doubt in the mind of a reasonable police officer as to whether it created an offence.

[94] In the circumstances, and in light of Ms. Kosoian's protests, Constable Camacho could not reasonably be certain that he was acting within his powers. He should have refrained from giving her a statement of offence and then made further inquiries as to the meaning of the pictogram and the scope of the by-law. Moreover, when Ms. Kosoian was at the bottom of the escalator, there was no longer any risk to her or others. His intervention — which was initially supposed to be an effort to [TRANSLATION]

<sup>4</sup> As the dissenting Court of Appeal judge noted (para. 69), another element that tends to confirm this interpretation is the actual source of the pictogram, which is a reproduction of figure 6.1.6.9.1 in the *Safety Code for Elevators*, CAN/CSA B44-00. That code — which is referred to in the *Construction Code*, CQLR, c. B-1.1, r. 2, and the *Safety Code*, CQLR, c. B-1.1, r. 3 — describes the picture suggesting that the handrail be held as a "caution sign". I recognize, however, that the source of the pictogram is not determinative in assessing Constable Camacho's conduct.

[92] En clair, lorsque la STM entend imposer une obligation ou une interdiction au moyen d'un pictogramme, elle l'exprime par des symboles bien connus, qui témoignent de son caractère contraignant. Au contraire, lorsque la STM choisit de ne pas utiliser de tels symboles, comme dans le cas du pictogramme indiquant de tenir la main courante, il faut en inférer qu'elle entend plutôt exprimer un simple conseil de prudence<sup>4</sup>. C'est du moins la conclusion qui s'impose à la vue de l'affiche en cause.

[93] Contrairement aux juges majoritaires en appel, j'estime que les circonstances de la présente affaire, y compris les formations que l'agent Camacho a reçues, ne peuvent rendre sa conduite raisonnable. Certes, selon le jugement de première instance, la STM enseignait aux policiers que désobéir au pictogramme indiquant de tenir la main courante constituait une infraction (par. 210-211 et 270). Comme je l'ai expliqué précédemment, de telles formations doivent être prises en compte dans l'appréciation de la conduite d'un policier. Cependant, recevoir une formation n'autorise pas les policiers à mettre leur propre jugement en veilleuse. En l'espèce, la vue même du pictogramme devait au moins soulever un doute, dans l'esprit du policier raisonnable, quant à l'existence d'une infraction, et ce, en dépit de la formation reçue.

[94] Dans les circonstances, et devant les protestations de madame Kosoian, l'agent Camacho ne pouvait raisonnablement être certain d'agir dans le cadre de ses pouvoirs. Il aurait dû s'abstenir de lui remettre un constat d'infraction, quitte à effectuer par la suite des vérifications additionnelles quant à la signification du pictogramme et à la portée du règlement. Qui plus est, au moment où madame Kosoian se trouvait au bas de l'escalier mécanique, il n'y avait plus aucun risque pour elle-même ou pour autrui.

<sup>4</sup> Comme l'a noté le juge dissident en appel (par. 69), un autre élément qui tend à confirmer cette interprétation est la source même du pictogramme, qui est une reproduction de la figure 6.1.6.9.1 du *Code de sécurité sur les ascenseurs et monte-charge*, CAN/CSA B44-00. Ce code — auquel renvoient le *Code de construction*, RLRQ, c. B-1.1, r. 2, ainsi que le *Code de sécurité*, RLRQ, c. B-1.1, r. 3 — qualifie le dessin suggérant de tenir la main courante de « mise en garde ». Je reconnais cependant que la source du pictogramme n'est pas déterminante quant à l'appréciation de la conduite de l'agent Camacho.

“raise awareness” — should have ended at that moment.

[95] In short, a reasonable police officer in the same circumstances would necessarily have doubted the existence in law of the offence and, as a result, would not have required Ms. Kosoian to identify herself so that she could be given a statement of offence. Such an officer would certainly not have arrested her if she refused, but would instead have allowed her to continue on her way.

[96] I therefore conclude that Constable Camacho departed from the conduct expected of a reasonable police officer by grabbing Ms. Kosoian in order to prevent her from leaving and by taking her to the holding room. By acting in that manner, he made an arrest which was unlawful (see *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, at para. 24; *R. v. Asante-Mensah*, 2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3, at paras. 42-46) and which, having regard to the context, constituted a civil fault.

[97] Any exercise of discretion by a police officer must have a valid legal justification (*Dedman*, at pp. 28-29). Since the offence alleged in this case did not exist, and since Constable Camacho’s belief in the existence of such an offence was unreasonable, any exercise of his discretion grounded on that non-existent offence was not only unlawful but also necessarily unreasonable.

[98] As a result, I do not have to determine whether, in the instant case, going so far as to grab hold of Ms. Kosoian and keep her handcuffed on a chair was an inherently unreasonable exercise of discretion by Constable Camacho. I will simply note that police officers must exercise good judgment before issuing a statement of offence and must also act with prudence and restraint in exercising their powers of arrest.

[99] That being said, I have some serious reservations about the trial judge’s conclusions that Constable Camacho’s conduct was [TRANSLATION] “exemplary

L’intervention — qui devait être initialement une démarche de « sensibilisation » — aurait dû prendre fin à ce moment.

[95] En somme, un policier raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait nécessairement douté de l’existence en droit de l’infraction, et n’aurait donc pas exigé que madame Kosoian s’identifie afin de lui remettre un constat d’infraction. Il n’aurait certainement pas procédé à son arrestation en cas de refus. Il l’aurait plutôt laissée poursuivre son chemin.

[96] J’en conclus donc que l’agent Camacho s’est écarté du comportement attendu d’un policier raisonnable en empoignant madame Kosoian afin de l’empêcher de quitter les lieux et en l’emmenant dans le local de confinement. En agissant ainsi, il a procédé à une arrestation illégale (voir *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, par. 24; *R. c. Asante-Mensah*, 2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3, par. 42-46) et, compte tenu du contexte, fautive.

[97] Tout exercice par un agent de police de son pouvoir discrétionnaire doit reposer sur une justification juridique valable (*Dedman*, p. 28-29). Puisque l’infraction reprochée en l’espèce était inexistante et que la croyance de l’agent Camacho en l’existence d’une telle infraction était déraisonnable, tout exercice par ce dernier de son pouvoir discrétionnaire sur la base de cette infraction inexistante était non seulement illégal, mais en outre nécessairement déraisonnable.

[98] Par conséquent, je n’ai pas à décider si, en l’espèce, le fait d’aller jusqu’à saisir madame Kosoian et à la maintenir menottée sur une chaise constituait en soi un exercice déraisonnable par l’agent Camacho de son pouvoir discrétionnaire. Je rappellerai simplement qu’un policier doit faire montre de discernement avant de délivrer un constat d’infraction, et également faire preuve de prudence et de retenue dans l’exercice de ses pouvoirs d’arrestation.

[99] Cela dit, j’ai de sérieuses réserves quant aux conclusions du juge du procès selon lesquelles la conduite de l’agent Camacho a été « exemplaire et



and irreproachable” and that the force used was reasonable in the circumstances (paras. 266, 269 and 277-79).

[100] First, in view of the non-existence in law of the offence initially alleged, the force used was inevitably unwarranted. Article 82 *C.P.P.*, which authorizes a police officer to use the force necessary to make an arrest, applies only where the officer acts lawfully (see *Figueiras v. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, at para. 147). Moreover, the search incidental to the arrest was unreasonable given that Ms. Kosoian was not lawfully arrested (*R. v. Saeed*, 2016 SCC 24, [2016] 1 S.C.R. 518, at paras. 36-37). On this last point, I would add that I prefer not to comment on the issue discussed by Vaclair J.A. in his concurring opinion, namely whether there is a power to conduct an incidental search for identification purposes.

[101] Second, the trial judge’s conclusions are inconsistent with those in the penal judgment of the Municipal Court that acquitted Ms. Kosoian. The conclusions reached in that judgment are in fact not innocuous, since the judge stated, among other things, that he was under [TRANSLATION] “the impression that adjustments were made to the [prosecution’s] evidence to justify the failure of this intervention, which basically should have been routine” (A.R., vol. II, at p. 82 (emphasis added)). I would also note that the only reason we have no physical evidence of the events at issue is that the respondents did not take the necessary steps to keep the videotapes from the surveillance camera, despite the fact that Ms. Kosoian’s spouse requested this the very next day (A.R., vol. II, at p. 75).

[102] The trial judge completely disregarded the reasons for the penal judgment. Although civil judges are not bound by such judgments, they also cannot ignore them (see *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, at paras. 50-58; *Pierre-Louis v. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554, at paras. 48-57 (CanLII)). It would have been preferable for the judge in the civil proceedings to explain why he did not share the view of his colleague on the Municipal Court.

irréprochable » et la force employée était raisonnable dans les circonstances (par. 266, 269 et 277-279).

[100] D’abord, compte tenu de l’inexistence en droit de l’infraction initialement reprochée, la force employée était inévitablement injustifiée. En effet, l’art. 82 *C.p.p.*, qui autorise l’usage de la force nécessaire à l’arrestation, ne trouve application que lorsque le policier agit légalement (voir *Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, par. 147). De même, la fouille accessoire à l’arrestation était abusive, étant donné que madame Kosoian n’a pas été légalement arrêtée (*R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, par. 36-37). Sur ce dernier point, je préfère d’ailleurs m’abstenir d’émettre des commentaires quant à la question dont traite le juge Vaclair dans son opinion concordante, à savoir l’existence ou non d’un pouvoir de fouille accessoire à des fins d’identification.

[101] Ensuite, les conclusions tranchent avec celles du jugement pénal de la Cour municipale qui a prononcé l’acquiescement de madame Kosoian. En effet, les conclusions formulées dans ce jugement ne sont pas anodines, car le juge se dit notamment sous « l’impression que des ajustements ont été apportés à la preuve [de la poursuite] pour justifier la faillite de cette intervention qui, à la base, se devait d’être banale » (d.a., vol. II, p. 82 (je souligne)). Je ferais par ailleurs remarquer que, si nous n’avons pas une preuve matérielle des événements, c’est uniquement parce que les intimés n’ont pas pris les mesures nécessaires pour préserver les bandes vidéo de la caméra de surveillance, malgré les demandes en ce sens présentées dès le lendemain par le conjoint de madame Kosoian (d.a., vol. II, p. 75).

[102] Le juge du procès a complètement fait abstraction des motifs du jugement pénal. Quoique le juge civil ne soit pas lié par ce jugement, il ne peut non plus l’ignorer (voir *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, par. 50-58; *Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554, par. 48-57 (CanLII)). Il aurait été préférable que le juge du procès civil explique pourquoi il ne partageait pas le point de vue de son collègue de la Cour municipale.

[103] I would add that there is an extricable error of law in the trial judge’s decision with regard to the timing of Ms. Kosoian’s arrest (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 31-37). Contrary to what the trial judge suggested (paras. 152, 273 and 276), an arrest occurred as soon as the police officers touched Ms. Kosoian at the bottom of the escalator with a view to her detention (see *Asante-Mensah*, at para. 42). At that point, they had to inform her promptly of her constitutional and quasi-constitutional rights, including her right to retain and instruct counsel (s. 10(b) of the *Charter*; s. 29 of the Quebec *Charter*), but they did not do so until later, while she was being detained in the holding room (para. 163). This additional error further undermines the trial judge’s conclusions concerning the so-called [TRANSLATION] “exemplary and irreproachable” work done by Constable Camacho.

[104] I will conclude by saying that Constable Camacho’s conduct necessarily constituted a fault insofar as it resulted from an unreasonable belief in the existence of an offence that did not exist in law. As principal, the City is also bound to make reparation for the injury caused, because it is not in dispute that Constable Camacho was acting in the performance of his duties, even though his conduct was also unlawful (arts. 1463 and 1464 C.C.Q.; see Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at para. 37).

### C. *Liability of the STM*

[105] In my view, the STM has no public law immunity. It is liable for Constable Camacho’s fault as his mandator, and it committed a direct fault by providing training that indicated to police officers that holding the handrail was an obligation under a by-law.

#### (1) Relative Immunity in the Exercise of a Regulatory Power

[106] The general rules of extracontractual civil liability are, in principle, applicable to a legal person established in the public interest, unless that

[103] J’ajoute qu’une erreur de droit isolable se dégage du jugement de première instance quant au moment où est survenue l’arrestation de madame Kosoian (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 31-37). Contrairement aux prétentions du juge du procès (par. 152, 273 et 276), dès que les policiers ont touché cette dernière au bas de l’escalier mécanique dans le but de la détenir, il y avait arrestation (voir *Asante-Mensah*, par. 42). Les policiers devaient alors l’informer promptement de ses droits constitutionnels et quasi constitutionnels, notamment de son droit à l’assistance d’un avocat (al. 10b) de la *Charte*; art. 29 de la *Charte* québécoise), ce qui ne sera fait que subséquemment, alors que madame Kosoian est détenue dans le local de confinement (par. 163). Cette autre erreur vient miner davantage les conclusions du juge du procès en ce qui a trait au travail soi-disant « exemplaire et irréprochable » de l’agent Camacho.

[104] Je conclus en disant que la conduite de l’agent Camacho était nécessairement fautive, dans la mesure où elle découlait d’une croyance déraisonnable en l’existence d’une infraction inexistante en droit. À titre de commettante, la Ville est elle aussi tenue de réparer le préjudice causé, puisqu’il n’est pas contesté que l’agent Camacho agissait dans l’exercice de ses fonctions, même si sa conduite était par ailleurs illégale (art. 1463 et 1464 C.c.Q.; voir Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 37).

### C. *La responsabilité de la STM*

[105] À mon avis, la STM ne bénéficie d’aucune immunité de droit public. Celle-ci est responsable de la faute de l’agent Camacho à titre de mandante de ce dernier, et elle a commis une faute directe en donnant des formations indiquant aux policiers que tenir la main courante constituait une obligation réglementaire.

#### (1) L’immunité relative dans l’exercice d’un pouvoir de réglementation

[106] Le régime général de la responsabilité civile extracontractuelle s’applique en principe à une personne morale de droit public, à moins que cette

person shows that a specific rule of public law derogates from them (art. 1376 *C.C.Q.*; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 31; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, at para. 18; Héту and Duplessis, vol. 2, at pp. 11006-7).

[107] In the present case, the STM argues that it enjoys the public law relative immunity that attaches to the exercise of a regulatory power (see *Entreprises Sibeca*, at para. 27; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, at pp. 966 and 968-70). A legal person established in the public interest generally incurs no civil liability where it makes or passes a regulation or by-law that is subsequently held to be invalid, unless its decision to do so was made in bad faith or was irrational (*Entreprises Sibeca*, at paras. 23-27; *Papachronis v. Ste-Anne-de-Bellevue (Ville)*, 2007 QCCA 770, 38 M.P.L.R. (4th) 161, at para. 25; Héту and Duplessis, vol. 2, at pp. 11152-57; see also, outside the municipal context, *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 90; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 23). The purpose of this immunity is to preserve the latitude that a legal person established in the public interest must have in order to make policy decisions in the interests of the community (*Entreprises Sibeca*, at para. 24; *Welbridge*, at p. 968; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 722 and 725).

[108] In the case at bar, however, this relative immunity is of no assistance to the STM. As I explained above, Ms. Kosoian's civil liability action is based not on the invalidity of By-law R-036, but rather on its *improper* application both by the STM, which developed training that was legally incorrect, and by one of its inspectors, Constable Camacho, who applied the inaccurate information he obtained during that training. The application of a by-law falls within the "operational sphere", that is, the practical execution of policy decisions, and is not protected by any form of immunity (see *Laurentide Motels*, at p. 722; *Papachronis*, at para. 23). Baudouin, Deslauriers and Moore

dernière démontre qu'une règle de droit public particulière y déroge (art. 1376 *C.c.Q.*; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 18; Héту et Duplessis, vol. 2, p. 11006-11007).

[107] En l'espèce, la STM prétend bénéficier de l'immunité relative prévue par le droit public en matière d'exercice d'un pouvoir de réglementation (voir *Entreprises Sibeca*, par. 27; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, p. 966 et 968-970). En règle générale, une personne morale de droit public n'engage aucunement sa responsabilité civile si elle adopte ou prend un règlement qui est subséquemment jugé invalide, sauf si sa décision de le faire était entachée de mauvaise foi ou irrationnelle (*Entreprises Sibeca*, par. 23-27; *Papachronis c. Ste-Anne-de-Bellevue (Ville)*, 2007 QCCA 770, 38 M.P.L.R. (4th) 161, par. 25; Héту et Duplessis, vol. 2, p. 11152-11157; voir aussi, hors du contexte municipal, *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 90; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 23). Cette immunité vise à préserver la latitude dont doit disposer une personne morale de droit public afin de prendre des décisions de politique générale dans l'intérêt de la collectivité (*Entreprises Sibeca*, par. 24; *Welbridge*, p. 968; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722 et 725).

[108] En l'espèce, cependant, cette immunité relative n'est d'aucun secours à la STM. Comme je l'ai déjà expliqué, l'action en responsabilité civile de madame Kosoian ne repose pas sur l'invalidité du Règlement R-036, mais plutôt sur l'application *fautive* de celui-ci, d'une part, par la STM qui a élaboré des mesures de formation erronées en droit, et d'autre part, par l'un de ses inspecteurs, l'agent Camacho, qui a mis en œuvre les informations erronées obtenues lors de ces formations. Or, l'application d'un règlement relève de la « sphère opérationnelle », c'est-à-dire l'exécution pratique des décisions de politique générale, et n'est protégée par aucune forme d'immunité (voir *Laurentide*

provide some relevant examples of operational decisions to which the rules in art. 1457 *C.C.Q.* apply in full:

[TRANSLATION] Examples include the carrying out of public works, the provision of information, acts of the police and fire departments, the administrative implementation of statutes, regulations and by-laws, the giving of notice, the conduct of inspections, the enforcement of court decisions, etc. The government has no immunity for such acts and is liable on the private law standard for the commission of a simple fault. [Emphasis added; footnotes omitted; No. 1-148.]

[109] A legal person established in the public interest that makes an error of law in implementing its own regulations or by-laws may therefore be civilly liable. In *Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 S.C.R. 3, the Court adopted the following comments on this point made by Chouinard J.A., dissenting in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] Where its officers or subordinates perform acts in the implementation of a statute, regulation or by-law, the public corporation is liable for acts performed through an error of fact or of law, in good or in bad faith, even through simple negligence. Its legal obligation is that of a prudent administrator or reasonable person, having regard to the circumstances of each case. [Emphasis added; p. 1585.]

(*Maska Auto Spring Ltée v. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de)*, [1988] R.J.Q. 1576 (C.A.); see also *Pincourt (Ville de) v. Construction Cogerec Ltée*, 2013 QCCA 1773, at para. 47 (CanLII); *Chelsea (Municipalité de) v. Laurin*, 2010 QCCA 1723, at para. 71 (CanLII); *Foley v. Shamess*, 2008 ONCA 588, 297 D.L.R. (4th) 287, at para. 26.)

[110] In the instant case, the training provided by the STM to the City's police officers is part of the implementation of By-law R-036. In this respect, the STM cannot avoid the rules in art. 1457 *C.C.Q.*

*Motels*, p. 722; *Papachronis*, par. 23). Les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore donnent quelques exemples pertinents de décisions opérationnelles qui demeurent pleinement assujetties au régime de l'art. 1457 *C.c.Q.* :

On peut en citer comme exemples l'exécution de travaux publics, la fourniture d'informations, les actes de la police et des services d'incendie, l'application administrative des lois et règlements, la transmission d'avis, l'exécution d'inspections, l'exécution d'une décision judiciaire, etc. L'administration ne bénéficie d'aucune immunité pour ceux-ci et engage sa responsabilité selon le standard du droit privé pour la commission d'une faute simple. [Je souligne; notes en bas de page omises; n° 1-148.]

[109] Une personne morale de droit public qui commet une erreur de droit dans la mise en œuvre de sa propre réglementation est donc susceptible d'engager sa responsabilité civile. À ce chapitre, dans l'arrêt *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Village)*, [1991] 2 R.C.S. 3, la Cour a fait siens les commentaires suivants du juge Chouinard, dissident en Cour d'appel :

Lorsque des actes sont posés par ses officiers ou ses préposés lors de la mise en application d'une loi ou d'un règlement, la corporation publique est responsable de l'acte posé par erreur de faits ou de droit, de bonne foi ou de mauvaise foi, même par simple négligence. Son obligation légale est alors celle du bon père de famille ou de l'homme raisonnable, compte tenu des circonstances de chaque espèce. [Je souligne; p. 1585.]

(*Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie (Corp. municipale du village de)*, [1988] R.J.Q. 1576 (C.A.); voir aussi *Pincourt (Ville de) c. Construction Cogerec Ltée*, 2013 QCCA 1773, par. 47 (CanLII); *Chelsea (Municipalité de) c. Laurin*, 2010 QCCA 1723, [2010] R.J.Q. 2196, par. 71; *Foley c. Shamess*, 2008 ONCA 588, 297 D.L.R. (4th) 287, par. 26.)

[110] Dans la présente affaire, les formations offertes par la STM aux policiers de la Ville s'inscrivent dans la mise en œuvre du Règlement R-036. À cet égard, la STM ne saurait se soustraire au régime de l'art. 1457 *C.c.Q.*

(2) Direct Fault of the STM

[111] As noted above, the STM is not only liable for Constable Camacho’s fault as his mandator, but it also committed a direct fault by providing training that suggested to police officers called upon to enforce its by-laws that holding the handrail was an obligation pursuant to a by-law. Once the STM undertook to provide police officers with training on [TRANSLATION] “the safety requirements, the legislation, the types of intervention appropriate for the location and the applicable by-laws” (C.Q. reasons, at para. 123), it had to ensure that the training would be appropriate and that it would reflect the law.

[112] This is, in fact, the corollary of the obligation of police officers to acquire knowledge of the law and to keep that knowledge up to date. This is, moreover, recognized by the *Police Act*, since its first several provisions deal with the training provided to police officers and expressly set out, among other things, the objective of “updat[ing] the knowledge and skills of police officers in the type of police work to which they are assigned” (s. 4(1); see also ss. 1 to 6).

[113] The evidence in this case does not confirm the exact content of the training provided by the STM. However, the trial judge’s decision indicates that the STM believed that the pictogram required subway users to hold the handrail, and that Constable Camacho and his colleague — who were acting as inspectors on behalf of the STM at the time — also believed, based on the training they had received, that the pictogram created a legal obligation:

[TRANSLATION] Each of these two escalators has pictograms and directives posted by the STM. The STM is of the opinion that the graphic described above requires every person to hold the escalator handrail.

...

In summary, the defendants — Camacho, Ville de Laval and the STM — argue that Kosoian had to comply with the directives on the pictograms that required her, for example, to hold the escalator handrail.

(C.Q. reasons, at paras. 121 and 211)

(2) La faute directe de la STM

[111] Tel qu’indiqué ci-haut, la STM est non seulement responsable de la faute de l’agent Camacho à titre de mandante, mais elle a aussi commis une faute directe en donnant des formations laissant croire aux policiers appelés à faire respecter ses règlements que tenir la main courante constituait une obligation réglementaire. Dès que la STM a entrepris d’offrir de la formation aux policiers sur les « critères de sécurité, la législation, les types d’interventions propres aux lieux et aux règlements applicables » (motifs de la C.Q., par. 123), elle devait s’assurer que cette formation serait adéquate et refléterait l’état du droit.

[112] Il s’agit en fait du corollaire de l’obligation des policiers d’acquérir des connaissances quant à l’état du droit et de les maintenir à jour. La *Loi sur la police* le reconnaît d’ailleurs, puisque ses toutes premières dispositions portent sur la formation et le perfectionnement des policiers et énoncent notamment de manière expresse l’objectif consistant à assurer le « maintien à jour des connaissances et compétences de chaque policier dans le type de pratique auquel il se consacre » (par. 4(1), voir aussi art. 1 à 6).

[113] En l’espèce, la preuve ne révèle pas le contenu exact des formations offertes par la STM. Mais le jugement de première instance indique que la STM estimait que le pictogramme obligeait les usagers du métro à tenir la main courante, et que l’agent Camacho et son collègue — qui agissaient alors comme inspecteurs au nom de la STM — croyaient eux aussi, sur la base des formations reçues, que le pictogramme créait une obligation légale :

Chacun de ces deux escaliers mobiles comporte des pictogrammes et directives affichés par la STM. Cette dernière estime que le graphique ci-haut décrit oblige toute personne à tenir la main courante de l’escalier mobile.

...

En résumé, le défendeur, Camacho, et les défenderesses, la Ville de Laval et la STM, soutiennent que Kosoian devait se conformer aux directives des pictogrammes lui enjoignant, entre autres, de tenir la main courante de l’escalier mobile.

(motifs de la C.Q., par. 121 et 211)



[114] The STM did not challenge that testimony and in fact never repudiated the interpretation adopted by the two constables during the subsequent court proceedings. Moreover, the STM later allowed its inspectors to hand out similar statements of offence.

[115] If Constable Camacho was at fault for believing that holding the handrail was an obligation, the fact that the public authority misinterpreted the by-law he had to enforce and provided training accordingly made it equally at fault. I therefore conclude that the STM committed a civil fault in the context of the training provided to police officers, including Constable Camacho.

[116] Finally, with regard to the decision to institute penal proceedings against the appellant in the Municipal Court, I am of the view that the STM's conduct in this regard is protected by the relative immunity enjoyed by prosecutors (*Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, at paras. 7, 9 and 35, citing *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at pp. 193-94 and 196-97). For the immunity to be lifted, the appellant had to establish, in particular, that the penal proceedings were not based on any reasonable and probable cause and were motivated by an "improper purpose". In my opinion, the non-existence in law of the alleged offence clearly shows that there was no reasonable and probable cause. But this cannot in itself give rise to an inference that the prosecutor acted for an improper purpose. On this last point, Ms. Kosoian has not discharged her burden of proof.

[117] In short, I am of the view that the STM's fault lies in the implementation of the by-law, and specifically in the training provided to police officers. In addition, I reject the STM's argument based on extinctive prescription. While it is true that the STM was added as a defendant on August 21, 2012, more than three years after the events of May 13, 2009, the initial action against Constable Camacho and the City was filed within the time limit. The filing of the judicial application led to a civil interruption of prescription with regard to all solidary debtors, including the STM (arts. 2892 and 2900 *C.C.Q.*). Liability is solidary here under art. 1526 *C.C.Q.*,

[114] La STM n'a pas remis en question ces témoignages, et n'a en fait jamais répudié l'interprétation adoptée par les deux agents au cours des procédures judiciaires subséquentes. D'ailleurs, la STM a par la suite laissé ses inspecteurs remettre des constats d'infraction semblables.

[115] S'il était fautif pour l'agent Camacho de croire que tenir la main courante constituait une obligation, le fait pour l'autorité publique d'avoir mal interprété le règlement que l'agent devait appliquer et d'avoir donné des formations en conséquence était tout aussi fautif. J'en conclus donc que la STM a commis une faute civile dans le cadre des formations offertes aux policiers, y compris à l'agent Camacho.

[116] Finalement, quant à la décision d'intenter des poursuites pénales contre l'appelante devant la Cour municipale, j'estime que la conduite de la STM à cet égard est protégée par l'immunité relative dont bénéficie le poursuivant (*Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 7, 9 et 35, citant *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 193-194 et 196-197). Afin de lever l'immunité, il incombait notamment à l'appelante d'établir que la poursuite pénale ne reposait sur aucun motif raisonnable et probable et qu'elle était motivée par un « but illégitime ». Selon moi, l'inexistence en droit de l'infraction alléguée permet d'emblée de démontrer l'absence de motif raisonnable et probable. Mais on ne peut en soi en inférer que le poursuivant agissait dans un but illégitime. Sur ce dernier point, madame Kosoian n'a pas satisfait à son fardeau de preuve.

[117] En somme, je suis d'avis que la faute de la STM se situe au stade de la mise en œuvre du règlement, plus particulièrement dans les formations offertes aux policiers. Je rejette par ailleurs l'argument de la STM fondé sur la prescription extinctive. Car s'il est vrai que la STM a été ajoutée comme défenderesse le 21 août 2012, soit plus de trois ans après les événements survenus le 13 mai 2009, l'action initiale contre l'agent Camacho et la Ville a pour sa part été déposée dans les délais impartis. Le dépôt de la demande en justice a entraîné une interruption civile de la prescription à l'égard de tous les débiteurs solidaires, dont fait partie la STM (art. 2892

which states that “[t]he obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual”. This provision imposes solidarity on persons who committed a common fault or contributory faults resulting in a single injury (*Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 57). In the instant case, the STM and Constable Camacho both committed faults that contributed to the injury suffered by the appellant. It must therefore be concluded that prescription was interrupted with regard to all of the respondents.

### (3) Liability of the STM as Mandator

[118] In my opinion, the STM is also liable as mandator for Constable Camacho’s fault. This results from the designation of the City’s police officers as inspectors under s. 140 of the *Act respecting public transit authorities*:

**140.** A city adopting a transit authority’s budget shall authorize generally or specially any person designated by the transit authority to act as an inspector for the purpose of carrying out the by-laws made under section 144. . . .

A transit authority may designate one of its employees or an employee from another enterprise under contract with it for the purposes of Chapters VI and VII. A peace officer under the authority of the city approving the budget of a transit authority is by that sole fact an inspector of that transit authority.

[119] This provision must be read in harmony with the *C.C.Q.*, which, as its preliminary provision indicates, lays down the *jus commune* of Quebec (see *Prud’homme*, at paras. 28-29). As such, it complements the special Acts that draw incidentally on the civil law (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at paras. 15-16). In particular, art. 300 *C.C.Q.* states that legal persons established in the public interest — such as the STM — are primarily “governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them”, but are also

et 2900 *C.c.Q.*). La responsabilité est ici solidaire en vertu de l’art. 1526 *C.c.Q.*, lequel édicte que « [l]’obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle ». Cette disposition prévoit la solidarité des auteurs d’une faute commune ou de fautes contributives résultant en un préjudice unique (*Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 57). Dans la présente affaire, la STM et l’agent Camacho ont tous deux commis des fautes qui ont contribué au préjudice subi par l’appelante. Conséquemment, il faut conclure à l’interruption de la prescription à l’égard de tous les intimés.

### (3) La responsabilité de la STM à titre de mandante

[118] À mon avis, la STM est également responsable, à titre de mandante, de la faute de l’agent Camacho. C’est ce qu’implique la désignation des policiers de la Ville en tant qu’inspecteurs en vertu de l’art. 140 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* :

**140.** Une ville, qui adopte le budget d’une société, autorise généralement ou spécialement toute personne désignée par la société à agir comme inspecteur pour l’application des règlements pris en vertu de l’article 144. . . .

Une société peut désigner l’un de ses employés ou ceux d’une entreprise avec qui elle est liée par contrat pour les fins de l’application des chapitres VI et VII. Un agent de la paix relevant de l’autorité de la ville qui approuve le budget d’une société est d’office un inspecteur de cette société.

[119] Cette disposition doit être lue en harmonie avec le *C.c.Q.* qui, comme l’indique sa disposition préliminaire, établit le droit commun du Québec (voir *Prud’homme*, par. 28-29). Pour cette raison, il vient compléter les lois particulières qui font appel, accessoirement, au droit civil (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15-16). Plus particulièrement, l’art. 300 *C.c.Q.* précise que les personnes morales de droit public — dont la STM — sont d’abord « régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables », mais qu’elles

governed by the *C.C.Q.* “where the provisions of such Acts require to be complemented, particularly with regard to their status as legal persons, their property or their relations with other persons” (see *Verdun (City)*, at paras. 17-20). As the Court explained in *Verdun (City)* in the context of municipal litigation, “art. 300 *C.C.Q.* opens the door to a greater integration of private law rules into the law applicable to municipalities” (para. 19). This provision is also supplemented by art. 1376 *C.C.Q.*, which states that the rules on obligations — including those concerning mandate — apply, with some exceptions, to legal persons established in the public interest.

[120] In my view, the designation of a police officer as an inspector creates a legal relationship analogous to that of mandate within the meaning of art. 2130 para. 1 *C.C.Q.*:

**2130.** Mandate is a contract by which a person, the mandator, confers upon another person, the mandatary, the power to represent him in the performance of a juridical act with a third person, and the mandatary, by his acceptance, binds himself to exercise the power.

[121] In enforcing the by-laws of a public transit authority, a police officer *ipso facto* represents that authority in “the performance of a juridical act”, namely the giving of a statement of offence to a third person. The concept of juridical act must be interpreted broadly here:

[TRANSLATION] The word “act” here must be defined very broadly and indeed in a classic sense: any manifestation of will that is intended to create juridical effects. . . . The act may have no contractual effect and be performed for the purposes of court proceedings, such as a court appearance or the filing of a defence.

(C. Fabien, “Les règles du mandat”, in *Extraits du Répertoire de droit* (1989), at p. 72; see also C. Fabien, “Mandate”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-C, *Obligations VII, VIII* (1993), 2, at p. 4.)

[122] Accordingly, I am of the view that the rule in art. 2164 *C.C.Q.* should be applied to the liability

sont également régies par le *C.c.Q.* « lorsqu’il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes » (voir *Verdun (Ville)*, par. 17-20). Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Verdun (Ville)* dans le contexte d’un litige municipal, « l’art. 300 *C.c.Q.* ouvre la porte à une plus grande intégration des règles de droit privé en ce qui concerne le droit applicable aux municipalités » (par. 19). En outre, cette disposition est complétée par l’art. 1376 *C.c.Q.*, lequel énonce que les règles en matière d’obligations — incluant celles portant sur le mandat — s’appliquent, sauf exception, aux personnes morales de droit public.

[120] Selon moi, la désignation d’un policier à titre d’inspecteur crée un rapport juridique analogue à un mandat au sens de l’art. 2130 al. 1 *C.c.Q.* :

**2130.** Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l’accomplissement d’un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s’oblige à l’exercer.

[121] En effet, en veillant à l’application des règlements de la société de transport en commun, le policier représente par le fait même cette dernière dans « l’accomplissement d’un acte juridique », en l’occurrence la remise d’un constat d’infraction à un tiers. La notion d’acte juridique doit ici faire l’objet d’une interprétation libérale :

Le mot « acte » doit recevoir ici une définition très large et d’ailleurs classique : toute manifestation de volonté destinée à créer des effets juridiques. [ . . . ] L’acte peut n’avoir aucun effet contractuel et être posé à des fins judiciaires comme une comparution en justice ou le dépôt d’une défense.

(C. Fabien, « Les règles du mandat », dans *Extraits du Répertoire de droit* (1989), p. 72; voir aussi C. Fabien, « Le nouveau droit du mandat », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés* (1993), 881, p. 887.)

[122] Conséquemment, j’estime qu’il y a lieu d’appliquer la règle prévue à l’art. 2164 *C.c.Q.* à

of public transit authorities for faults committed by their inspectors against third persons:

**2164.** A mandator is liable for any injury caused by the fault of the mandatary in the performance of his mandate unless he proves, where the mandatary was not his subordinate, that he could not have prevented the injury.

[123] I cannot accept the STM's arguments to the effect that the autonomy of police officers in the performance of their duties is incompatible with the concept of mandate. It is true that police officers occupy a public office and that their discretion derives directly from statute (*R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paras. 27 and 32; *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106, at pp. 108-9; *Ceyssens*, at pp. 1-17 and 1-43). They have a certain independence in this regard.

[124] However, their relationship with civil authorities is defined and governed by statute, including with regard to civil liability. Thus, under Quebec law, a police officer remains a subordinate when acting as a peace officer — for example, when conducting a criminal investigation (ss. 48 para. 2 and 49 of the *Police Act*; arts. 1463 and 1464 *C.C.Q.*; see Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at para. 38; Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-886). In other words, the latitude that police officers have in carrying out their mission does not preclude the existence of the relationship of subordination required to establish a principal-subordinate relationship (on this point, see, e.g., Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at Nos. 1-842 to 1-844; Karim, at para. 3046). Like any other principal, a police officer's employer is liable where the officer commits a fault, as the City is in the instant case.

[125] Similarly, the designation of a police officer as an inspector under s. 140 of the *Act respecting public transit authorities* creates a relationship analogous to that of mandate, a relationship in which a public transit authority may incur civil liability to a third person. This conclusion in no way compromises the autonomy that a police officer has in exercising his or her powers. If a police officer can be

la responsabilité des sociétés de transport en commun à l'égard des fautes commises à l'endroit des tiers par leurs inspecteurs :

**2164.** Le mandant répond du préjudice causé par la faute du mandataire dans l'exécution de son mandat, à moins qu'il ne prouve, lorsque le mandataire n'était pas son préposé, qu'il n'aurait pas pu empêcher le dommage.

[123] Je ne peux souscrire aux prétentions de la STM selon lesquelles l'autonomie des policiers dans l'exécution de leurs fonctions serait incompatible avec la notion de mandat. Certes, un policier occupe une charge publique et son pouvoir discrétionnaire tire directement sa source de la loi (*R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 27 et 32; *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106, p. 108-109; *Ceyssens*, p. 1-17 et 1-43). Il jouit à cet égard d'une certaine indépendance.

[124] Cependant, ses relations avec les autorités civiles sont définies et encadrées par la loi, y compris en ce qui a trait à la responsabilité civile. Ainsi, en droit québécois, un policier demeure un préposé lorsqu'il agit comme agent de la paix — par exemple en menant une enquête criminelle (art. 48 al. 2 et art. 49 de la *Loi sur la police*; art. 1463 et 1464 *C.c.Q.*; voir Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 38; Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-886). Autrement dit, la latitude dont bénéficie le policier dans l'accomplissement de sa mission ne fait pas obstacle à l'existence du lien de préposition requis pour établir un rapport commettant-préposé (à ce sujet, voir, p. ex., Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, nos 1-842 à 1-844; Karim, par. 3046). Comme tout autre commettant, l'employeur du policier engage sa responsabilité en cas de faute de ce dernier, comme c'est le cas pour la Ville en l'espèce.

[125] De la même manière, la désignation d'un policier à titre d'inspecteur suivant l'art. 140 de la *Loi sur les sociétés de transport en commun* crée un rapport analogue à un mandat, rapport en vertu duquel une société de transport en commun est susceptible d'engager sa responsabilité civile à l'égard d'un tiers. Cette conclusion ne compromet en rien l'autonomie dont bénéficie le policier dans l'exercice

characterized as a *subordinate*, I fail to see why he or she could not be a *mandatary* under the rules of civil liability. The mandate relationship can frequently co-exist with other relationships (Fabien, “Les règles du mandat”, at p. 83). This is especially true given that, unlike the relationship of principal and subordinate, that of mandator and mandatary does not require any relationship of subordination (see *Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2018-2019* (3rd ed. 2018), by B. Moore, ed., et al., at pp. 1272-73 and 1733-34; see also *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Poulin*, 2004 CanLII 29094 (H.R.T.)).

[126] In the case at bar, the STM, by resolution, designated the City’s police officers — and thus Constable Camacho — as inspectors responsible for enforcing By-law R-036 (Resolution CA-2007-100 dated May 2, 2007, A.R., vol. II, at p. 89). That resolution was itself based on a resolution passed by the city of Montréal in 2002 authorizing any person designated by the STM to act as an inspector in the subway (Resolution CM02 0388, clause 50.002).

[127] In short, Constable Camacho was not a subordinate of the STM, since he remained a subordinate of the City at all times (ss. 48 para. 2 and 49 of the *Police Act*; arts. 1463 and 1464 *C.C.Q.*; see Lacroix, “Responsabilité civile des forces policières”, at para. 38). However, his designation as an inspector made him a mandatary of the STM. Given the fact that Constable Camacho committed the fault in question in carrying out his mandate and that the STM has not proved that it was impossible for it to prevent the injury, I conclude that the STM is liable not only for its direct fault, but also in its capacity as mandator.

#### D. Apportionment of Liability

[128] In my view, the STM must bear a large share of the liability. Under art. 1478 para. 1 *C.C.Q.*, liability is shared in proportion to the seriousness of the fault. Here, it was first and foremost the responsibility of the STM — as a regulatory body — to ensure that its inspectors acquired an adequate knowledge and understanding of By-law R-036 and

de ses pouvoirs. Si un policier peut être qualifié de *préposé*, je ne vois pas pourquoi il ne pourrait être un *mandataire* au regard du régime de la responsabilité civile. Le rapport de mandat peut fréquemment coexister avec d’autres rapports (Fabien, « Les règles du mandat », p. 83). D’autant plus que, contrairement au rapport commettant-préposé, celui de mandant-mandataire ne suppose aucun lien de préposition (voir *Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2018-2019* (3<sup>e</sup> éd. 2018), par B. Moore, dir., et autres, p. 1272-1273 et 1733-1734; voir aussi *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Poulin*, 2004 CanLII 29094 (T.D.P.)).

[126] En l’espèce, la STM a désigné par voie de résolution les policiers de la Ville — et, de ce fait, l’agent Camacho — à titre d’inspecteurs chargés de veiller à l’application du Règlement R-036 (résolution CA-2007-100 datée du 2 mai 2007, d.a., vol. II, p. 89). Cette résolution s’appuie elle-même sur une résolution de la Ville de Montréal datée de 2002 autorisant toute personne désignée par la STM à agir comme inspecteur dans le métro (résolution CM02 0388, art. 50.002).

[127] En somme, l’agent Camacho n’est pas un préposé de la STM, puisqu’il demeure en tout temps le préposé de la Ville (art. 48 al. 2 et art. 49 de la *Loi sur la police*; art. 1463 et 1464 *C.c.Q.*; voir Lacroix, « Responsabilité civile des forces policières », par. 38). Cependant, sa désignation à titre d’inspecteur fait de lui un mandataire de la STM. Sachant que l’agent Camacho a commis la faute en question dans l’exécution de son mandat, et que la STM n’a pas prouvé son impossibilité à prévenir le préjudice, je conclus que la responsabilité de cette dernière est engagée non seulement pour sa faute directe, mais également en sa qualité de mandante.

#### D. Le partage de responsabilité

[128] À mon avis, la STM doit supporter une grande part de la responsabilité. Suivant l’art. 1478 al. 1 *C.c.Q.*, la responsabilité se partage en proportion de la gravité de la faute. En l’espèce, il incombe d’abord et avant tout à la STM — à titre d’organisme de réglementation — de s’assurer que ses inspecteurs acquièrent une connaissance et une



of the pictograms posted in its facilities. However, Constable Camacho also had to exercise his professional judgment, regardless of the training he had received; as a result, he cannot avoid liability by arguing that he acted in accordance with that training. I would therefore apportion half of the liability to the STM and the other half to Constable Camacho.

[129] As for Ms. Kosoian, no liability can be imposed on her. Under art. 1478 para. 2 *C.C.Q.*, the apportionment of a share of the liability to the victim implies that the victim is himself or herself at fault. This is not the case here. The appellant may not have acted in an exemplary fashion, but the fact remains that she had no legal obligation to hold the handrail. In this context, her lack of cooperation does not in itself constitute a civil fault. It was Constable Camacho who caused the situation to escalate by ordering her to hold the handrail, requiring her to identify herself and insisting on giving her a statement of offence. All of those actions were unlawful.

[130] At that moment, given that the offence alleged did not exist in law, the appellant was perfectly entitled to refuse to identify herself and then simply to walk away (*Grant*, at para. 21). Unless a statutory provision or common law rule clearly imposes it, there is no obligation to identify oneself to, or indeed to cooperate with, a police officer (*R. v. Gagné*, [1987] R.J.Q. 1008 (C.A.), aff'd [1989] 1 S.C.R. 1584; *Moore*, at pp. 205-6, per Dickson J., dissenting; *Guthrie*, at p. 8; *Grant*, at para. 37; *Vauclair and Desjardins*, at paras. 1134 and 1419). In the instant case, Constable Camacho should simply have allowed Ms. Kosoian to leave.

[131] To conclude that Ms. Kosoian must be apportioned a share of the liability would amount to saying that there is, in all circumstances, a rule of conduct requiring compliance with an *unlawful* order given by a police officer, even where the order is based on an offence that simply does not exist in law. It is a short step from this to concluding that there must

compréhension adéquates du Règlement R-036 et des pictogrammes affichés dans ses installations. Cependant, l'agent Camacho devait lui aussi faire montre de jugement professionnel, indépendamment des formations qu'il avait reçues; il ne peut donc échapper à toute responsabilité en plaçant s'être conformé à ces formations. J'attribuerais donc une moitié de la responsabilité à la STM et l'autre moitié à l'agent Camacho.

[129] Quant à madame Kosoian, aucune responsabilité ne peut lui être attribuée. Au regard de l'art. 1478 al. 2 *C.c.Q.*, l'attribution d'une part de responsabilité à la victime suppose que cette dernière est elle-même fautive. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le comportement de l'appelante n'était peut-être pas exemplaire, mais il n'en demeure pas moins qu'elle n'avait aucune obligation légale de tenir la main courante. Dans ce contexte, son manque de coopération ne constitue pas en soi une faute civile. C'est l'agent Camacho qui a provoqué l'escalade en lui ordonnant de tenir la main courante, en exigeant qu'elle révèle son identité, et en s'obstinant à lui remettre un constat d'infraction. Des gestes qui étaient tous illégaux.

[130] À ce moment, l'appelante était parfaitement en droit de refuser de s'identifier, puis tout simplement de s'en aller (*Grant*, par. 21), étant donné que l'infraction qui lui était reprochée n'existait pas en droit. À moins qu'une disposition législative ou une règle de common law ne le prévoit clairement, il n'existe aucune obligation de décliner son identité à un policier ni d'ailleurs de lui offrir sa collaboration (*R. c. Gagné*, [1987] R.J.Q. 1008 (C.A.), conf. par [1989] 1 R.C.S. 1584; *Moore*, p. 205-206, le juge Dickson, dissident; *Guthrie*, p. 8; *Grant*, par. 37; *Vauclair et Desjardins*, par. 1134 et 1419). En l'espèce, l'agent Camacho devait simplement permettre à madame Kosoian de quitter les lieux.

[131] Conclure que madame Kosoian doit se voir imputer une part de responsabilité reviendrait à dire qu'il existe, en toutes circonstances, une règle de conduite exigeant d'obtempérer à un ordre *illégal* donné par un policier, même si cet ordre repose sur une infraction qui n'existe tout simplement pas en droit. De là, il n'y a qu'un pas à faire avant de conclure

be blind obedience to any demand made by a police officer, no matter how unreasonable, arbitrary or capricious it may appear.

[132] Average citizens will, of course, often prefer to be cautious and to comply with an order given by a police officer even where they have doubts about its lawfulness (*Grant*, at para. 170). They will identify themselves and graciously accept a statement of offence, subject to contesting it later. In fact, they run serious risks if they refuse to comply because they believe that the offence alleged against them is non-existent or invalid. If they are mistaken, they could, for example, be convicted of a criminal offence: wilfully obstructing a peace officer (s. 129 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; see, e.g., *Vigneault v. La Reine*, 2002 CanLII 63720 (Que. C.A.), aff'g 2001 CanLII 25420 (Que. Sup. Ct.)).

[133] Nevertheless, a well-informed person does not commit a civil fault merely by refusing to comply with an order that proves to be unlawful. A person whose rights are infringed must be able to respond — within reason, of course — without being held civilly liable.

[134] In addition, I have to discard the trial judge's conclusion that Ms. Kosoian behaved in a manner that was [TRANSLATION] “inconceivable, irresponsible and contrary to the basic rules of good citizenship” (para. 271). It is clear that the error of law made by the judge — presuming that it was an offence to disobey the pictogram in question — tainted his assessment of the facts. This is obvious from his reasons, particularly the passages where he emphasized that the appellant had “unlawfully and stubbornly refused to comply” (para. 270) and that she “thought she knew everything about the law applicable to such matters, which was not the case” (para. 275). Since the trial judge did not find that the offence was non-existent, his analysis of Ms. Kosoian's behaviour was heavily influenced by this and must, in my view, be rejected.

[135] That error was repeated in the Court of Appeal as well. The majority of that court also failed to consider whether the offence was non-existent and relied

qu'il faut se soumettre aveuglément à toute demande provenant d'un policier, aussi déraisonnable, arbitraire ou abusive puisse-t-elle paraître.

[132] Bien sûr, le citoyen moyen préférera souvent jouer de prudence et se plier à l'ordre d'un policier, même s'il doute de sa légalité (*Grant*, par. 170). Il fournira son identité et acceptera de bonne grâce le constat d'infraction, quitte à le contester par la suite. De fait, il court de sérieux risques s'il refuse d'obtempérer parce qu'il est d'avis que l'infraction qui lui est reprochée est inexistante ou invalide. S'il se trompe, il pourrait par exemple être déclaré coupable d'une infraction criminelle : entrave volontaire au travail d'un agent de la paix (art. 129 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; voir, p. ex., *Vigneault c. La Reine*, 2002 CanLII 63720 (C.A. Qc), conf. 2001 CanLII 25420 (C.S. Qc)).

[133] Néanmoins, une personne avertie ne commet pas une faute civile du seul fait qu'elle refuse d'obtempérer à un ordre qui s'avère illégal. Si ses droits sont enfreints, elle doit pouvoir réagir — dans les limites du raisonnable, bien sûr — sans pour autant être tenue civilement responsable.

[134] Je dois d'ailleurs écarter les conclusions du juge du procès selon lesquelles madame Kosoian s'est comportée d'une manière « inconcevable, irresponsable et contraire aux règles élémentaires de civisme » (par. 271). Or, il est manifeste que l'erreur de droit qu'a commise le juge — en l'occurrence en présumant que le fait de désobéir au pictogramme en cause constituait une infraction — a vicié son appréciation des faits. Ce constat s'impose à la lecture des motifs, notamment dans les passages où le juge insiste sur le fait que l'appelante a « illégalement et obstinément refusé d'obtempérer » (par. 270) et qu'elle « croit tout savoir du droit applicable en semblable matière, ce qui n'est pas le cas » (par. 275). Comme le juge du procès n'a pas conclu à l'inexistence de l'infraction, son analyse du comportement de madame Kosoian s'en est trouvée fortement influencée et doit, à mon avis, être écartée.

[135] Cette erreur s'est également reproduite en Cour d'appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas non plus analysé la question de l'inexistence

on the trial judge's analysis of Ms. Kosoian's behaviour in concluding that she was [TRANSLATION] "the author of her own misfortune" (paras. 18 and 26). That conclusion, which was tainted by a fatal error of law, must therefore also be rejected.

[136] Moreover, even without calling into question the trial judge's findings of fact, it remains that Ms. Kosoian legitimately felt that her rights had been infringed (see *Mongeau v. Montréal (Communauté urbaine)*, [2000] J.Q. No. 5823 (QL) (C.Q.), at paras. 25-26). She may have raised her voice and been rather arrogant (C.Q. reasons, at para. 195), but more is needed to justify an apportionment of liability in the context of an unlawful or unreasonable arrest.

[137] I also cannot fault Ms. Kosoian for not doing anything to mitigate the injury she suffered (art. 1479 C.C.Q.). To do so, she would have had no choice but to obey an unlawful order. This is not what is required of a reasonable, prudent and diligent person. The duty to mitigate must sometimes be displaced where it conflicts with respect for rights and freedoms (see Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-624). Therefore, while I agree with the quantification of damages of the dissenting Court of Appeal judge, I do not accept his conclusion that a share of the liability should be imposed on Ms. Kosoian. Since he found that the offence alleged against her was non-existent, he should not have focused on her behaviour.

#### E. *Injury and the Amount of Damages*

[138] According to undisputed evidence, Ms. Kosoian suffered minor bodily injuries, but also above all, moral injury as a result of her unlawful arrest, the force used against her and the unreasonable search of her personal effects. As the dissenting judge clearly explained in his reasons (paras. 105 and 107), compensation for suffering, anguish and humiliation must be awarded in this case (see Baudouin, Deslauriers and Moore, vol. 1, at No. 1-595).

de l'infraction, et se sont appuyés sur l'analyse du comportement de madame Kosoian réalisée par le juge de première instance pour conclure que cette dernière a été « l'artisane de son propre malheur » (par. 18 et 26). Cette conclusion, qui a été viciée par une erreur de droit fatale, doit donc elle aussi être écartée.

[136] Du reste, sans même remettre en question les conclusions de fait du juge du procès, il demeure que madame Kosoian se sentait légitimement brimée dans ses droits (voir *Mongeau c. Montréal (Communauté urbaine)*, [2000] J.Q. n° 5823 (QL) (C.Q.), par. 25-26). Elle a peut-être haussé le ton et fait montre d'une certaine arrogance (motifs de la C.Q., par. 195), mais il en faut davantage pour justifier un partage de responsabilité dans le contexte d'une arrestation illégale ou abusive.

[137] De même, je ne saurais reprocher à madame Kosoian de n'avoir rien fait pour mitiger le préjudice qu'elle subissait (art. 1479 C.c.Q.). Pour ce faire, elle n'avait d'autre choix que d'obéir à un ordre illégal. Or, ce n'est pas ce qui est exigé de la personne raisonnable, prudente et diligente. L'obligation de mitigation doit parfois être écartée lorsqu'elle entre en conflit avec le respect des droits et libertés (voir Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-624). Par conséquent, bien que je sois en accord avec la quantification des dommages adoptée par le juge dissident en appel, je n'adopte pas sa conclusion selon laquelle une part de la responsabilité devrait être imputée à madame Kosoian. Puisqu'il a conclu que l'infraction qui lui était reprochée était inexistante, il n'aurait pas dû s'attarder au comportement de cette dernière.

#### E. *Le préjudice et la quotité des dommages*

[138] Selon une preuve non contestée, madame Kosoian a subi des blessures corporelles mineures, mais surtout un préjudice moral, du fait de son arrestation illégale, de la force employée à son endroit et de la fouille abusive de ses effets personnels. Comme l'explique bien le juge dissident dans ses motifs (par. 105 et 107), une indemnité compensatoire pour les souffrances, l'angoisse et l'humiliation subies s'impose en l'espèce (voir Baudouin, Deslauriers et Moore, vol. 1, n° 1-595).

[139] I insist on one point: an unlawful arrest — even for a short time — cannot be considered one of the “ordinary annoyances, anxieties and fears that people living in society routinely . . . accept” and that, as a result, do not constitute compensable injury in the sense discussed by this Court in *Mustapha*, at para. 9. In a free and democratic society, no one should accept — or expect to be subjected to — unjustified state intrusions. Interference with freedom of movement, just like invasion of privacy, must not be trivialized. When she took the escalator in the Montmorency subway station that evening, Ms. Kosoian certainly did not expect to end up sitting on a chair in a room containing a cell with her hands cuffed behind her back, nor did she expect to have her personal effects searched by police officers. I have no difficulty believing that such an experience caused her significant psychological stress.

[140] Turning now to the amount of damages, I would set the total at \$20,000, the amount identified by the dissenting Court of Appeal judge, because that amount was not challenged in this Court.

## VI. Conclusion

[141] For the reasons stated above, I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment rendered by the Quebec Court of Appeal on December 5, 2017 and the judgment rendered by the Court of Québec on August 11, 2015, and order the respondents, Société de transport de Montréal, Ville de Laval and Fabio Camacho, solidarily to pay \$20,000 with interest at the legal rate and the additional indemnity provided for in art. 1619 *C.C.Q.* from the date of service at trial. Among the respondents, the Société de transport de Montréal will be liable for 50 percent of the damages and Constable Fabio Camacho for 50 percent.

[139] J’insiste sur un point : une arrestation illégale — même de courte durée — ne saurait être assimilée aux « désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter » et qui, de ce fait, ne constituent pas un préjudice indemnisable au sens où l’entend notre Cour dans l’arrêt *Mustapha*, au par. 9. Dans une société libre et démocratique, personne ne devrait accepter — ni s’attendre à subir — les ingérences injustifiées de l’État. Les atteintes à la liberté de mouvement, tout comme celles à la vie privée, ne doivent pas être banalisées. En empruntant l’escalier de la station de métro Montmorency ce soir-là, madame Kosoian ne s’attendait certainement pas à se retrouver assise sur une chaise, les mains menottées derrière le dos, dans un local équipé d’une cellule, ni à voir ses effets personnels être fouillés par des policiers. Qu’une telle expérience lui ait causé un stress psychologique important, je n’ai aucun mal à le croire.

[140] En ce qui concerne maintenant le montant des dommages-intérêts, je fixerais le montant total de la réparation à 20 000 \$, ce qui correspond à la somme retenue par le juge dissident en appel, puisque ce montant n’a pas été remis en question devant la Cour.

## VI. Conclusion

[141] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens devant toutes les cours, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel du Québec rendu le 5 décembre 2017 ainsi que le jugement de la Cour du Québec rendu le 11 août 2015, et de condamner les intimés Société de transport de Montréal, Ville de Laval et Fabio Camacho, solidairement, à payer la somme de 20 000 \$ avec intérêts au taux légal et l’indemnité additionnelle prévue à l’art. 1619 *C.c.Q.* depuis l’assignation en première instance. Entre les intimés, la Société de transport de Montréal sera responsable de 50 p. 100 des dommages-intérêts et l’agent Fabio Camacho de 50 p. 100.

## APPENDIX

## ANNEXE



*Appeal allowed with costs.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Aymar Missakila, Montréal; Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelante : Aymar Missakila, Montréal; Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Société de transport de Montréal: Joly, Chkikar & Maillé, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Société de transport de Montréal : Joly, Chkikar & Maillé, Montréal.*

*Solicitor for the respondents Ville de Laval and Fabio Camacho: Services des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.*

*Procureur des intimés la Ville de Laval et Fabio Camacho : Services des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Montréal.*



**Resolute FP Canada Inc.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen as represented  
by the Ministry of the Attorney General  
and Weyerhaeuser Company Limited**  
*Respondents*

- and -

**Her Majesty The Queen as represented by the  
Ministry of the Attorney General** *Appellant*

v.

**Weyerhaeuser Company Limited and  
Resolute FP Canada Inc.** *Respondents*

- and -

**Weyerhaeuser Company Limited** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen as represented by the  
Ministry of the Attorney General** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia**  
*Intervener*

**INDEXED AS: RESOLUTE FP CANADA INC. v.  
ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)**

**2019 SCC 60**

File No.: 37985.

2019: March 28; 2019: December 6.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown,  
Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

**Produits forestiers Résolu** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine représentée par le  
ministère du procureur général et  
Compagnie Weyerhaeuser Limitée** *Intimées*

- et -

**Sa Majesté la Reine représentée par le  
ministère du procureur général** *Appelante*

c.

**Compagnie Weyerhaeuser Limitée et Produits  
forestiers Résolu** *Intimées*

- et -

**Compagnie Weyerhaeuser Limitée** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine représentée par le  
ministère du procureur général** *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : PRODUITS FORESTIERS RÉSOLU  
c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2019 CSC 60**

N° du greffe : 37985.

2019 : 28 mars; 2019 : 6 décembre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

*Contracts — Interpretation — Indemnity — River system contaminated by mercury waste discharged by operation of pulp and paper mill — Action for damages commenced against mill owners in relation to contamination — Province granting indemnity in context of settlement of action to current and former mill owners in relation to environmental damage caused by mercury discharge — Remediation order later issued by provincial environment regulator in relation to waste disposal site on mill property — Whether indemnity applies to cover costs of complying with remediation order.*

In 1985, Ontario granted an indemnity (the “Indemnity”) to Reed Ltd. and Great Lakes Forest Products Limited, both former owners of a pulp and paper mill located in Dryden, Ontario, as well as to their successors and assigns, “from and against any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred by any of them” after the date of the Indemnity, “as a result of any claim, action or proceeding, whether statutory or otherwise”, because of “any damage, loss, event or circumstances, caused or alleged to be caused by or with respect to, either in whole or in part, the discharge or escape or presence of any pollutant by Reed or its predecessors, including mercury or any other substance, from or in the plant or plants or lands or premises”, as set out in para. 1 of the Indemnity. The Indemnity was agreed to by the parties pursuant to the settlement of litigation brought by two First Nations in relation to the mercury waste contamination of two rivers caused by the operation of the Dryden mill.

Twenty-six years later, the Ministry of the Environment and Climate Change issued a remediation order in relation to monitoring and maintaining a mercury waste disposal site at the Dryden mill. In the intervening period, ownership of the mill had changed hands in several transactions. The Director’s order was issued to both Resolute, Great Lakes’ corporate successor, and Weyerhaeuser, who also owned the Dryden property for a time. Weyerhaeuser commenced an action in Superior Court, seeking a declaration that the terms of the Indemnity required Ontario to compensate it for the cost of complying with the Director’s order. Resolute sought leave to intervene in order to claim the same protection. Weyerhaeuser, Resolute and Ontario each moved for summary judgment.

*Contrats — Interprétation — Indemnité — Réseau hydrographique contaminé par des déchets mercuriels rejetés par l’exploitation d’une usine de pâtes et papiers — Action en dommages-intérêts intentée contre les propriétaires de l’usine pour la contamination — Indemnité accordée par la province dans le cadre du règlement de l’action aux propriétaires actuels et aux anciens propriétaires de l’usine pour le dommage environnemental causé par le rejet de mercure — Arrêté de remédiation pris plus tard par une autorité provinciale de l’environnement en ce qui concerne le lieu d’élimination des déchets situé sur la propriété de l’usine — L’indemnité s’applique-t-elle aux frais engagés pour se conformer à l’arrêté de remédiation?*

En 1985, l’Ontario a accordé une indemnité (l’« Indemnité ») à Reed Ltd. et à Great Lakes Forest Products Limited, toutes deux anciennement propriétaires d’une usine de pâtes et papiers située à Dryden, en Ontario, ainsi qu’à leurs successeurs et ayants droit, à l’égard de « l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner pour l’une ou l’autre d’entre elles », après la date de l’Indemnité, « toute réclamation, action ou procédure, qu’elle soit prévue par la loi ou autrement », du fait de « dommages, pertes, événements ou circonstances dus ou présumés dus ou en ce qui a trait, en tout ou en partie, au rejet ou à la fuite de polluants, notamment le mercure ou toute autre substance, par Reed ou ses prédécesseurs, à partir des usines, des terrains ou des lieux [. . .], ou encore à la présence de tels polluants dans ces usines, terrains ou lieux », tel qu’énoncé au par. 1 de l’Indemnité. L’Indemnité a été convenue entre les parties dans le cadre du règlement de la poursuite intentée par deux Premières Nations pour la contamination de deux rivières par des déchets mercuriels, contamination causée par l’exploitation de l’usine de Dryden.

Vingt-six ans plus tard, un arrêté de remédiation a été pris par le ministère de l’Environnement et de l’Action en matière de changement climatique en ce qui concerne la surveillance et l’entretien d’un lieu d’élimination de déchets mercuriels à l’usine de Dryden. Dans l’intervalle, l’usine avait changé de propriétaires à la suite de plusieurs opérations. L’arrêté du directeur a été adressé à Résolu, société ayant succédé à Great Lakes, et à Weyerhaeuser, à qui avait également déjà appartenu la propriété de Dryden pendant une certaine période. Weyerhaeuser a intenté une action devant la Cour supérieure et sollicité un jugement déclaratoire portant que, selon les modalités de l’Indemnité, l’Ontario était tenu de l’indemniser pour les frais engagés pour se conformer à l’arrêté du directeur. Résolu a demandé l’autorisation d’intervenir pour réclamer la même protection. Weyerhaeuser, Résolu et l’Ontario ont chacun présenté une motion en jugement sommaire.

The motion judge held that the Indemnity applied to a statutory claim brought by an agent of the Province and that both Resolute and Weyerhaeuser were entitled to indemnification for their costs of complying with the Director's order. He therefore granted summary judgment in their favour. Ontario appealed. The majority at the Court of Appeal agreed with the motion judge's finding that the Indemnity applied to the Director's order, but held that Resolute was not entitled to indemnification and remitted Weyerhaeuser's entitlement to indemnification to the Superior Court. The dissenting judge would have allowed Ontario's appeal. In his view, the motion judge made reversible errors in his interpretation of the Indemnity; properly construed, the Indemnity was intended to cover only pollution claims brought by third parties, not first party regulatory claims such as the Director's order. Ontario, Weyerhaeuser and Resolute appeal to the Court.

*Held* (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part): Ontario's appeal should be allowed and summary judgment granted in its favour. Resolute and Weyerhaeuser's appeals should be dismissed.

*Per* Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ.: The Indemnity does not cover the Director's order. As the dissenting judge in the Court of Appeal concluded, the motion judge made palpable and overriding errors of fact and failed to give sufficient regard to the factual matrix when interpreting the scope of the Indemnity, justifying appellate intervention.

The motion judge erred when he found that the waste disposal site continues to discharge mercury into the environment. His mistaken finding that discharges of mercury from the waste disposal site were an ongoing source of serious environmental liability undoubtedly drove his conclusion that these discharges could give rise to pollution claims, and that unless the Indemnity covered first party claims, Resolute and Weyerhaeuser would be exposed to significant liability. The motion judge misconstrued the purpose and effect of the waste disposal site — this site was not a source of ongoing mercury contamination or environmental liability, and therefore its creation would not give rise to a pollution claim. Rather, the waste disposal site was created and used as a solution to the mercury pollution problem, effectively as a burial site for mercury-contaminated waste. There was no evidence of mercury-contaminated waste being discharged from the waste disposal site. This erroneous factual finding was key

Le juge des motions a conclu que l'Indemnité s'appliquait aux réclamations prévues par la loi présentées par un agent de la province, et que Résolu et Weyerhaeuser avaient toutes deux droit à une indemnisation pour les frais engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur. Il a donc rendu un jugement sommaire en leur faveur. L'Ontario a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont souscrit à la conclusion du juge des motions selon laquelle l'Indemnité visait l'arrêté du directeur, mais ont conclu que Résolu n'avait pas droit à une indemnisation et ont renvoyé à la Cour supérieure la question du droit de Weyerhaeuser à une indemnité. Le juge dissident aurait fait droit à l'appel interjeté par l'Ontario. À son avis, le juge des motions a commis des erreurs justifiant infirmation dans son interprétation de l'Indemnité; interprétée comme il se doit, celle-ci devait s'appliquer seulement aux réclamations pour pollution présentées par des tiers, et non aux réclamations réglementaires de première partie, tel l'arrêté du directeur. L'Ontario, Weyerhaeuser et Résolu interjetent appel devant la Cour.

*Arrêt* (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi de l'Ontario est accueilli et un jugement sommaire est rendu en sa faveur. Les pourvois de Résolu et de Weyerhaeuser sont rejetés.

*Les juges* Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin : L'Indemnité ne s'applique pas à l'arrêté du directeur. Comme l'a conclu le juge dissident de la Cour d'appel, le juge des motions a commis des erreurs de fait manifestes et déterminantes et n'a pas tenu suffisamment compte du fondement factuel dans son interprétation du champ d'application de l'Indemnité, ce qui justifie une intervention en appel.

Le juge des motions s'est trompé en concluant que le lieu d'élimination des déchets continuait de rejeter du mercure dans l'environnement. Sa conclusion erronée suivant laquelle les rejets de mercure depuis le lieu d'élimination des déchets constituaient une source constante de lourde responsabilité environnementale l'a sans nul doute amené à conclure que les rejets en question pourraient donner lieu à des réclamations pour pollution, et qu'à moins que l'Indemnité ne s'applique aux réclamations de première partie, Résolu et Weyerhaeuser seraient exposés à une responsabilité considérable. Le juge des motions a mal interprété l'objet et l'effet du lieu d'élimination des déchets — ce site n'était pas une source constante de contamination par le mercure ou de responsabilité environnementale, et sa création n'était donc pas susceptible de donner lieu à une réclamation pour pollution. Le lieu d'élimination des déchets a plutôt été créé et utilisé en tant que solution au problème de pollution au mercure, c'est-à-dire,

to his conclusion that the Director's order was a pollution claim within the meaning of the Indemnity.

Furthermore, the Indemnity was a schedule to a broader settlement agreement, so its scope was limited to the issues defined in that agreement, namely the discharge by Reed and its predecessors of mercury and any other pollutants into the river systems, and the continued presence of any such pollutants discharged by Reed and its predecessors in the related ecosystems. The motion judge failed to consider this context when interpreting the scope of the Indemnity. Properly interpreted, the Indemnity was intended to cover only proceedings arising from the discharge or continued presence of mercury in the related ecosystems, not those related to the mere presence of mercury contained in the waste disposal site.

The Indemnity must be read in the context of two prior indemnities given by Ontario in 1979 and 1982 in the context of the litigation brought by the First Nations. The Indemnity was given in partial consideration for Great Lakes and Reed releasing Ontario from its obligations under those prior indemnities. It is clear that the 1979 and 1982 indemnities were in response to the ongoing litigation, which involved claims brought by third parties, not by Ontario directly. There is no language in those indemnities that would imply Ontario intended to provide protection against the costs of regulatory compliance.

The motion judge's view of the importance of the phrase "statutory or otherwise" in the Indemnity and of why the parties entered into the Indemnity was materially affected by a palpable and overriding factual error. The motion judge found that the Indemnity was provided in consideration for commitments from Great Lakes to make significant financial investments in the Dryden plant. Given what he found to be the rationale for entering into the Indemnity, the motion judge concluded that it would be commercially absurd if Ontario could still impose remediation costs. However, Great Lakes' financial commitments were actually provided as part of the prior 1979 indemnity. Later, Great Lakes gave no new commitments to modernize in consideration for the Indemnity. The motion judge thus premised his interpretation of the Indemnity on an incorrect

dans les faits, en tant que site d'enfouissement pour les déchets contaminés par le mercure. Rien ne prouvait que des déchets contaminés par le mercure étaient rejetés du lieu d'élimination des déchets. Cette conclusion de fait erronée a joué un rôle déterminant dans la conclusion du juge selon laquelle l'arrêté du directeur constituait une réclamation pour pollution au sens de l'Indemnité.

De plus, l'Indemnité constituait une annexe à une convention de règlement plus large, de sorte que son champ d'application se limitait aux points en litige définis dans cette convention, à savoir le rejet par Reed et ses prédécesseurs de mercure et de tout autre polluant dans le réseau hydrographique, ainsi que la présence continue de ces polluants dans les écosystèmes connexes. Le juge des motions n'a pas tenu compte de ce contexte lorsqu'il a interprété le champ d'application de l'Indemnité. Interprétée comme il se doit, l'Indemnité était censée s'appliquer seulement aux procédures découlant du rejet ou de la présence continue de mercure dans les écosystèmes connexes, et non à celles liées à la simple présence de mercure dans le lieu d'élimination des déchets.

L'Indemnité doit être interprétée à la lumière de deux indemnités accordées précédemment par l'Ontario en 1979 et en 1982 dans le cadre de la poursuite intentée par les Premières Nations. L'Indemnité a été accordée en contrepartie partielle du fait que Great Lakes et Reed avaient déchargé l'Ontario de ses obligations en vertu de ces précédentes indemnités. Il est clair que les indemnités de 1979 et de 1982 ont été consenties en réponse au litige qui était en instance, et qui concernait des réclamations présentées par des tiers, et non par l'Ontario directement. Rien dans le libellé de ces indemnités ne tend à indiquer que l'Ontario avait l'intention d'offrir une protection à l'égard des frais engagés pour se conformer à la réglementation.

L'opinion que s'est formée le juge des motions sur l'importance des mots « prévue par la loi ou autrement » dans l'Indemnité ainsi que sur les raisons pour lesquelles les parties ont conclu l'Indemnité a été entachée de manière importante par une erreur de fait manifeste et déterminante. Le juge des motions a estimé que l'Indemnité avait été accordée en contrepartie des engagements pris par Great Lakes de procéder à des investissements financiers considérables dans l'usine de Dryden. Étant donné ce qui, à son avis, constituait la raison d'être de l'Indemnité, il a conclu qu'il serait absurde sur le plan commercial que l'Ontario puisse toujours imposer des frais de remédiation. Cependant, les engagements financiers de Great Lakes étaient en réalité prévus dans la précédente indemnité de 1979. Par la suite, Great Lakes n'a pris aucun nouvel

factual basis — one that led him to place too much emphasis on a change in language and misconstrue the bargain actually struck in the Indemnity.

The motion judge also erred by failing to consider the Indemnity as a whole when determining whether or not the Director's order fell within its scope. Paragraphs 2 and 3 of the Indemnity are critical to its interpretation. Paragraph 2 provides that in any pollution claim, Ontario has the right to elect to take carriage of the defence or to participate in the defence and/or settlement of the claim and any proceeding relating thereto as it deems appropriate. Paragraph 3 requires the parties to cooperate with Ontario in the defence of a claim. These clauses would be utterly meaningless for first party claims. Their inclusion is completely inconsistent with the notion that para. 1 of the Indemnity contemplates first party claims. Nothing in the Indemnity suggests that pollution claims included both first and third party claims, but that the requirements of paras. 2 and 3 would apply only to the subset of pollution claims brought by third parties. To the contrary, para. 2 applies in "any Pollution Claim". The fact that the requirements of paras. 2 and 3 would be utterly meaningless in first party claims implies that pollution claims encompass only those brought by third parties. Properly interpreted, the Indemnity only applies to third party claims, and therefore does not cover the Director's order.

*Per Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting in part):* The appeals brought by Ontario and Weyerhaeuser should be dismissed and the appeal brought by Resolute should be allowed. The Indemnity enures to the benefit of the successors and assigns of the Province, Reed and Great Lakes. Resolute is entitled to rely on the Indemnity to cover past and future costs incurred in complying with the Director's order as a corporate successor of Great Lakes, but Weyerhaeuser is neither an assignee of the benefit of the Indemnity nor a corporate successor of either Great Lakes or Reed, and it has no entitlement to benefit under the Indemnity.

The Indemnity is a contract which must be interpreted with a view to ascertaining the objective intentions and reasonable expectations of the contracting parties with respect to the meaning of the contractual provision. The

engagement de modernisation en contrepartie de l'Indemnité. Le juge des motions a donc fait reposer son interprétation de l'Indemnité sur un fondement factuel erroné, lequel l'a amené à accorder trop d'importance à la modification au libellé et à mal interpréter la transaction réellement intervenue dans l'Indemnité.

Le juge des motions a également eu tort de ne pas considérer l'Indemnité globalement au moment de déterminer si l'arrêté du directeur entrait ou non dans son champ d'application. Les paragraphes 2 et 3 de l'Indemnité revêtent une importance cruciale pour son interprétation. Le paragraphe 2 dispose que, dans toute réclamation pour pollution, l'Ontario a le droit de choisir d'assumer la défense ou de participer à la défense et/ou au règlement de la réclamation et de toute procédure y afférente, selon ce qu'il estime approprié. Le paragraphe 3 exige des parties qu'elles collaborent avec l'Ontario à la défense d'une réclamation. Ces clauses seraient dénuées de tout sens en ce qui a trait aux réclamations de première partie. Leur inclusion est tout à fait incompatible avec l'idée selon laquelle le par. 1 de l'Indemnité vise les réclamations de première partie. Rien dans l'Indemnité ne tend à indiquer que les réclamations pour pollution comprenaient aussi bien les réclamations de première partie que celles de tiers, mais que les exigences des par. 2 et 3 s'appliqueraient seulement au sous-ensemble des réclamations pour pollution présentées par des tiers. Au contraire, le par. 2 s'applique à « toute réclamation pour pollution ». Le fait que les exigences des par. 2 et 3 soient dénuées de tout sens en ce qui a trait aux réclamations de première partie signifie que les réclamations pour pollution englobent seulement celles présentées par des tiers. Interprétée comme il se doit, l'Indemnité s'applique seulement aux réclamations de tiers et ne vise donc pas l'arrêté du directeur.

*Les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents en partie) :* Les pourvois interjetés par l'Ontario et Weyerhaeuser devraient être rejetés et le pourvoi de Résolu devrait être accueilli. L'Indemnité bénéficie aux successeurs et ayants droit de la province, de Reed et de Great Lakes. Résolu a le droit de bénéficier de l'Indemnité pour couvrir les frais passés et futurs engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur à titre de successeur corporatif de Great Lakes, mais Weyerhaeuser n'est ni cessionnaire du bénéfice de l'Indemnité ni un successeur corporatif de Great Lakes ou de Reed, et elle n'a donc pas droit au bénéfice de l'Indemnité.

L'Indemnité est un contrat qui doit être interprété dans le but de déterminer les intentions objectives et les attentes raisonnables des parties contractantes en ce qui concerne la signification des dispositions contractuelles. L'approche



approach is rooted in practicalities and common sense. It considers the language that the parties employed to express their agreement, objective evidence of the background facts that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting, and the principle of commercial reasonableness and efficacy. The factual matrix cannot overwhelm the words of the contract and cannot change the words of the contract in a manner that would modify the rights and obligations that the parties assumed.

The Indemnity covers the costs of complying with the Director's order. The motion judge did not make any of the four errors alleged by the Province in interpreting the Indemnity.

First, he did not err in failing to consider the text of the Indemnity with reference to the factual matrix, including the two earlier indemnities, the asset purchase agreement in which Reed sold the entire property to Great Lakes, the settlement agreement to which the Indemnity was a schedule, and certain provisions added to the *Environmental Protection Act* in 1985. Like the Indemnity, the two earlier indemnities addressed the mercury contamination, but they represent distinct agreements given for distinct purposes in distinct sets of negotiations. The Indemnity captures a broad scope relative to the other indemnities. In addition, the earlier indemnities were replaced by the Indemnity, which suggests that the parties themselves did not view those earlier indemnities as being co-extensive in scope with the Indemnity. The Indemnity is a separate agreement and must be interpreted by considering the words the parties used in it, not a previous agreement. The asset purchase agreement is of substantially the same scope as the Indemnity, but it exempted the costs of complying with an earlier regulatory order. The Province was aware of its terms, and nothing prevented the parties to the Indemnity from expressly providing that such orders would not fall within the scope of the Indemnity, as the parties to the asset purchase agreement had done. As to the settlement agreement, the issues which that agreement was intended to address included government actions taken in consequence of the mercury contamination. Further, the Indemnity expressly applies in respect of the presence of mercury in the affected lands, and the settlement agreement cannot overwhelm the text in the Indemnity. As for the statutory amendments, even accepting that they are objective and admissible evidence of what the parties had or ought to have had in contemplation when entering into the Indemnity, it is a far leap to the conclusion that they would have understood the reference to statutory claims in the Indemnity to refer solely to claims brought under the amendments or other third party statutory claims which

se fonde sur des considérations pratiques et sur le bon sens. Elle prend en compte les termes employés par les parties pour exprimer leur accord, la preuve objective des renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci, et le principe de la raisonnablement et de l'efficacité commerciales. Le fondement factuel ne peut pas supplanter les termes du contrat et ne peut changer ceux-ci de manière à modifier les droits et les obligations des parties.

L'Indemnité couvre les frais engagés pour se conformer à l'arrêt du directeur. Le juge des requêtes n'a commis aucune des quatre erreurs invoquées par la province en interprétant l'Indemnité.

Premièrement, il n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas le libellé de l'Indemnité à la lumière du fondement factuel, y compris les deux indemnités précédentes, la convention d'achat d'actifs dans laquelle Reed a vendu l'ensemble de la propriété à Great Lakes, la convention de règlement dont l'Indemnité était une annexe et certaines dispositions incorporées dans la *Loi sur la protection de l'environnement* en 1985. Tout comme l'Indemnité, les deux indemnités antérieures visaient à corriger la contamination par le mercure, mais il s'agit d'ententes distinctes conclues à des fins distinctes dans le cadre de négociations distinctes. L'Indemnité a un large champ d'application par rapport à celui des autres indemnités. De plus, les indemnités antérieures ont été remplacées par l'Indemnité, ce qui tend à indiquer que les parties elles-mêmes ne considéraient pas qu'elles avaient le même champ d'application que l'Indemnité. Cette dernière est une entente distincte que l'on doit interpréter en tenant compte des mots employés par les parties à celle-ci et non d'une entente intervenue antérieurement. La convention d'achat d'actifs a essentiellement le même champ d'application que celui de l'Indemnité, mais elle soustrayait les frais engagés pour se conformer à une ordonnance réglementaire antérieure. La province en connaissait les modalités et rien n'empêchait les parties à l'Indemnité de prévoir expressément que de telles ordonnances ne seraient pas visées par l'Indemnité, comme les parties à la convention d'achat d'actifs l'avaient fait. En ce qui concerne la convention de règlement, les points en litige que cette convention visait à régler incluaient les mesures gouvernementales prises à l'égard de la contamination par le mercure. De plus, l'Indemnité s'applique expressément à la présence de mercure dans les terrains touchés et la convention de règlement ne saurait supplanter le texte de l'Indemnité. Pour ce qui est des modifications législatives, même en acceptant qu'elles constituent une preuve objective et admissible de ce que les parties avaient envisagé ou auraient dû envisager au moment de conclure l'Indemnité,

could have been brought at that time. Moreover, reading the Indemnity as excluding first party claims cannot be reconciled with the amendments' creation of a right of action for the Province, or the Indemnity's references to "any province" and statutory actors.

Second, the motion judge did not err in failing to interpret the indemnification clause in para. 1 of the Indemnity in light of the agreement as a whole. His reading of that clause was consistent with the notice/control and cooperation provisions at paras. 2 and 3 of the Indemnity, which are typical of third party indemnities and are meaningful only for third party claims against the indemnified parties.

Third, the motion judge did not make any palpable and overriding errors in characterizing the reason Great Lakes expended certain money or in concluding that the waste disposal site was the source of the mercury contamination. To the extent that these were errors, they could not possibly have had an overriding effect on the conclusion reached by the motion judge. Such minor and collateral factual findings could not determine the outcome of the case, particularly where the motion judge's ultimate conclusion on the scope of the Indemnity rested on different factual and contextual considerations.

Fourth, the motion judge did not err in interpreting the Indemnity so as to impermissibly fetter the legislature's law-making powers, thereby rendering the Indemnity unenforceable. As a matter of constitutional law, the executive of the Canadian state cannot bind or restrict the legislature's sovereign law-making power, whether by contract or otherwise. It follows that a contract entered into by the executive that purports to require that a certain law be enacted, amended or repealed cannot be enforced by way of injunction or specific performance. However, there is an important difference between a contract that impermissibly fetters the legislature's power to enact, amend and repeal legislation, and a contract whose breach by the Crown exposes it to liability. Where the legislature exercises its law-making power in a manner inconsistent with the terms of a contract, the Crown may still face consequences in the form of liability in damages. While the possibility of such liability may deter the legislature

il est difficile de conclure que les parties comprenaient que la mention de réclamations prévues par la loi dans l'Indemnité renvoyait seulement aux réclamations présentées en vertu des modifications ou aux autres réclamations statutaires qui auraient pu être présentées par des tiers à ce moment-là. De plus, une interprétation de l'Indemnité selon laquelle celle-ci exclut les réclamations de première partie n'est pas conciliable avec le fait que les modifications créent un droit d'action en faveur de la province, ou que l'Indemnité renvoie à « toute province » et à tout acteur statutaire.

Deuxièmement, le juge des requêtes n'a pas commis l'erreur de ne pas avoir interprété la clause d'indemnisation figurant au par. 1 de l'Indemnité à la lumière de l'entente dans son ensemble. Sa lecture de cette clause était compatible avec les dispositions d'avis/contrôle et de collaboration aux par. 2 et 3 de l'Indemnité, qui sont typiques des indemnités de tiers et n'ont de sens qu'à l'égard des réclamations de tiers présentées à l'encontre des parties indemnisées.

Troisièmement, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreurs manifestes et déterminantes en décrivant les raisons qui ont poussé Great Lakes à faire certaines dépenses ou en concluant que le lieu d'élimination des déchets était la source de la contamination par le mercure. Dans la mesure où il s'agissait d'erreurs, celles-ci ne sauraient avoir eu d'effet déterminant sur la conclusion du juge des requêtes. Pareilles conclusions de fait mineures et accessoires ne pouvaient déterminer l'issue de l'affaire, en particulier lorsque la conclusion finale du juge des requêtes sur le champ d'application de l'Indemnité reposait sur des considérations factuelles et contextuelles différentes.

Quatrièmement, le juge des requêtes n'a pas commis l'erreur d'avoir interprété l'Indemnité de manière à entraver de manière inacceptable les pouvoirs de légiférer de la législature, de sorte que l'Indemnité est devenue non exécutoire. Sur le plan constitutionnel canadien, le pouvoir exécutif ne peut lier l'exercice souverain du pouvoir législatif ni restreindre celui-ci, que ce soit par contrat ou autrement. Il s'ensuit qu'un contrat conclu par le pouvoir exécutif qui vise à obliger à ce qu'une certaine loi soit adoptée, modifiée ou abrogée ne peut faire l'objet d'une exécution par injonction ou en nature. Toutefois, il y a une différence importante entre un contrat qui entrave de façon inacceptable le pouvoir de la législature d'adopter, de modifier et d'abroger une loi, et un contrat dont une violation par la Couronne expose celle-ci à une responsabilité. Si la législature exerce son pouvoir de légiférer d'une manière incompatible avec les modalités d'un contrat, la Couronne peut quand même être exposée à des conséquences prenant

from acting in a manner that runs contrary to the Crown's contractual promises — sometimes referred to as an “indirect fetter” — the legislature is not thereby truly fettered.

In this case, the enactment of new statutory claims might expose the Province to greater liability under the Indemnity, but the Indemnity in no way prevents the legislature from exercising its sovereign authority to make or unmake any law whatever, and deterring or otherwise discouraging the legislature from exercising its law-making power in a certain way would not render it unenforceable at law. The legislature's freedom of action is not impacted.

As to whether Resolute and Weyerhaeuser could benefit from the Indemnity as successors and assigns of Great Lakes, the motion judge made no error in interpreting the Indemnity as covering the costs imposed on the successors and assigns of Great Lakes by the Director's order. Although his analysis on this point was rooted primarily in the wording of the Indemnity, he also considered its meaning in light of the agreement as a whole and the circumstances surrounding its formation in 1985. However, he found that neither supported an interpretation of the Indemnity that would exclude coverage for first party claims.

However, the motion judge did err in principle in holding that a predecessor of Resolute had assigned the benefit of the Indemnity to Weyerhaeuser. He failed to read the impugned contractual term in light of the factual matrix and in a commercially sensible way, focussing his analysis solely on the text of the relevant provisions of the asset purchase agreement between the predecessor and Weyerhaeuser. Although an indemnified party cannot continue to enjoy the benefit of the Indemnity after it assigns its rights thereunder to a third party, the parties structured the agreement in a way that imposed all risk in relation to environmental liabilities on the predecessor while the predecessor relinquished its own protection. This risk-allocation structure makes commercial sense only if the predecessor's interests remained protected by the Indemnity.

The motion judge also committed a palpable and overriding error when he concluded that the Indemnity's enurement clause extended the benefit of the Indemnity

la forme d'une responsabilité pour dommages. Bien que l'éventualité d'une telle responsabilité puisse dissuader la législature d'agir d'une manière qui va à l'encontre des promesses contractuelles de la Couronne, ce qu'on appelle parfois une « entrave indirecte », la législature n'est pas de ce fait véritablement entravée.

En l'espèce, l'édiction de mesures permettant de nouvelles réclamations statutaires pourrait exposer la province à une plus grande responsabilité en vertu de l'Indemnité, mais l'Indemnité n'empêche nullement la législature d'exercer son droit souverain de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit, et dissuader ou autrement décourager la législature d'exercer son pouvoir de légiférer d'une certaine façon ne rendrait pas cette indemnité non exécutoire en droit. La liberté d'action de la législature n'est pas touchée.

En ce qui concerne la question de savoir si Résolu et Weyerhaeuser pouvaient bénéficier de l'Indemnité à titre de successeurs et ayants droit de Great Lakes, le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en interprétant l'Indemnité comme couvrant les frais que l'arrêté du directeur a imposés aux successeurs et ayants droit de Great Lakes. Bien que son analyse sur ce point ait reposé principalement sur le libellé de l'Indemnité, le juge s'est aussi penché sur sa signification à la lumière de l'entente dans son ensemble et des circonstances ayant entouré sa conclusion en 1985. Cependant, il est arrivé à la conclusion que ni l'une ni l'autre de ces considérations n'était une interprétation de l'Indemnité qui exclurait les réclamations de première partie.

Le juge des requêtes a toutefois commis une erreur de principe en concluant qu'un prédécesseur de Résolu avait cédé le bénéfice de l'Indemnité à Weyerhaeuser. Il n'a pas lu la clause contractuelle contestée à la lumière du fondement factuel et d'une manière qui a du sens sur le plan commercial, et a centré son analyse exclusivement sur le libellé des dispositions pertinentes de la convention d'achat d'actifs entre le prédécesseur et Weyerhaeuser. Bien qu'une partie indemnisée ne puisse continuer à jouir du bénéfice de l'Indemnité après avoir consenti à un tiers une cession des droits qu'elle lui confère, les parties ont structuré la convention de façon à ce que le prédécesseur assume tous les risques en matière de responsabilités environnementales tout en renonçant à sa propre protection. Cette structure de répartition du risque n'a de sens sur le plan commercial que si l'Indemnité continuait à protéger les intérêts du prédécesseur.

Le juge des requêtes a également commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que la clause d'ex-tension des bénéfices de l'Indemnité étendait le bénéfice

to successors-in-title of the Dryden property. The Indemnity's enurement clause is a standard contractual term and certainty in commercial transactions is best protected where courts give effect to the common understanding and inclusion of such terms in contracts, absent any indication that the parties intended them to have a different effect. When used in relation to corporations, a "successor" generally denotes another corporation which, through some type of legal succession, assumes the burdens and becomes vested with the rights of the first corporation. Nothing in the language of the Indemnity or in the circumstances surrounding the formation of the contract suggests that "successor" in the Indemnity should extend to both corporate successors of Great Lakes and successors-in-title to the Dryden property. However, it may be possible, in other circumstances, for the term "successors" to refer to a successor-in-title.

### Cases Cited

By Côté and Brown JJ. (dissenting in part)

*Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Mandamin v. Reed Ltd.*, No. 14716/77, June 26, 1986; *Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust v. ATOS IT Services UK Ltd.*, [2017] EWCA Civ 2196, [2018] 2 All E.R. (Comm.) 535; *Scanlon v. Castlepoint Development Corp.* (1992), 11 O.R. (3d) 744; *Antaios Compania Naviera S.A. v. Salen Rederierna A.B.*, [1985] 1 A.C. 191; *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919; *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Rio Algom Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 550; *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership v. Ontario (Minister of Aboriginal Affairs)*, 2013 ONSC 7141, 118 O.R. (3d) 356; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 341 D.L.R. (4th) 520; *Nickel Developments Ltd. v. Canada Safeway Ltd.*, 2001 MBCA 79, 156 Man. R. (2d) 170; *Humphries v. Lufkin Industries Canada Ltd.*, 2011 ABCA

de celle-ci aux successeurs en titre quant à la propriété de Dryden. La clause d'extension des bénéficiaires de l'Indemnité est une clause contractuelle type et la certitude en matière d'opérations commerciales est mieux protégée lorsque les tribunaux donnent effet au sens courant et à l'inclusion de telles clauses figurant dans les contrats, en l'absence d'indication que les parties ont voulu que celles-ci aient un effet différent. Employé à l'égard de sociétés, le terme « successeur » désigne généralement une autre société qui, par une forme de succession juridique, assume les obligations et acquiert les droits de la première société. Rien dans le libellé de l'Indemnité ou dans les circonstances entourant la conclusion du contrat ne suggère que le terme « successeurs » dans l'Indemnité devrait s'étendre aux successeurs corporatifs de Great Lakes et aux successeurs en titre quant à la propriété de Dryden. Cependant, il se peut que dans d'autres circonstances, le terme « successeurs » renvoie aux successeurs en titre.

### Jurisprudence

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents en partie)

*Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Mandamin c. Reed Ltd.*, n° 14716/77, 26 juin 1986; *Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust c. ATOS IT Services UK Ltd.*, [2017] EWCA Civ 2196, [2018] 2 All E.R. (Comm.) 535; *Scanlon c. Castlepoint Development Corp.* (1992), 11 O.R. (3d) 744; *Antaios Compania Naviera S.A. c. Salen Rederierna A.B.*, [1985] 1 A.C. 191; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *West Lakes Ltd. c. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919; *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Rio Algom Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 550; *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership c. Ontario (Minister of Aboriginal Affairs)*, 2013 ONSC 7141, 118 O.R. (3d) 356; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 341 D.L.R. (4th) 520; *Nickel Developments Ltd. c. Canada Safeway Ltd.*, 2001 MBCA 79, 156 Man. R. (2d) 170;

366, 68 Alta. L.R. (5th) 175; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *City of Toronto v. W.H. Hotel Ltd.*, [1966] S.C.R. 434; *Kentucky Fried Chicken Canada v. Scott's Food Services Inc.* (1998), 114 O.A.C. 357; *Brown v. Belleville (City)*, 2013 ONCA 148, 114 O.R. (3d) 561; *National Trust Co. v. Mead*, [1990] 2 S.C.R. 410; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend The Environmental Protection Act, 1971*, S.O. 1979, c. 91.  
*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36.  
*English and Wabigoon River Systems Mercury Contamination Settlement Agreement Act, 1986*, S.O. 1986, c. 23.  
*Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141.  
*Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 7(1) [am. 1990, c. 18, s. 18(1)].  
*Grassy Narrows and Islington Indian Bands Mercury Pollution Claims Settlement Act*, S.C. 1986, c. 23.

### Authors Cited

Dicey, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: MacMillan, 1959.  
 Elderkin, Cynthia L., and Julia S. Shin Doi. *Behind and Beyond Boilerplate: Drafting Commercial Agreements*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.  
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.  
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Toronto: Thomson Reuters, 2007 (loose-leaf updated June 2019, release 32).  
 Murray, John E., Jr. *Corbin on Contracts — Third Party Beneficiaries, Assignment, Joint and Several Contracts*, vol. 9, rev. ed. Newark: LexisNexis, 2007.  
 Ogilvie, M. H. "Re-defining Privity of Contract: *Brown v. Belleville (City)*" (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 731.  
 Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.  
 Tolhurst, Greg. *The Assignment of Contractual Rights*, 2nd ed. Oxford: Hart Publishing, 2016.

*Humphries c. Lufkin Industries Canada Ltd.*, 2011 ABCA 366, 68 Alta. L.R. (5th) 175; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *City of Toronto c. W.H. Hotel Ltd.*, [1966] R.C.S. 434; *Kentucky Fried Chicken Canada c. Scott's Food Services Inc.* (1998), 114 O.A.C. 357; *Brown c. Belleville (City)*, 2013 ONCA 148, 114 O.R. (3d) 561; *National Trust Co. c. Mead*, [1990] 2 R.C.S. 410; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306.

### Lois et règlements cités

*Act to amend The Environmental Protection Act, 1971*, S.O. 1979, c. 91.  
*Loi de 1986 sur la convention de règlement relative à la contamination par le mercure du réseau hydrographique English-Wabigoon*, L.O. 1986, c. 23.  
*Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, c. 141.  
*Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19, art. 7(1) [mod. 1990, c. 18, art. 18(1)].  
*Loi sur le règlement des revendications des bandes indiennes de Grassy Narrows et d'Islington (pollution par le mercure)*, L.C. 1986, c. 23.  
*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36.

### Doctrine et autres documents cités

Dicey, Albert V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan, 1959.  
 Elderkin, Cynthia L., and Julia S. Shin Doi. *Behind and Beyond Boilerplate : Drafting Commercial Agreements*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1998.  
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.  
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.  
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability : Law and Practice*, Toronto, Thomson Reuters, 2007 (loose-leaf updated June 2019, release 32).  
 Murray, John E., Jr. *Corbin on Contracts — Third Party Beneficiaries, Assignment, Joint and Several Contracts*, vol. 9, rev. ed., Newark, LexisNexis, 2007.  
 Ogilvie, M. H. « Re-defining Privity of Contract : *Brown v. Belleville (City)* » (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 731.  
 Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.  
 Tolhurst, Greg. *The Assignment of Contractual Rights*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, 2016.



Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Lauwers and Brown JJ.A.), 2017 ONCA 1007, 13 C.E.L.R. (4th) 28, 77 B.L.R. (5th) 175, [2017] O.J. No. 6654 (QL), 2017 CarswellOnt 20156 (WL Can.), reversing a decision of Hailey J., 2016 ONSC 4652, 3 C.E.L.R. (4th) 278, 60 B.L.R. (5th) 237, [2016] O.J. No. 3900 (QL), 2016 CarswellOnt 11807 (WL Can.). Appeal of Resolute FP Canada Inc. dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting. Appeal of Her Majesty The Queen as represented by the Ministry of the Attorney General allowed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting. Appeal of Weyerhaeuser Company Limited dismissed.

*Andrew Bernstein, Jeremy Opolsky and Jonathan Silver*, for the appellant/respondent Resolute FP Canada Inc.

*Leonard F. Marsello, Tamara D. Barclay and Nancy Ghobrial*, for the appellant/respondent Her Majesty The Queen as represented by the Ministry of the Attorney General.

*Christopher D. Bredt and Markus Kremer*, for the appellant/respondent Weyerhaeuser Company Limited.

*Elizabeth J. Rowbotham*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The following is the judgment delivered by

[1] ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS AND MARTIN JJ. — In 1985, the Province of Ontario granted an indemnity (the “1985 Indemnity”) to Reed Ltd. and Great Lakes Forest Products Limited, both former owners of a pulp and paper mill located in Dryden, Ontario, as well as their successors and assigns, for “any damage, loss, event or circumstances, caused or alleged to be caused by or with respect to, either in whole or in part, the discharge or escape or presence of any pollutant by Reed or its predecessors, including mercury or any other substance, from or in the plant or plants or lands or

Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Lauwers et Brown), 2017 ONCA 1007, 13 C.E.L.R. (4th) 28, 77 B.L.R. (5th) 175, [2017] O.J. No. 6654 (QL), 2017 CarswellOnt 20156 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Hailey, 2016 ONSC 4652, 3 C.E.L.R. (4th) 278, 60 B.L.R. (5th) 237, [2016] O.J. No. 3900 (QL), 2016 CarswellOnt 11807 (WL Can.). Pourvoi de Produits forestiers Résolu rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents. Pourvoi de Sa Majesté la Reine représentée par le ministère du procureur général accueilli, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents. Pourvoi de Compagnie Weyerhaeuser Limitée rejeté.

*Andrew Bernstein, Jeremy Opolsky et Jonathan Silver*, pour l’appelante/intimée Produits forestiers Résolu.

*Leonard F. Marsello, Tamara D. Barclay et Nancy Ghobrial*, pour l’appelante/intimée Sa Majesté la Reine représentée par le ministère du procureur général.

*Christopher D. Bredt et Markus Kremer*, pour l’appelante/intimée Compagnie Weyerhaeuser Limitée.

*Elizabeth J. Rowbotham*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement rendu par

[1] LES JUGES ABELLA, MOLDAVER, KARAKATSANIS ET MARTIN — En 1985, la province d’Ontario a accordé une indemnité (l’« Indemnité de 1985 ») à Reed Ltd. et à Great Lakes Forest Products Limited, toutes deux anciennement propriétaires d’une usine de pâtes et papiers située à Dryden, en Ontario, ainsi qu’à leurs successeurs et ayants droit, pour les [TRADUCTION] « dommages, pertes, événements ou circonstances dus ou présumés dus ou en ce qui a trait, en tout ou en partie, au rejet ou à la fuite de polluants, notamment le mercure ou toute autre substance, par Reed ou ses prédécesseurs, à partir des usines, des

premises”. The 1985 Indemnity was agreed to by the parties in the context of the settlement of litigation brought by two First Nations in relation to mercury pollution caused by the operation of the Dryden mill.

[2] Twenty-six years later, the Director of the Ministry of the Environment and Climate Change issued a remediation order in relation to monitoring and maintaining a mercury disposal site at the Dryden mill. In the intervening period, ownership of the mill had changed hands in several transactions. The Director’s Order was issued to both Resolute, Great Lakes’ corporate successor, and Weyerhaeuser, which also owned the Dryden property for a time. Both Resolute and Weyerhaeuser sought indemnification from Ontario for the costs of complying with the Director’s Order.

[3] Although the parties in these appeals raise a number of issues relating to Resolute and Weyerhaeuser’s claims for indemnification, the threshold question is whether the 1985 Indemnity covers the Director’s Order. In our view, and for the dissenting reasons of Laskin J.A. (2017 ONCA 1007, 77 B.L.R. (5th) 175), it does not. We would, therefore, allow Ontario’s appeal, and grant Ontario’s motion for summary judgment.

[4] In the 1960s, the Dryden Paper Company Limited owned and operated a pulp and paper mill in Dryden. As part of the operation of the paper mill, Dryden Paper — through a related company, Dryden Chemicals Limited — operated a mercury cathode chlor-alkali plant on property near the mill. The chlor-alkali plant released untreated mercury waste into the English and Wabigoon rivers, which resulted in harm to the health of some local residents, the closure of a commercial fishery and damage to the region’s tourism industry. Many of the affected people were members of the Grassy Narrows and

terrains ou des lieux [. . .], ou encore à la présence de tels polluants dans ces usines, terrains ou lieux ». L’Indemnité de 1985 a été convenue entre les parties dans le cadre du règlement de la poursuite intentée par deux Premières Nations relativement à la pollution par le mercure causée par l’exploitation de l’usine de Dryden.

[2] Vingt-six ans plus tard, un arrêté de remédiation a été pris par le directeur du ministère de l’Environnement et de l’Action en matière de changement climatique en ce qui concerne la surveillance et l’entretien d’un lieu d’élimination du mercure à l’usine de Dryden. Dans l’intervalle, l’usine avait changé de propriétaires à la suite de plusieurs opérations. L’arrêté du directeur a été adressé à Résolu, société ayant succédé à Great Lakes, et à Weyerhaeuser, à qui avait également déjà appartenu la propriété de Dryden pendant une certaine période. Tant Résolu que Weyerhaeuser ont réclamé une indemnité à l’Ontario pour les frais engagés pour se conformer à l’arrêté du directeur.

[3] Bien que les parties aux présents pourvois aient soulevé un certain nombre de questions liées aux demandes d’indemnisation de Résolu et de Weyerhaeuser, la question préliminaire qui se pose est celle de savoir si l’Indemnité de 1985 s’applique à l’arrêté du directeur. À notre avis, et pour les motifs dissidents exprimés par le juge Laskin de la Cour d’appel (2017 ONCA 1007, 77 B.L.R. (5th) 175), elle ne s’y applique pas. En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de l’Ontario ainsi que la motion en jugement sommaire de l’Ontario.

[4] Dans les années 1960, la société Dryden Paper Company Limited possédait et exploitait une usine de pâtes et papiers à Dryden. Dans le cadre de l’exploitation de l’usine, Dryden Paper, par l’intermédiaire d’une société affiliée, Dryden Chemicals Limited, exploitait une usine de chlore et de soude caustique utilisant le procédé à cathode de mercure sur une propriété située près de l’usine. Cette usine de chlore et de soude caustique a rejeté des déchets mercuriels non traités dans les rivières English et Wabigoon, ce qui a eu un effet préjudiciable sur la santé de certains résidents locaux, en plus d’avoir

Islington First Nations who lived on reserves downstream.

[5] In 1971, Dryden Paper constructed a waste disposal site on its lands to serve as a burial site for mercury-contaminated waste from the chlor-alkali plant. Six monitoring wells were installed when the waste disposal site was created, with three additional wells installed in 2002, and one in 2010. These monitoring wells were sampled and analyzed twice per year. Since 1977, the waste disposal site has been the subject of various certificates under the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19. The initial Provisional Certificate of Approval required the monitoring of groundwater and surface water by the owner of the waste disposal site. In 2011, the site was thought to have 35 years remaining in its “contaminating lifespan”.

[6] In 1976, Dryden Paper and Dryden Chemicals amalgamated to form Reed.

[7] In June 1977, the two First Nations bands sued Reed, Dryden Paper and Dryden Chemicals for damages in relation to the mercury waste contamination of the rivers (the “Grassy Narrows Litigation”).

[8] In 1978, the Ministry of the Environment issued two further Provisional Certificates of Approval that required Reed to maintain the water monitoring program at the waste disposal site.

[9] By 1979, Reed wanted to sell its Dryden properties. Its prospective purchaser, Great Lakes, expressed reluctance to complete the sale because of the Grassy Narrows Litigation. Concerned that the local economy would suffer if the pulp and paper mill closed, Ontario intervened. It agreed to limit the combined liability of Great Lakes and Reed for any environmental damages caused by Reed prior

entraîné la fin de la pêche commerciale et causé du tort à l’industrie touristique de la région. Bon nombre des personnes touchées étaient des membres des Premières Nations de Grassy Narrows et d’Islington qui vivaient dans des réserves situées en aval.

[5] En 1971, Dryden Paper a construit sur ses terres un lieu d’élimination des déchets devant servir de site d’enfouissement des déchets contaminés par le mercure qui provenaient de l’usine de chlore et de soude caustique. Six puits de surveillance ont été installés lors de la création du lieu d’élimination des déchets, auxquels se sont ajoutés trois puits supplémentaires en 2002, puis un autre en 2010. Ces puits de surveillance faisaient l’objet d’un échantillonnage et d’une analyse deux fois par année. Depuis 1977, le lieu d’élimination des déchets a été visé par plusieurs certificats sous le régime de la *Loi sur la protection de l’environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19. Selon le certificat d’autorisation provisoire initial, le propriétaire du lieu d’élimination était tenu d’assurer la surveillance des eaux souterraines et des eaux de surface. En 2011, on estimait qu’il restait 35 années à la « durée de vie de la charge contaminante » du site.

[6] En 1976, Dryden Paper et Dryden Chemicals ont fusionné pour former la société Reed.

[7] En juin 1977, les deux Premières Nations ont intenté une poursuite en dommages-intérêts contre Reed, Dryden Paper et Dryden Chemicals pour la contamination des rivières par les déchets mercuriels (le « litige de Grassy Narrows »).

[8] En 1978, le ministère de l’Environnement a délivré deux autres certificats d’autorisation provisoires selon lesquels Reed était tenue de maintenir le programme de surveillance des eaux au lieu d’élimination des déchets.

[9] En 1979, Reed a voulu vendre ses propriétés de Dryden. L’acheteuse potentielle, Great Lakes, s’est montrée réticente à finaliser la vente en raison du litige de Grassy Narrows. Craignant que l’économie locale ne souffre de la fermeture de l’usine de pâtes et papiers, l’Ontario est intervenu et a accepté de limiter à 15 millions de dollars la responsabilité combinée de Great Lakes et de Reed pour les dommages

to Great Lakes' purchase of the Dryden operation to \$15 million. Great Lakes and Reed agreed to share the financial consequences of the Grassy Narrows Litigation up to that limit. Great Lakes also agreed to spend approximately \$200 million on the expansion and modernization of the Dryden facilities in consideration for the indemnity granted by Ontario (the "1979 Indemnity").

[10] On December 4, 1979, the Ministry of the Environment issued another Provisional Certificate of Approval. It required Reed to register the certificate against title to the waste disposal site. That same month, the sale of the Dryden properties to Great Lakes closed in accordance with the terms set out in a Memorandum of Agreement dated December 7, 1979.

[11] In January 1980, the Ministry issued another Provisional Certificate of Approval requiring Great Lakes to maintain the groundwater monitoring and testing program at the waste disposal site.

[12] Contemporaneously, the Governments of Ontario and Canada engaged in mediation with the Islington and Grassy Narrows First Nations to address the harms caused by mercury discharge. These discussions involved the Grassy Narrows Litigation. Great Lakes, meanwhile, was reluctant to contribute to any settlement of the litigation unless it obtained a release from liability. On January 28, 1982, the then Provincial Secretary for Resources Development wrote to Great Lakes, indicating that Ontario was "prepared to indemnify Great Lakes Forest Products Limited against any claims related to mercury pollution" (the "1982 Indemnity" (A.R., vol. III, at p. 176)). The 1982 Indemnity stated that Ontario would indemnify Great Lakes for any damages awarded by a court or any settlement above \$15 million. Any mercury pollution-related actions were to be brought to the attention of Ontario, which would then become involved in the litigation.

environnementaux causés par Reed avant l'achat par Great Lakes de l'exploitation de Dryden. Great Lakes et Reed ont convenu de partager les conséquences financières du litige de Grassy Narrows jusqu'à concurrence de ce montant. Great Lakes a également accepté de consacrer environ 200 millions de dollars à l'agrandissement et à la modernisation des installations de Dryden en contrepartie de l'indemnité accordée par l'Ontario (l'« Indemnité de 1979 »).

[10] Le 4 décembre 1979, le ministère de l'Environnement a délivré un autre certificat d'autorisation provisoire selon lequel Reed était tenue d'enregistrer le certificat sur le titre de propriété du lieu d'élimination des déchets. Le même mois, la vente des propriétés de Dryden à Great Lakes a été conclue conformément aux modalités énoncées dans un protocole d'entente daté du 7 décembre 1979.

[11] En janvier 1980, le Ministère a délivré un autre certificat d'autorisation provisoire, cette fois pour exiger de Great Lakes qu'elle maintienne le programme de surveillance et d'analyse des eaux souterraines au lieu d'élimination des déchets.

[12] À la même époque, les gouvernements de l'Ontario et du Canada ont pris part à un processus de médiation avec les Premières Nations d'Islington et de Grassy Narrows visant à réparer les préjudices causés par le rejet de mercure. Les discussions ont porté sur le litige de Grassy Narrows. Pendant cette période, Great Lakes était réticente à participer à tout règlement du litige, à moins d'avoir obtenu une décharge de responsabilité. Le 28 janvier 1982, le secrétaire provincial du Développement des ressources de l'époque a écrit à Great Lakes pour lui faire savoir que l'Ontario était [TRADUCTION] « prêt à indemniser Great Lakes Forest Products Limited pour toute réclamation relative à la pollution au mercure » (« Indemnité de 1982 » (d.a., vol. III, p. 176)). L'Indemnité de 1982 précisait que l'Ontario indemniserait Great Lakes pour toute somme accordée à titre de dommages-intérêts par un tribunal ou pour tout règlement s'élevant à plus de 15 millions de dollars. Toute procédure associée à la pollution au mercure devait être portée à l'attention de l'Ontario, qui prendrait alors part au litige.

[13] In late 1985, the Grassy Narrows Litigation settled. The terms of the settlement were set out in a Memorandum of Agreement dated November 22, 1985, entered into by Canada, Ontario, the Islington and Grassy Narrows First Nations, Reed and Great Lakes. The issues, as defined in the Memorandum of Agreement, pertained to “[t]he discharge by Reed and its predecessors of mercury and any other pollutants into the English and Wabigoon and related river systems, and the continu[ed] presence of any such pollutants discharged by Reed and its predecessors . . . in the related ecosystems”. Significantly for the purposes of the present appeals, para. 2.4 of the Memorandum of Agreement stipulated that Ontario would indemnify Great Lakes and Reed with respect to the issues, and Great Lakes and Reed would provide Ontario releases in respect of the 1979 and 1982 Indemnities.

[14] The indemnification required by para. 2.4 of the Memorandum of Agreement is contained in a schedule to the settlement agreement entitled the “Ontario Indemnity” (referred to herein as the “1985 Indemnity”) which was signed by Ontario, Great Lakes, Reed and Reed International. These appeals involve the interpretation of the 1985 Indemnity, and particularly para. 1, which reads:

1. Ontario hereby covenants and agrees to indemnify Great Lakes, Reed, International and any company which was at the Closing Date a subsidiary or affiliate company (whether directly or indirectly) of International, harmless from and against any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred by any of them after the date hereof as a result of any claim, action or proceeding, whether statutory or otherwise, existing at December 17, 1979 or which may arise or be asserted thereafter (including those arising or asserted after the date of this agreement), whether by individuals, firms, companies, governments (including the Federal Government of Canada and any province or municipality thereof or any agency, body or authority created by statutory or other authority) or any group or groups of the foregoing, because of or relating to any damage, loss, event or circumstances, caused or alleged to be caused by or with respect to, either in whole or in part, the discharge or escape or presence of any pollutant by Reed or its predecessors, including mercury or any other substance, from or in the plant or plants or lands or premises forming part of the Dryden assets sold by Reed Ltd. to Great Lakes

[13] Le litige de Grassy Narrows a été réglé à la fin de 1985. Les modalités du règlement ont été énoncées dans un protocole d’entente daté du 22 novembre 1985 conclu entre le Canada, l’Ontario, les Premières Nations d’Islington et de Grassy Narrows, Reed et Great Lakes. Les points en litige, tels qu’ils ont été définis dans le protocole d’entente, portaient sur [TRADUCTION] « [l]e rejet par Reed et ses prédécesseurs de mercure et de tout autre polluant dans le réseau hydrographique English-Wabigoon, ainsi que la présence continue de ces polluants [. . .] dans les écosystèmes connexes ». Fait important pour les besoins des présents pourvois, le par. 2.4 du protocole d’entente précisait que l’Ontario indemniserait Great Lakes et Reed relativement aux points en litige, et que Great Lakes et Reed déchargeraient l’Ontario de ses obligations en vertu des Indemnités de 1979 et de 1982.

[14] L’indemnisation requise aux termes du par. 2.4 du protocole d’entente est énoncée dans une annexe à la convention de règlement, intitulée [TRADUCTION] « Indemnité de l’Ontario » (ici appelée « Indemnité de 1985 ») et qui a été signée par l’Ontario, Great Lakes, Reed et Reed International. Les pourvois en l’espèce portent sur l’interprétation de l’Indemnité de 1985, et en particulier son par. 1, ainsi rédigé :

[TRADUCTION] 1. L’Ontario s’engage et consent à tenir Great Lakes, Reed, International et toute société qui, à la date de clôture, était (directement ou indirectement) une filiale ou une société affiliée d’International, à couvert de l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner pour l’une ou l’autre d’entre elles, après la date des présentes, toute réclamation, action ou procédure, qu’elle soit prévue par la loi ou autrement, qui existait au 17 décembre 1979 ou qui était susceptible de prendre naissance ou d’être présentée par la suite (y compris celles ayant pris naissance ou ayant été présentées après la date des présentes), par des particuliers, des firmes, des sociétés, des gouvernements (y compris le gouvernement fédéral du Canada et toute province ou municipalité du Canada, ou tout organisme ou autorité créé en vertu d’un pouvoir légal ou d’un autre pouvoir) ou un ou plusieurs groupes de ceux-ci, du fait ou à l’égard des dommages, pertes, événements ou circonstances dus ou présumés dus ou en ce qui a trait, en tout ou en partie, au rejet ou à la fuite de polluants, notamment le mercure ou toute autre



under the Dryden Agreement (hereinafter referred to as “Pollution Claims”). It is hereby expressly acknowledged and agreed that in respect of Ontario’s covenant and agreement hereunder to indemnify Great Lakes that the term “Pollution Claims” shall include any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred by Great Lakes as a result of any claim, action or proceeding resulting from or in connection with the indemnity agreement of even date herewith made between Great Lakes, Reed and International. [A.R., vol. IV, at pp. 189-90]

[15] Paragraph 2 of the 1985 Indemnity requires Great Lakes or Reed to give Ontario prompt notice of any Pollution Claim as defined in para. 1, at which point Ontario could take carriage of or participate in the litigation. Great Lakes and Reed must cooperate with Ontario in relation to the investigation of any Pollution Claims (para. 3). The 1985 Indemnity is “valid without limitation as to time” (para. 4). An enurement clause contained in para. 6 provided that “[t]he indemnity shall be binding upon and enure to the benefit of the respective successors and assigns of Ontario, Reed, International and Great Lakes, provided however that Ontario shall not be entitled to assign this indemnity without the prior written consent of the other parties hereto” (A.R., vol. IV, at pp. 191-92).

[16] In accordance with the Memorandum of Agreement, Reed and Great Lakes released Ontario from its obligations under the 1979 and 1982 Indemnities. The settlement of the Grassy Narrows Litigation was approved by the Supreme Court of Ontario on June 26, 1986.

[17] In subsequent years, both Reed and Great Lakes underwent corporate changes. After amalgamating with other corporations, Reed’s successor corporation dissolved in 1993. In 1998, Great Lakes became Bowater which, in 2010, became part of Abitibi-Consolidated Inc. In 2012, it became Resolute.

substance, par Reed ou ses prédécesseurs, à partir des usines, des terrains ou des lieux faisant partie des actifs de Dryden que Reed Ltd. a vendus à Great Lakes en vertu de la convention de Dryden, ou encore à la présence de tels polluants dans ces usines, terrains ou lieux (ci-après appelées les « réclamations pour pollution »). Il est expressément reconnu et convenu par les présentes qu’en ce qui concerne l’engagement et le consentement de l’Ontario à indemniser Great Lakes, l’expression « réclamations pour pollution » comprend l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner pour Great Lakes toute réclamation, action ou procédure qui découle de l’entente d’indemnisation conclue à la même date que les présentes entre Great Lakes, Reed et International, ou qui y est liée. [d.a., vol. IV, p. 189-190]

[15] Le paragraphe 2 de l’Indemnité de 1985 exige que Great Lakes ou Reed avisent rapidement l’Ontario de toute réclamation pour pollution, telle qu’elle est définie au par. 1, et l’Ontario peut alors se charger du litige ou y participer. Great Lakes et Reed doivent collaborer avec l’Ontario à l’enquête sur toute réclamation pour pollution (par. 3). L’Indemnité de 1985 n’est [TRADUCTION] « assujettie à aucune limite de temps » (par. 4). La clause d’extension des bénéficiaires contenue au par. 6 prévoit ce qui suit : « L’indemnité lie les successeurs et ayants droit respectifs de l’Ontario, de Reed, d’International et de Great Lakes et bénéficie à ceux-ci, à condition toutefois que l’Ontario ne soit pas autorisé à céder l’indemnité sans le consentement préalable écrit des autres parties » (d.a., vol. IV, p. 191-192).

[16] Conformément au protocole d’entente, Reed et Great Lakes ont déchargé l’Ontario de ses obligations en vertu des Indemnités de 1979 et de 1982. Le règlement du litige de Grassy Narrows a été approuvé par la Cour suprême de l’Ontario le 26 juin 1986.

[17] Au cours des années suivantes, Reed et Great Lakes ont subi des changements organisationnels. Après avoir fusionné avec d’autres sociétés, la société ayant succédé à Reed a été dissoute en 1993. En 1998, Great Lakes est devenue Bowater, qui a été intégrée à Abitibi-Consolidated Inc. en 2010. En 2012, la société a pris le nom de Résolu.

[18] In August 1998, Weyerhaeuser entered into an agreement with Bowater, Great Lakes' corporate successor, to purchase certain assets used in the Dryden pulp and paper business. Given the potential environmental liabilities, Weyerhaeuser initially sought to exclude the waste disposal site from the purchased assets. However, this exclusion required severing the waste disposal site from title, which could not be effected before the closing of the sale. As a result, when the transaction closed, Bowater conveyed title to the waste disposal site to Weyerhaeuser, which then immediately leased it back to Bowater. When severance finally occurred some two years later, Weyerhaeuser reconveyed the waste disposal site to Bowater. Title was registered in Weyerhaeuser's name from September 30, 1998, to August 25, 2000. In 2007, Weyerhaeuser sold the Dryden paper plant to Domtar Inc.

[19] In April 2009, Bowater and its related companies filed for protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). In the course of the CCAA proceedings, with court approval, the waste disposal site was abandoned in April 2011.

[20] On August 25, 2011, the Ministry of the Environment issued a Director's Order to Weyerhaeuser (as a former owner of the waste disposal site) and Bowater, Resolute's corporate predecessor. This order imposed three main obligations: (1) to repair certain site erosion, perform specific groundwater and surface water testing, and file annual reports containing specified information; (2) to deliver to the Ministry of the Environment the sum of \$273,063 as financial assurance in respect of the waste disposal site; and (3) to "take all reasonable measures to ensure that any discharge of a contaminant to the natural environment is prevented and any adverse effect that may result from such a discharge is dealt with according to all legal requirements" (A.R., vol. IV, at p. 27).

[18] En août 1998, Weyerhaeuser a conclu une entente avec Bowater, la société ayant succédé à Great Lakes, en vue de l'achat de certains actifs utilisés dans l'entreprise de pâtes et papiers de Dryden. Étant donné les responsabilités environnementales possibles, Weyerhaeuser a d'abord cherché à exclure le lieu d'élimination des déchets des actifs visés par l'achat. Toutefois, pour procéder à cette exclusion, il fallait séparer ce lieu du titre, ce qui ne pouvait s'effectuer avant la clôture de la vente. En conséquence, à la clôture de l'opération, Bowater a transféré le titre de propriété du lieu d'élimination des déchets à Weyerhaeuser, qui a immédiatement loué celui-ci à Bowater. Lorsque la séparation en question a finalement eu lieu quelque deux années plus tard, Weyerhaeuser a rétrocédé le site à Bowater. Le titre a été enregistré au nom de Weyerhaeuser du 30 septembre 1998 au 25 août 2000. En 2007, Weyerhaeuser a vendu l'usine de pâtes et papiers de Dryden à Domtar Inc.

[19] En avril 2009, Bowater et ses sociétés affiliées ont demandé à être placées sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »). Dans le cadre des procédures fondées sur la LACC, et avec l'approbation du tribunal, le lieu d'élimination des déchets a été abandonné en avril 2011.

[20] Le 25 août 2011, le ministère de l'Environnement a pris un arrêté du directeur adressé à Weyerhaeuser (à titre d'ancienne propriétaire du lieu d'élimination des déchets) et à Bowater, la société ayant précédé Résolu. Cet arrêté imposait trois obligations principales : (1) réparer une certaine érosion du site, effectuer une analyse déterminée d'eaux souterraines et d'eaux de surface, et déposer des rapports annuels contenant des renseignements déterminés; (2) remettre au ministère de l'Environnement la somme de 273 063 \$ à titre de garantie financière pour le lieu d'élimination des déchets; et (3) [TRADUCTION] « prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter le rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel et pour remédier aux conséquences préjudiciables pouvant résulter d'un tel rejet conformément à toutes les exigences légales » (d.a., vol. IV, p. 27).

[21] Weyerhaeuser filed a notice of appeal to the Environmental Review Tribunal, seeking to revoke or amend the Director's Order.

[22] In May 2013, Weyerhaeuser commenced an action in Superior Court seeking a declaration that the terms of the 1985 Indemnity required Ontario to compensate it for the cost of complying with the Director's Order. Resolute sought leave to intervene. Ontario submitted it was not responsible for the costs of complying with the Director's Order. All three parties moved for summary judgment.

[23] The motion judge held that the 1985 Indemnity clearly applied to a statutory claim or proceeding brought by an agent of the Province and that *both* Resolute and Weyerhaeuser were entitled to indemnification under the 1985 Indemnity for their costs of complying with the Director's Order. He therefore granted summary judgment in favour of Resolute and Weyerhaeuser (2016 ONSC 4652, 60 B.L.R. (5th) 237).

[24] Ontario appealed. The majority at the Court of Appeal for Ontario agreed with the motion judge with respect to the scope of the 1985 Indemnity, namely that it applied to the Director's Order. The majority concluded, however, that Resolute was not entitled to indemnification and remitted the issue of Weyerhaeuser's entitlement to indemnification to the Superior Court.

[25] Justice Laskin, dissenting, would have allowed Ontario's appeal. In his view, the motion judge made reversible errors in his interpretation of the 1985 Indemnity. Properly construed, the 1985 Indemnity was intended to cover *only* pollution claims brought by third parties. First party regulatory claims, such as the Director's Order, did not fall within the scope of the 1985 Indemnity.

[21] Weyerhaeuser a déposé un avis d'appel auprès du Tribunal de l'environnement afin de demander la révocation ou la modification de l'arrêté du directeur.

[22] En mai 2013, Weyerhaeuser a intenté une action devant la Cour supérieure et sollicité un jugement déclaratoire portant que, selon les modalités de l'Indemnité de 1985, l'Ontario était tenu de l'indemniser pour les frais engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur. Résolu a demandé l'autorisation d'intervenir. L'Ontario a fait valoir qu'elle n'était pas responsable des frais engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur. Les trois parties ont présenté une motion en jugement sommaire.

[23] Le juge des motions a conclu que l'Indemnité de 1985 s'appliquait clairement aux réclamations ou procédures prévues par la loi présentées par un agent de la province, et que Résolu et Weyerhaeuser avaient *toutes deux* droit à une indemnisation au titre de l'Indemnité de 1985 pour les frais engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur. Il a donc rendu un jugement sommaire en faveur de Résolu et de Weyerhaeuser (2016 ONSC 4652, 60 B.L.R. (5th) 237).

[24] L'Ontario a interjeté appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont souscrit à l'opinion du juge des motions en ce qui a trait au champ d'application de l'Indemnité de 1985, à savoir qu'elle visait l'arrêté du directeur. Ils ont toutefois conclu que Résolu n'avait pas droit à une indemnisation et ils ont renvoyé à la Cour supérieure la question du droit de Weyerhaeuser à une indemnité.

[25] Le juge Laskin, dissident, aurait fait droit à l'appel interjeté par l'Ontario. À son avis, le juge des motions a commis des erreurs justifiant infirmation dans son interprétation de l'Indemnité de 1985. Interprétée comme il se doit, celle-ci devait s'appliquer *seulement* aux réclamations pour pollution présentées par des tiers. Les réclamations réglementaires de première partie, tel l'arrêté du directeur, n'entraient pas dans le champ d'application de l'Indemnité de 1985.

Analysis

[26] The overriding issue in this case is the scope of the 1985 Indemnity. We would, with respect, allow Ontario's appeal substantially for the reasons of Laskin J.A. We conclude, as he did, that the motion judge made palpable and overriding errors of fact and failed to give sufficient regard to the factual matrix when interpreting the scope of the 1985 Indemnity justifying appellate intervention. We find it difficult to improve on his reasons, and would add only the following brief comments.

[27] Both Laskin J.A. and the majority at the Court of Appeal agreed that the motion judge erred when he found that the waste disposal site continues to discharge mercury into the environment. In the words of Laskin J.A.:

The motion judge's mistaken finding that discharges of mercury from the [waste disposal site] were an ongoing source of "serious environmental liability" undoubtedly drove his conclusion that these discharges could give rise to "pollution claims", and that unless the 1985 Indemnity covered first party claims, the respondents would be exposed to significant financial liability. His conclusion is wrong.

The motion judge misconstrued the purpose and effect of the [waste disposal site]. The [waste disposal site] was not a source of ongoing mercury contamination or environmental liability. Its creation would not give rise to a pollution claim. Quite the opposite. The [waste disposal site] was created and used as a solution to the mercury pollution problem, effectively as a burial site for mercury-contaminated waste. Again, there was no evidence of mercury-contaminated waste being discharged from the [waste disposal site]. Neither respondent submitted otherwise. [paras. 233-34]

[28] We agree that this erroneous factual finding was key to the motion judge's conclusion that the

Analyse

[26] La question primordiale en l'espèce concerne le champ d'application de l'Indemnité de 1985. En toute déférence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi formé par l'Ontario, essentiellement pour les motifs énoncés par le juge Laskin. Nous concluons, comme il l'a fait, que le juge des motions a commis des erreurs de fait manifestes et déterminantes et n'a pas tenu suffisamment compte du fondement factuel dans son interprétation du champ d'application de l'Indemnité de 1985, ce qui justifie une intervention en appel. Il nous paraît difficile d'améliorer ses motifs; aussi nous contenterons-nous de formuler les brèves remarques qui suivent.

[27] Le juge Laskin et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont convenu que le juge des motions s'était trompé en concluant que le lieu d'élimination des déchets continuait de rejeter du mercure dans l'environnement. Pour reprendre les propos du juge Laskin :

[TRADUCTION] La conclusion erronée du juge des motions suivant laquelle les rejets de mercure depuis le [lieu d'élimination des déchets] constituaient une source constante de « lourde responsabilité environnementale » l'a sans nul doute amené à conclure que les rejets en question pourraient donner lieu à des « réclamations pour pollution », et qu'à moins que l'Indemnité de 1985 ne s'applique aux réclamations de première partie, les intimées seraient exposées à une responsabilité financière considérable. Sa conclusion est erronée.

Le juge des motions a mal interprété l'objet et l'effet du [lieu d'élimination des déchets]. Celui-ci n'était pas une source constante de contamination par le mercure ou de responsabilité environnementale. Sa création n'était pas susceptible de donner lieu à une réclamation pour pollution. Bien au contraire. Le [lieu d'élimination des déchets] a été créé et utilisé en tant que solution au problème de pollution au mercure, c'est-à-dire, dans les faits, en tant que site d'enfouissement pour les déchets contaminés par le mercure. Encore une fois, rien ne prouvait que des déchets contaminés par le mercure étaient rejetés du [lieu d'élimination des déchets]. Aucune des intimées n'a fait valoir le contraire. [par. 233-234]

[28] Nous convenons que cette conclusion de fait erronée a joué un rôle déterminant dans la conclusion

Director's Order, which imposed maintenance and monitoring obligations, was a "Pollution Claim" within the meaning of the 1985 Indemnity.

[29] Yet, as Laskin J.A. noted, the 1985 Indemnity was a schedule to the broader Memorandum of Agreement settling the Grassy Narrows Litigation. The scope of the 1985 Indemnity was limited to the issues defined in that agreement, namely, "[t]he discharge by Reed and its predecessors of mercury and any other pollutants into the English and Wabigoon and related river systems, and the continu[ed] presence of any such pollutants discharged by Reed and its predecessors . . . in the related ecosystems" (A.R., vol. IV, at p. 140). The motion judge failed to consider this context when interpreting the scope of the 1985 Indemnity. We agree with Laskin J.A. that, properly interpreted, the 1985 Indemnity was intended to cover only proceedings arising from the discharge or continued presence of mercury *in the related ecosystems*, not those related to the mere presence of mercury contained in the waste disposal site.

[30] We also agree with Laskin J.A. that the 1985 Indemnity must be read in the context of the 1979 and 1982 Indemnities. Indeed, the 1985 Indemnity was given in partial consideration for Great Lakes and Reed releasing Ontario from its obligations under those prior indemnities. It is clear that the 1979 and 1982 Indemnities were in response to the ongoing Grassy Narrows Litigation, which involved claims brought by *third parties*, not by Ontario directly. As Laskin J.A. observed, there is no language in those indemnities that would imply Ontario intended to provide protection against the costs of regulatory compliance.

[31] Although the motion judge concluded that the addition of the phrase "statutory or otherwise" in the 1985 Indemnity expanded the scope of protection beyond that provided previously, we agree

du juge des motions selon laquelle l'arrêté du directeur, qui imposait des obligations en matière d'entretien et de surveillance, constituait une [TRADUCTION] « réclamation pour pollution » au sens de l'Indemnité de 1985.

[29] Pourtant, comme l'a souligné le juge Laskin, l'Indemnité de 1985 constituait une annexe au protocole d'entente plus large réglant le litige de Grassy Narrows. Le champ d'application de l'Indemnité de 1985 se limitait aux points en litige définis dans cette entente, à savoir : [TRADUCTION] « [l]e rejet par Reed et ses prédécesseurs de mercure et de tout autre polluant dans le réseau hydrographique English-Wabigoon, ainsi que la présence continue de ces polluants [. . .] dans les écosystèmes connexes » (d.a., vol. IV, p. 140). Le juge des motions n'a pas tenu compte de ce contexte lorsqu'il a interprété le champ d'application de l'Indemnité de 1985. Nous sommes d'accord avec le juge Laskin pour dire qu'interprétée comme il se doit, l'Indemnité de 1985 était censée s'appliquer seulement aux procédures découlant du rejet ou de la présence continue de mercure *dans les écosystèmes connexes*, et non à celles liées à la simple présence de mercure dans le lieu d'élimination des déchets.

[30] Nous souscrivons également à l'opinion du juge Laskin selon laquelle l'Indemnité de 1985 doit être interprétée à la lumière des Indemnités de 1979 et de 1982. En fait, l'Indemnité de 1985 a été accordée en contrepartie partielle du fait que Great Lakes et Reed avaient déchargé l'Ontario de ses obligations en vertu de ces précédentes indemnités. Il est clair que les Indemnités de 1979 et de 1982 ont été consenties en réponse au litige de Grassy Narrows qui était en instance, et qui concernait des réclamations présentées par des *tiers*, et non par l'Ontario directement. Comme l'a fait observer le juge Laskin, rien dans le libellé de ces indemnités ne tend à indiquer que l'Ontario avait l'intention d'offrir une protection à l'égard des frais engagés pour se conformer à la réglementation.

[31] Bien que le juge des motions ait conclu que l'ajout des mots [TRADUCTION] « prévue par la loi ou autrement » dans l'Indemnité de 1985 élargissait l'étendue de la protection au-delà de ce qui était



with Laskin J.A. that the motion judge's view of the importance of that phrase and *why* the parties entered into the 1985 Indemnity was materially affected by a palpable and overriding factual error. The motion judge found that the 1985 Indemnity was provided in consideration for commitments from Great Lakes to make significant financial investments in the Dryden plant. Given what he found to be the rationale for entering into the 1985 Indemnity, the motion judge concluded that it would be commercially absurd if Ontario could still impose remediation costs. However, Great Lakes' financial commitments were actually provided as part of the prior 1979 Indemnity. Later, Great Lakes gave no new commitments to modernize in consideration for the 1985 Indemnity. The motion judge thus premised his interpretation of the 1985 Indemnity on an incorrect factual basis — one that, as Laskin J.A. noted, led him to place too much emphasis on a change in language and misconstrue the bargain actually struck in the 1985 Indemnity.

[32] Moreover, as Laskin J.A. found, the motion judge erred by failing to consider the 1985 Indemnity as a whole when determining whether or not the Director's Order fell within its scope. Paragraphs 2 and 3 of the 1985 Indemnity are critical in this regard. Paragraph 2 provides that, in "any Pollution Claim . . . Ontario shall have the right to elect to either take carriage of the defence or to participate in the defence and/or settlement of the Pollution Claim and any proceeding relating thereto as Ontario deems appropriate" (A.R., vol. IV, at p. 190). Paragraph 3 of the 1985 Indemnity also requires the parties to cooperate with Ontario in the defence of a claim. We agree with Laskin J.A. that these clauses would be "utterly meaningless for first party claims".

[33] Indeed, the inclusion of paras. 2 and 3 in the 1985 Indemnity is completely inconsistent with the

prévu auparavant, nous sommes d'accord avec le juge Laskin pour dire que l'opinion que s'est formée le juge des motions sur l'importance de ces mots ainsi que sur les *raisons* pour lesquelles les parties ont conclu l'Indemnité de 1985 a été entachée de manière importante par une erreur de fait manifeste et déterminante. Le juge des motions a estimé que l'Indemnité de 1985 avait été accordée en contrepartie des engagements pris par Great Lakes de procéder à des investissements financiers considérables dans l'usine de Dryden. Étant donné ce qui, à son avis, constituait la raison d'être de l'Indemnité de 1985, le juge des motions a conclu qu'il serait absurde sur le plan commercial que l'Ontario puisse toujours imposer des frais de remédiation. Cependant, les engagements financiers de Great Lakes étaient en réalité prévus dans la précédente Indemnité de 1979. Par la suite, Great Lakes n'a pris aucun nouvel engagement de modernisation en contrepartie de l'Indemnité de 1985. Le juge des motions a donc fait reposer son interprétation de cette indemnité sur un fondement factuel erroné, lequel, comme l'a souligné le juge Laskin, l'a amené à accorder trop d'importance à la modification au libellé et à mal interpréter la transaction réellement intervenue dans l'Indemnité de 1985.

[32] De plus, comme l'a conclu le juge Laskin, le juge des motions a eu tort de ne pas considérer l'Indemnité de 1985 globalement au moment de déterminer si l'arrêté du directeur entrerait ou non dans son champ d'application. Les paragraphes 2 et 3 de l'Indemnité de 1985 revêtent une importance cruciale à cet égard. Le paragraphe 2 dispose que, dans [TRADUCTION] « toute réclamation pour pollution [. . .], l'Ontario a le droit de choisir d'assumer la défense ou de participer à la défense et/ou au règlement de la réclamation pour pollution et de toute procédure y afférente, selon ce qu'il estime approprié » (d.a., vol. IV, p. 190). Le paragraphe 3 de l'Indemnité de 1985 exige également des parties qu'elles collaborent avec l'Ontario à la défense d'une réclamation. Nous sommes d'accord avec le juge Laskin pour dire que ces clauses seraient [TRADUCTION] « dénuées de tout sens en ce qui a trait aux réclamations de première partie ».

[33] De fait, l'inclusion des par. 2 et 3 à l'Indemnité de 1985 est tout à fait incompatible avec l'idée

notion that para. 1 contemplates first party claims. Nothing in the 1985 Indemnity suggests that pollution claims included both first and third party claims, but that the requirements of paras. 2 and 3 would apply only to the *subset* of pollution claims brought by third parties. To the contrary, para. 2 applies in “*any* Pollution Claim” (emphasis added). The fact that the requirements of paras. 2 and 3 would be “utterly meaningless” in first party claims implies that pollution claims encompass *only* those brought by third parties. It follows that we agree with Laskin J.A. that the motion judge erred by failing to read the 1985 Indemnity as a whole. Properly interpreted, the 1985 Indemnity only applies to third party claims.

[34] In sum, we agree with Laskin J.A.’s conclusion that the 1985 Indemnity does not cover the Director’s Order and we would allow Ontario’s appeal on that basis. As a result, we find it unnecessary to address the remaining arguments raised in these appeals.

### Conclusion

[35] We would allow Ontario’s appeal and grant summary judgment in its favour, with costs throughout. Resolute and Weyerhaeuser’s appeals are dismissed.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting in part) —

### I. Overview

[36] During the 1960s, the owner of a pulp mill in Dryden, Ontario (the corporate predecessor of Reed Ltd.), stemmed the discharge of untreated mercury waste into a nearby river system by burying the waste at an adjacent disposal site. In 1979, Reed — by then the owner — sold the entire property (including the

selon laquelle le par. 1 vise les réclamations de première partie. Rien dans l’Indemnité de 1985 ne tend à indiquer que les réclamations pour pollution comprenaient aussi bien les réclamations de première partie que celles de tiers, mais que les exigences des par. 2 et 3 s’appliqueraient seulement au *sous-ensemble* des réclamations pour pollution présentées par des tiers. Au contraire, le par. 2 s’applique à « *toute* réclamation pour pollution » (italiques ajoutées). Le fait que les exigences des par. 2 et 3 soient [TRADUCTION] « dénuées de tout sens » en ce qui a trait aux réclamations de première partie signifie que les réclamations pour pollution englobent *seulement* celles présentées par des tiers. Nous sommes donc d’accord avec le juge Laskin pour dire que le juge des motions a commis une erreur en n’interprétant pas globalement l’Indemnité de 1985. Interprétée comme il se doit, cette indemnité s’applique seulement aux réclamations de tiers.

[34] En somme, nous souscrivons à la conclusion du juge Laskin selon laquelle l’Indemnité de 1985 ne s’applique pas à l’arrêté du directeur et nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de l’Ontario pour ce motif. Nous n’estimons donc pas nécessaire de traiter des autres arguments soulevés dans les présents pourvois.

### Conclusion

[35] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de l’Ontario et de rendre un jugement sommaire en sa faveur, avec dépens dans toutes les cours. Les pourvois de Résolu et de Weyerhaeuser sont rejetés.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents en partie) —

### I. Aperçu

[36] Au cours des années 1960, le propriétaire d’une usine de pâtes et papiers située à Dryden, en Ontario (la société ayant précédé Reed Ltd.), a mis fin au rejet de déchets mercuriels non traités dans un réseau hydrographique voisin en enterrant ces déchets dans un lieu d’élimination adjacent. En 1979,

waste disposal site) and the pulp and paper operation to Great Lakes Forest Products Limited. As part of a settlement of claims related to the earlier mercury waste discharge, the Province of Ontario granted an environmental liability indemnity to both Reed and Great Lakes (the “Ontario Indemnity”). This indemnity was to inure to the benefit of those corporations’ successors and assigns.

[37] Our reasons address three appeals. At issue in the appeal brought by the Province is whether the scope of the Ontario Indemnity covers the costs of compliance with first party regulatory orders, including those made under legislation enacted after the execution of the agreement. The appeals brought by Weyerhaeuser Company Limited and Resolute FP Canada Inc. go to whether either or both of those corporations can benefit from the Ontario Indemnity as successors and assigns of Great Lakes.

[38] These appeals also present an opportunity for this Court to apply the principles of contractual interpretation articulated in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, and *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, to a series of complex commercial arrangements. The Province’s appeal also invites us to consider the doctrine of fettering as it applies to the legislature’s law-making powers.

[39] For the reasons that follow, we would dismiss the appeals brought by the Province and Weyerhaeuser, and allow the appeal brought by Resolute.

## II. Factual Background

### A. *Mercury Contamination of the English and Wabigoon Rivers in the 1960s and 1970s*

[40] During the 1960s and 1970s, Dryden Chemicals Limited and Dryden Paper Company Limited operated

Reed — alors propriétaire — a vendu l’ensemble de la propriété (y compris le lieu d’élimination des déchets) ainsi que l’exploitation de pâtes et papiers à Great Lakes Forest Products Limited. Dans le cadre d’un règlement des réclamations liées au rejet des déchets mercuriels, la province d’Ontario a accordé à Reed et à Great Lakes une indemnité au titre de la responsabilité environnementale (l’« Indemnité de l’Ontario »). Cette indemnité devait bénéficier aux successeurs et ayants droit de ces sociétés.

[37] Les présents motifs visent trois pourvois. Dans le pourvoi interjeté par la province, nous sommes appelés à déterminer si l’Indemnité de l’Ontario couvre les frais engagés pour se conformer aux ordonnances réglementaires de première partie, y compris celles prises en vertu d’une loi adoptée après la signature de l’entente. Les pourvois interjetés par la Compagnie Weyerhaeuser Limitée et Produits forestiers Résolu se rapportent à la question de savoir si l’une ou l’autre des sociétés, ou les deux, peuvent bénéficier de l’Indemnité de l’Ontario à titre de successeurs et ayants droit de Great Lakes.

[38] Les présents pourvois offrent aussi à notre Cour l’occasion d’appliquer les principes d’interprétation contractuelle énoncés dans les arrêts *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, à un ensemble d’ententes commerciales complexes. Dans le pourvoi interjeté par la province, nous sommes aussi invités à nous pencher sur l’application de la doctrine de l’entrave aux pouvoirs de légiférer de la législature.

[39] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de rejeter les pourvois interjetés par la province et Weyerhaeuser, et d’accueillir celui de Résolu.

## II. Contexte factuel

### A. *La contamination par le mercure des rivières English et Wabigoon dans les années 1960 et 1970*

[40] Au cours des années 1960 et 1970, Dryden Chemicals Limited et Dryden Paper Company Limited

a mercury cathode chlor-alkali plant and a pulp and paper mill, respectively, on property located in Dryden (the “Dryden Property”). Together, their operations produced various pollutants, including untreated mercury waste, which they released into the nearby English and Wabigoon rivers, harming the health and industry of those nearby, including members of the Grassy Narrows and Islington First Nations. To dispose of these environmental contaminants, Dryden Paper constructed a waste disposal site on the Dryden Property in 1971. Since 1977, the waste disposal site has been subject to compliance requirements imposed by the Province.

[41] In 1976, Dryden Paper and Dryden Chemicals amalgamated to form Reed.

[42] In 1977, the Grassy Narrows and Islington First Nations sued Reed, Dryden Paper and Dryden Chemicals for damage they say was caused by the contamination of the rivers (the “Grassy Narrows Litigation”).

B. *The Sale of the Dryden Property to Great Lakes in 1979*

[43] In 1979, Reed entered into negotiations to sell the operations at the Dryden Property to Great Lakes. Great Lakes was reluctant to proceed with the purchase, however, due to potential liabilities relating to the mercury contamination, including the Grassy Narrows Litigation. At the same time, the Province was anxious to see a successful sale, to ensure the continuing viability of Dryden’s local economy. It therefore agreed to indemnify both Reed and Great Lakes for any environmental damages caused by Reed in excess of \$15 million (the “1979 Indemnity”). In exchange, Great Lakes and Reed agreed to spend around \$200 million to modernize and expand the pulp mill. The terms of this agreement were set out in a letter dated November 6, 1979, from the Treasurer of Ontario to the President of Great Lakes. The relevant portion of this letter reads as follows:

The continued viability of the Dryden facilities and the undertaking of major modernization expenditures with

ont exploité, respectivement, une usine de chlore et de soude caustique utilisant le procédé à cathode de mercure et une usine de pâtes et papiers sur une propriété située à Dryden (la « propriété de Dryden »). Ensemble, elles ont produit divers polluants, dont des déchets mercuriels non traités, qu’elles ont rejeté dans les rivières English et Wabigoon situées à proximité, nuisant à la santé et aux entreprises de la population environnante, y compris des membres des Premières Nations de Grassy Narrows et d’Islington. Pour éliminer ces contaminants environnementaux, Dryden Paper a, en 1971, construit un lieu d’élimination des déchets sur la propriété de Dryden. Depuis 1977, ce site est assujéti à des exigences provinciales en matière de conformité.

[41] En 1976, Dryden Paper et Dryden Chemicals ont fusionné pour former Reed.

[42] En 1977, les Premières Nations de Grassy Narrows et d’Islington ont poursuivi Reed, Dryden Paper et Dryden Chemicals pour le préjudice que leur avait causé, selon elles, la contamination des rivières (le « litige de Grassy Narrows »).

B. *La vente de la propriété de Dryden à Great Lakes en 1979*

[43] En 1979, Reed a entamé des négociations en vue de vendre à Great Lakes ses opérations sur la propriété de Dryden. Great Lakes était toutefois réticente à procéder à cet achat en raison des responsabilités susceptibles de découler de la contamination par le mercure, dont celles en cause dans le litige de Grassy Narrows. Par ailleurs, la province tenait à ce que la vente se conclue afin d’assurer la viabilité économique locale de Dryden. La province a donc convenu d’indemniser Reed et Great Lakes pour tout dommage environnemental causé par Reed excédant 15 millions de dollars (l’« Indemnité de 1979 »). En retour, Great Lakes et Reed ont accepté de dépenser environ 200 millions de dollars pour la modernisation et l’agrandissement de l’usine de pâtes et papiers. Les modalités de cette entente ont été énoncées dans une lettre datée du 6 novembre 1979 du trésorier de l’Ontario au président de Great Lakes. Voici le passage pertinent de la lettre en question :

[TRADUCTION] La viabilité des installations de Dryden et l’engagement de dépenses majeures pour leur

respect to them are of considerable importance to the people of this Province. The substantial and beneficial employment and economic effects that the operation of a modernized facility will have on the population and economy of Dryden is of real significance.

In the event that Great Lakes negotiations with the Reed group of companies are successful then in the event that Great Lakes is required to pay any monies as a result of any final decision of a court against Great Lakes, Reed Ltd. or any other person prior to the year 2010 in respect of pollution caused by Reed Ltd. or any of its predecessor companies in the Dryden area prior to the date upon which Great Lakes acquires the assets and undertaking of the Dryden complex of Reed Ltd. or in the event that any settlement with any claimant is made the amount of which settlement has been approved by the Attorney General of Ontario, I have been authorized by the Executive Council of Ontario to advise you that I will make a Recommendation to the Executive Council of Ontario that the Government of Ontario take effective steps to ensure that Great Lakes Forest Products Limited will not be required to pay any monies in excess of the maximum amount of \$15 million referred to in paragraph 2 of this letter, provided that over the next three to four years Great Lakes expends in the order of \$200 million for the modernization and expansion of the Dryden facilities.

(A.R., vol. IV, at pp. 135-36)

[44] Great Lakes purchased the pulp mill in December 1979 by way of an asset purchase agreement (the “1979 Dryden Agreement”). That agreement addressed, among other things, environmental responsibilities respecting the Dryden Property. In particular, clause 5.3 of the 1979 Dryden Agreement created a regime for the sharing of costs arising from pollution claims, pursuant to which Reed and Great Lakes were to share the costs of environmental liabilities up to \$15 million, leaving Great Lakes exclusively responsible for anything exceeding that amount. Clause 11.4 carves out of this regime the costs of compliance with a control order that the Province had issued in 1979 (the “Control Order”), making Great Lakes solely responsible for those costs.

modernisation revêtent une importance considérable pour les gens de cette province. Les effets bénéfiques marqués qu’aura l’exploitation d’une installation modernisée sur l’emploi et l’économie de Dryden sont d’une grande importance.

Si les négociations entre Great Lakes et le groupe d’entreprises Reed aboutissent, et que Great Lakes est tenue de verser une quelconque somme d’argent par suite d’une décision judiciaire définitive rendue avant 2010 contre Great Lakes, Reed Ltd. ou toute autre personne relativement à la pollution causée par Reed Ltd. ou l’une des sociétés qui l’ont précédée dans la région de Dryden avant la date d’acquisition par Great Lakes des actifs et de l’entreprise du complexe de Reed Ltd. situé à Dryden, ou qu’un règlement est conclu avec un demandeur, règlement dont le montant aura été approuvé par le procureur général de l’Ontario, j’ai été autorisé par le Conseil exécutif de l’Ontario à vous aviser que je recommanderai au Conseil exécutif de l’Ontario de faire en sorte que le gouvernement de l’Ontario prenne les mesures nécessaires pour que Great Lakes Forest Products Limited ne soit pas tenue de verser une somme qui dépasse le montant maximal de 15 millions de dollars dont il est question au paragraphe 2 de la présente lettre, pourvu que Great Lakes consacre une somme de l’ordre de 200 millions de dollars à la modernisation et à l’agrandissement des installations de Dryden au cours des trois ou quatre prochaines années.

(d.a., vol. IV, p. 135-136)

[44] Great Lakes a acheté l’usine de pâtes et papiers en décembre 1979 aux termes d’une convention d’achat d’actifs (la « convention de Dryden de 1979 »). Cette convention portait entre autres sur les responsabilités environnementales relatives à la propriété de Dryden. Plus particulièrement, la clause 5.3 de la convention créait un régime de partage des frais découlant des réclamations pour pollution, en vertu duquel Reed et Great Lakes devaient partager les frais liés aux responsabilités environnementales jusqu’à concurrence de 15 millions de dollars, laissant ainsi à Great Lakes l’entière responsabilité de tous les frais excédant ce montant. La clause 11.4 excluait de ce régime les frais engagés pour se conformer à un arrêté d’intervention pris par la province en 1979 (l’« arrêté d’intervention »), de sorte que Great Lakes en assumait seule la responsabilité.



C. *The Settlement of the Grassy Narrows Litigation in 1985*

[45] The Governments of Canada and Ontario initiated a mediation process with the Islington and Grassy Narrows First Nations to address the problems regarding the mercury contamination and to settle the Grassy Narrows Litigation. Great Lakes was reluctant to participate in any such settlement without releases from liability in relation to the mercury pollution caused by Reed and its predecessors. To overcome this impasse, Ontario's Provincial Secretary for Resources Development, the Honourable R. H. Ramsay, wrote to Great Lakes on January 28, 1982 (the "1982 Ramsay Letter"), stating that the Province would indemnify Great Lakes against any claims related to mercury pollution:

The purpose of this letter is to facilitate a settlement of the current negotiations . . . .

The Government of Ontario recognizes the distinct advantage of the Indian people obtaining a settlement in the very near future. Accordingly, the Government is prepared to indemnify Great Lakes Forest Products Limited against any claims related to mercury pollution such that the Company's total payments to all claimants in respect of damages awarded by any court or for any settlement approved by the Attorney General of Ontario attributable to the operations of Reed Paper Ltd. or any of its predecessor companies in the Dryden area will be limited to \$15 million. The Government of Ontario will assume responsibility for any damages awarded by any court or for any settlement approved by the Attorney General of Ontario, after \$15 million has been paid by the Great Lakes Forest Products Limited, Reed Ltd., Reed International Ltd., Dryden Chemicals Ltd. and Dryden Paper Co. Ltd. in connection with the above mentioned mercury pollution claims. Such claims include personal injury, property damage and economic claims of any claimants, including adults, minors and those yet unborn, related to mercury pollution.

C. *Le règlement du litige de Grassy Narrows en 1985*

[45] Les gouvernements du Canada et de l'Ontario ont amorcé un processus de médiation avec les Premières Nations d'Islington et de Grassy Narrows dans le but de résoudre les problèmes liés à la contamination par le mercure et de régler le litige de Grassy Narrows. Great Lakes était réticente à l'idée de participer à un règlement de litige de ce genre sans avoir obtenu de décharges de responsabilité pour la pollution au mercure causée par Reed et ses prédécesseurs. Pour sortir de cette impasse, le secrétaire provincial du Développement des ressources de l'Ontario, l'honorable R. H. Ramsay, a écrit à Great Lakes le 28 janvier 1982 (la « lettre de 1982 de Ramsay ») pour l'informer que la province l'indemniserait pour toute réclamation relative à la pollution au mercure :

[TRADUCTION] La présente lettre vise à faciliter le dénouement des négociations en cours . . .

Le gouvernement de l'Ontario reconnaît que le fait de parvenir à un règlement dans un avenir très rapproché représente un net avantage pour les peuples autochtones. Par conséquent, le gouvernement est prêt à indemniser Great Lakes Forest Products Limited pour toute réclamation relative à la pollution au mercure de sorte que le total des sommes versées par l'entreprise à titre de dommages-intérêts octroyés par un tribunal ou versées par l'entreprise dans le cadre d'un règlement approuvé par le procureur général de l'Ontario pour des dommages imputables aux activités de Reed Paper Ltd. ou de l'une des sociétés l'ayant précédée dans la région de Dryden sera limité à 15 millions de dollars. Le gouvernement de l'Ontario assumera la responsabilité de toute somme accordée à titre de dommages-intérêts par un tribunal ou de tout règlement approuvé par le procureur général de l'Ontario une fois que les 15 millions de dollars auront été payés par Great Lakes Forest Products Limited, Reed Ltd., Reed International Ltd., Dryden Chemicals Ltd. et Dryden Paper Co. Ltd. en ce qui touche les réclamations relatives à la pollution au mercure dont il est question précédemment. Ces réclamations incluent les réclamations relatives à la pollution au mercure fondées sur des dommages corporels, des dommages matériels et des pertes économiques, peu importe le demandeur, qu'il s'agisse d'un adulte, d'un mineur ou d'un enfant à naître.

It must be understood that any legal proceedings which could result in the Government of Ontario becoming liable to make payments pursuant to this undertaking must be brought to the attention of the Government of Ontario immediately upon such proceedings being launched, and the Government of Ontario shall have the right either to take carriage of or to participate in the defence and/or settlement of the litigation. Failure to give such notification or to allow the Government of Ontario to either take carriage of or to participate in the defence and/or settlement of the litigation will preclude the making of any payments by the Province with regard to the action in question.

(A.R., vol. III, at pp. 175-76)

[46] The Grassy Narrows Litigation was settled on terms formalized in a Memorandum of Agreement (the “Settlement Agreement”) executed on November 22, 1985, by Canada, the Province, the Grassy Narrows and Islington First Nations, Reed, and Great Lakes. Its terms were approved by the Supreme Court of Ontario in 1986 (*Mandamin v. Reed Ltd.*, No. 14716/77, June 26, 1986), and were given effect by both Parliament and the Ontario Legislature (*Grassy Narrows and Islington Indian Bands Mercury Pollution Claims Settlement Act*, S.C. 1986, c. 23; *English and Wabigoon River Systems Mercury Contamination Settlement Agreement Act*, 1986, S.O. 1986, c. 23).

[47] The Settlement Agreement provides that “[t]he parties agree, without admission of liability by any party and subject to the terms of this Agreement, that the settlement is to settle all claims and causes of action, past, present and future, arising out of the issues” (A.R., vol. IV, at p. 141 (emphasis added)). The “issues” were defined in the recitals as follows:

The discharge by Reed and its predecessors of mercury and any other pollutants into the English and Wabigoon and related river systems, and the continuing presence of any such pollutants discharged by Reed and its predecessors, including the continuing but now diminishing presence of methylmercury in the related ecosystems since its initial identification in 1969, and governmental actions taken in consequence thereof, may have had and may continue to have effects and raise concerns in respect of the

Il est entendu que toute procédure judiciaire à l’issue de laquelle le gouvernement de l’Ontario pourrait être tenu de verser des sommes d’argent conformément à cet engagement doit être portée à l’attention dudit gouvernement dès qu’elle est introduite et celui-ci a le droit d’assumer la défense ou de participer à la défense et/ou au règlement du litige. Le fait de ne pas donner cet avis ou de ne pas permettre au gouvernement de l’Ontario d’assumer la défense ou de participer à la défense et/ou au règlement du litige fera obstacle au versement par la province de toute somme d’argent en ce qui concerne l’action en question.

(d.a., vol. III, p. 175-176)

[46] Le litige de Grassy Narrows fut réglé suivant des modalités officialisées dans un protocole d’entente (la « Convention de règlement ») signé le 22 novembre 1985 par le Canada, la province, les Premières Nations de Grassy Narrows et d’Islington, Reed et Great Lakes. Ces modalités furent approuvées par la Cour suprême de l’Ontario en 1986 (*Mandamin c. Reed Ltd.*, n° 14716/77, 26 juin 1986), et furent mises en œuvre par le Parlement et par la législature ontarienne (*Loi sur le règlement des revendications des bandes indiennes de Grassy Narrows et d’Islington (pollution par le mercure)*, L.C. 1986, c. 23; *Loi de 1986 sur la convention de règlement relative à la contamination par le mercure du réseau hydrographique English-Wabigoon*, L.O. 1986, c. 23).

[47] La Convention de règlement prévoit que [TRA-DUCTION] « [l]es parties conviennent, sans pour autant admettre leur responsabilité et sous réserve des modalités de la présente convention, que le règlement vise à régler toute réclamation et tout droit d’action, passés, présents et futurs, découlant des points en litige » (d.a., vol. IV, p. 141 (nous soulignons)). Les « points en litige » sont définis comme suit dans les attendus :

[TRADUCTION] Le rejet par Reed et ses prédécesseurs de mercure et de tout autre polluant dans le réseau hydrographique English-Wabigoon, ainsi que la présence continue de ces polluants, ce qui inclut la présence continue mais en voie de diminution de mercure méthylé dans les écosystèmes connexes depuis qu’on a constaté sa présence en 1969, et les mesures gouvernementales prises à cet égard, peuvent avoir eu des incidences et continuer d’en avoir et de soulever des préoccupations en ce qui concerne

social and economic circumstances and the health of the present and future members of the Bands (“the issues”).

(A.R., vol. IV, at p. 140)

[48] The Settlement Agreement also required the Province to indemnify Great Lakes and Reed “in respect of the issues” (para. 2.4(a)), which led to the Ontario Indemnity (A.R., vol. IV, at p. 6). That indemnity was incorporated into Schedule F of the Settlement Agreement. In return, Great Lakes and Reed released the Province from any obligations under the 1979 Indemnity and the 1982 Ramsay Letter (para. 2.4(b); A.R., vol. IV, at p. 6).

[49] Paragraph 1 of the Ontario Indemnity — the meaning of which lies at the heart of this appeal — reads, in part, as follows:

Ontario hereby covenants and agrees to indemnify Great Lakes, Reed, International and any company which was at the Closing Date [December 17, 1979] a subsidiary or affiliate company (whether directly or indirectly) of International, harmless from and against any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred by any of them after the date hereof as a result of any claim, action or proceeding, whether statutory or otherwise, existing at December 17, 1979 or which may arise or be asserted thereafter (including those arising or asserted after the date of this agreement), whether by individuals, firms, companies, governments (including the Federal Government of Canada and any province or municipality thereof or any agency, body or authority created by statutory or other authority) or any group or groups of the foregoing, because of or relating to any damage, loss, event or circumstances, caused or alleged to be caused by or with respect to, either in whole or in part, the discharge or escape or presence of any pollutant by Reed or its predecessors, including mercury or any other substance, from or in the plant or plants or lands or premises forming part of the Dryden assets sold by Reed Ltd. to Great Lakes under the [1979] Dryden Agreement (hereinafter referred to as “Pollution Claims”).

(A.R., vol. IV, at pp. 189-90)

la conjoncture économique et sociale ainsi que la santé des membres actuels et futurs des bandes en question (« les points en litige »).

(d.a., vol. IV, p. 140)

[48] Aux termes de la Convention de règlement, la province devait aussi indemniser Great Lakes et Reed [TRADUCTION] « à l’égard des points en litige » (par. 2.4(a)), ce qui a mené à l’Indemnité de l’Ontario (d.a., vol. IV, p. 6). Cette indemnité a été incorporée à l’annexe F de la Convention de règlement. En retour, Great Lakes et Reed ont libéré la province de toutes les obligations découlant de l’Indemnité de 1979 et de la lettre de 1982 de Ramsay (par. 2.4(b); d.a., vol. IV, p. 6).

[49] Le paragraphe 1 de l’Indemnité de l’Ontario — dont le sens est au cœur du présent pourvoi — est, en partie, ainsi libellé :

[TRADUCTION] L’Ontario s’engage et consent à tenir Great Lakes, Reed, International et toute société qui, à la date de clôture [soit le 17 décembre 1979], était (directement ou indirectement) une filiale ou une société affiliée d’International, à couvert de l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner pour l’une ou l’autre d’entre elles, après la date des présentes, toute réclamation, action ou procédure, qu’elle soit prévue par loi ou autrement, qui existait au 17 décembre 1979 ou qui était susceptible de prendre naissance ou d’être présentée par la suite (y compris celles ayant pris naissance ou ayant été présentées après la date des présentes), par des particuliers, des firmes, des sociétés, des gouvernements (y compris le gouvernement fédéral du Canada et toute province ou municipalité du Canada, ou tout organisme ou autorité créé en vertu d’un pouvoir légal, ou d’un autre pouvoir) ou un ou plusieurs groupes de ceux-ci, du fait ou à l’égard des dommages, pertes, événements ou circonstances dus ou présumés dus ou en ce qui a trait, en tout ou en partie, au rejet ou à la fuite de polluants, notamment le mercure ou toute autre substance, par Reed ou ses prédécesseurs, à partir des usines, des terrains ou des lieux faisant partie des actifs de Dryden que Reed Ltd. a vendus à Great Lakes en vertu de la convention de Dryden [de 1979], ou encore à la présence de tels polluants dans ces usines, terrains ou lieux (ci-après appelées les « réclamations pour pollution »).

(d.a., vol. IV, p. 189-190)

[50] Paragraph 2 of the Ontario Indemnity requires the party seeking indemnification to promptly notify the Province of the receipt of any notice of “Pollution Claims” (defined in para. 1), and gives the Province the right either to take carriage of the defence, or to participate in the pollution claim’s defence and settlement; para. 3 requires Great Lakes to cooperate with the Province in the investigation, defence and settlement of a pollution claim; para. 4 states that the indemnity shall be valid without limitation as to time; and para. 6 provides that the indemnity enures to the benefit of the parties’ respective successors and assigns. That provision reads as follows:

The indemnity shall be binding upon and enure to the benefit of the respective successors and assigns of Ontario, Reed, International and Great Lakes, provided however that Ontario shall not be entitled to assign this indemnity without the prior written consent of the other parties hereto.

(A.R., vol. IV, at pp. 191-92)

[51] Great Lakes provided an indemnity to Reed in respect of environmental liabilities contemporaneously, as part of the Settlement Agreement. The parties contemplated that these two indemnities (this indemnity and the Ontario Indemnity) would operate in tandem; to the extent that Reed claimed on its indemnity against Great Lakes, Great Lakes would be indemnified under the Ontario Indemnity. This linkage was expressly recognized in the closing words of para. 1 of the Ontario Indemnity:

It is hereby expressly acknowledged and agreed that in respect of Ontario’s covenant and agreement hereunder to indemnify Great Lakes that the term “Pollution Claims” shall include any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred by Great Lakes as a result of any claim, action or proceeding resulting from or in connection with the indemnity agreement of even date herewith made between Great Lakes, Reed and International.

(A.R., vol. IV, at p. 190)

[50] Le paragraphe 2 de l’Indemnité de l’Ontario oblige la partie qui demande une indemnisation à aviser rapidement la province de la réception d’un avis de « réclamations pour pollution » (définies au par. 1), et donne à la province le droit d’assumer la défense, ou encore de participer à la défense et au règlement de la réclamation pour pollution. Aux termes du par. 3, Great Lakes doit collaborer avec la province à l’enquête, à la défense et au règlement d’une réclamation pour pollution. Le paragraphe 4 précise que l’indemnité n’est assujettie à aucune limite de temps, et le par. 6 prévoit que l’indemnité bénéficie aux successeurs et ayants droit respectifs des parties. Cette disposition est ainsi libellée :

[TRADUCTION] L’indemnité lie les successeurs et ayants droit respectifs de l’Ontario, de Reed, d’International et de Great Lakes et bénéficie à ceux-ci, à condition toutefois que l’Ontario ne soit pas autorisé à céder l’indemnité sans le consentement préalable écrit des autres parties.

(d.a., vol. IV, p. 191-192)

[51] En même temps, dans le cadre de la Convention de règlement, Great Lakes accordait une indemnité à Reed pour ses responsabilités environnementales. Les parties envisageaient que ces deux indemnités (cette indemnité et celle de l’Ontario) s’appliqueraient de concert; si Reed demandait à Great Lakes de l’indemniser, Great Lakes serait indemnisée en vertu de l’Indemnité de l’Ontario. Ce lien a été expressément reconnu à la toute fin du par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario :

[TRADUCTION] Il est expressément reconnu et convenu par les présentes qu’en ce qui concerne l’engagement et le consentement de l’Ontario à indemniser Great Lakes, l’expression « réclamations pour pollution » comprend l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner pour Great Lakes toute réclamation, action ou procédure qui découle de l’entente d’indemnisation conclue à la même date que les présentes entre Great Lakes, Reed et International, ou qui y est liée.

(d.a., vol. IV, p. 190)

[52] After the parties executed the Settlement Agreement but before they signed the Ontario Indemnity, the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141, was amended to confer a statutory right of action on the Province and third parties against certain polluters. The amendments arose out of *An Act to amend The Environmental Protection Act, 1971*, S.O. 1979, c. 91, also known as the “Spills Bill”. Although the Spills Bill never came into force, elements of it were incorporated into the 1980 *Environmental Protection Act*. The relevant provisions came into force in November 1985. For convenience, those amendments will be referred to as the “Spills Bill”.

D. *The Changes in Corporate Status Between 1985 and 1998*

[53] Reed subsequently amalgamated with other corporations, and its successor corporation was dissolved in 1993. For its part, Great Lakes became Bowater Pulp and Paper Canada Inc. in July 1998.

E. *Weyerhaeuser’s Purchase of the Dryden Property in 1998*

[54] On September 30, 1998, Weyerhaeuser bought the Dryden Property from Bowater, along with certain assets used in the pulp and paper operation. This sale was recorded in the “1998 Asset Purchase Agreement”. Because of possible environmental liabilities associated with the waste disposal site, Weyerhaeuser initially sought to exclude the parcel of land on which it was constructed from the transaction, and Bowater agreed to this. This parcel could not be severed from the property before the closing date, however, and the deal was therefore restructured such that Bowater conveyed title to the entire Dryden Property — including the waste disposal site — to Weyerhaeuser. Weyerhaeuser then immediately leased the waste disposal site back to Bowater. Once title to the waste disposal site was severed from the rest of the Dryden Property, it was to be transferred back to Bowater.

[52] Après que les parties eurent signé la Convention de règlement, mais avant qu’elles signent l’Indemnité de l’Ontario, la *Loi sur la protection de l’environnement*, L.R.O. 1980, c. 141, a été modifiée afin de conférer à la province et aux tiers un droit d’action contre certains pollueurs. Les modifications découlaient d’une loi intitulée *An Act to amend The Environmental Protection Act, 1971*, S.O. 1979, c. 91, et étaient également connues sous le nom de « loi sur les déversements ». Bien que la loi sur les déversements ne soit jamais entrée en vigueur, certains de ses éléments ont été incorporés dans la *Loi sur la protection de l’environnement* de 1980. Les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur en novembre 1985. Par souci de commodité, ces modifications seront appelées « loi sur les déversements » dans les présents motifs.

D. *Les modifications apportées au statut de la société entre 1985 et 1998*

[53] Reed a subséquemment fusionné avec d’autres sociétés et la société qui lui a succédé a été dissoute en 1993. Pour sa part, Great Lakes est devenue Bowater Pâtes et papiers Canada Inc. en juillet 1998.

E. *L’achat par Weyerhaeuser de la propriété de Dryden en 1998*

[54] Le 30 septembre 1998, Weyerhaeuser a acheté de Bowater la propriété de Dryden ainsi que certains actifs utilisés dans l’exploitation de pâtes et papiers. Cette vente a été constatée dans la « convention d’achat d’actifs de 1998 ». En raison des responsabilités environnementales pouvant être associées au lieu d’élimination des déchets, Weyerhaeuser a voulu au départ exclure de l’opération la parcelle de terrain sur laquelle se trouvait le lieu en question, ce à quoi Bowater a consenti. Cette parcelle ne pouvait cependant pas être séparée de la propriété avant la date de clôture; l’accord a donc été restructuré de telle sorte que Bowater a transféré le titre de l’ensemble de la propriété de Dryden — y compris le lieu d’élimination des déchets — à Weyerhaeuser, et cette dernière a ensuite immédiatement loué ce site à Bowater. Une fois le titre du lieu d’élimination des déchets séparé du reste de la propriété de Dryden, ce lieu devait être rétrocédé à Bowater.



[55] The lease agreement between Bowater and Weyerhaeuser in respect of the waste disposal site (the “Lease Agreement”) required Bowater to indemnify Weyerhaeuser for, among other things, “the presence or release of mercury and any other contaminant, substance or waste on or in the Lands” (A.R., vol. V, at p. 126). This indemnity was to survive the term of the lease.

[56] Bowater and Weyerhaeuser acknowledged that they had entered into the Lease Agreement “solely as an interim agreement pending severance approval under the *Planning Act*”, at which time title to the waste disposal site was to be transferred back to Bowater (*ibid.*, at p. 123). Approval of the severance was obtained around two years later, and Weyerhaeuser re-conveyed the waste disposal site to Bowater on August 25, 2000.

[57] In 2007, Weyerhaeuser sold the Dryden pulp mill to Domtar Inc.

#### F. *Bowater’s Corporate Restructuring*

[58] In April 2009, Bowater (which by then had become Bowater Canadian Forest Products Inc.) and a number of related companies filed for creditor protection under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). At this point, Bowater still owned the waste disposal site. As part of the CCAA proceedings, Bowater was granted an order authorizing it to transfer the waste disposal site to 4513541 Canada Inc. in October 2010. Several months later, 4513541 Canada Inc.’s receiver obtained court approval to abandon the waste disposal site, with no associated liability.

[59] In 2012, Bowater became Resolute FP Canada Inc.

#### G. *The 2011 Director’s Order*

[60] On August 25, 2011, the Province, through its Ministry of the Environment, issued a Director’s

[55] Aux termes de la convention de bail conclue entre Bowater et Weyerhaeuser relativement au lieu d’élimination des déchets (la « Convention de bail »), Bowater devait entre autres indemniser Weyerhaeuser pour [TRADUCTION] « la présence ou le rejet de mercure et de tout autre contaminant, substance ou déchet sur ou dans les terres » (d.a., vol. V, p. 126). Cette clause d’indemnisation devait continuer de s’appliquer après la fin du bail.

[56] Bowater et Weyerhaeuser ont reconnu que la Convention de bail n’était [TRADUCTION] « qu’une entente provisoire en attendant que la séparation soit approuvée en vertu de la *Loi sur l’aménagement du territoire* », après quoi le titre du lieu d’élimination des déchets devait être rétrocédé à Bowater (*ibid.*, p. 123). La séparation a été approuvée environ deux ans plus tard et Weyerhaeuser a rétrocédé le lieu d’élimination des déchets à Bowater le 25 août 2000.

[57] En 2007, Weyerhaeuser a vendu l’usine de pâtes et papiers de Dryden à Domtar Inc.

#### F. *La restructuration de la société Bowater*

[58] En avril 2009, Bowater (qui était alors devenue Bowater Produits forestiers du Canada Inc.) et un certain nombre de sociétés affiliées déposaient une demande de protection contre les créanciers en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »). Bowater était alors toujours propriétaire du lieu d’élimination des déchets. Dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC, Bowater a obtenu, en octobre 2010, une ordonnance l’autorisant à transférer le lieu d’élimination des déchets à 4513541 Canada Inc. Plusieurs mois plus tard, le séquestre de 4513541 Canada Inc. a obtenu du tribunal l’autorisation d’abandonner le lieu d’élimination des déchets, sans aucune responsabilité.

[59] En 2012, Bowater est devenue Produits forestiers Résolu.

#### G. *L’arrêté du directeur de 2011*

[60] Le 25 août 2011, la province, par l’entremise de son ministère de l’Environnement, a délivré

Order against 4513541 Canada Inc., Weyerhaeuser, Bowater, and several of Bowater's directors, requiring them:

... to repair certain site erosion, perform specified ground-water and surface water testing, and file annual reports containing specified information; (ii) to deliver to the [Ministry of the Environment] the sum of \$273,063 as financial assurance in respect of the [Waste Disposal Site]; and (iii) to "take all reasonable measures to ensure that any discharge of a contaminant to the natural environment is prevented and any adverse effect that may result from such a discharge is dealt with according to all legal requirements."

(C.A. reasons, at para. 50, citing the Director's Order, A.R., vol. IV, at p. 27.)

Paragraph 3.1 of the Director's Order described these requirements as "minimum requirements only", adding that their discharge would not relieve the named parties from "complying with any other applicable Order, Statute or Regulation", or from "obtaining any approvals or consents not specified in [the Director's] Order" (A.R., vol. IV, at p. 28).

[61] The Director's Order was issued under the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19. That statute had been amended in 1990 to empower the Director to impose certain obligations upon former owners and those who previously held management or control of a given undertaking or property (see *Environmental Protection Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 18, ss. 18(1) and 21 to 23).

[62] Both Weyerhaeuser and Resolute appealed the Director's Order to the Environmental Review Tribunal. The Province says that these appeals are in abeyance. Weyerhaeuser also filed a proof of claim in Bowater's CCAA proceedings (which were still ongoing at the time) for indemnification under the Lease Agreement for the present value of the work required by the Director's Order and estimated legal costs, amounting to approximately \$373,063. In settlement of its claim, Weyerhaeuser received shares in a company that emerged from

un arrêté du directeur contre 4513541 Canada Inc., Weyerhaeuser, Bowater et plusieurs administrateurs de Bowater, les obligeant à faire ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . réparer une certaine érosion du site, effectuer une analyse déterminée d'eaux souterraines et d'eaux de surface, et déposer des rapports annuels contenant des renseignements déterminés; (ii) remettre au [ministère de l'Environnement] la somme de 273 063 \$ à titre de garantie financière pour le [lieu d'élimination des déchets]; et (iii) « prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter le rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel et pour remédier aux conséquences préjudiciables pouvant résulter d'un tel rejet conformément à toutes les exigences légales. »

(Motifs de la C.A., par. 50, citant l'arrêté du directeur, d.a., vol. IV, p. 27.)

Aux termes du par. 3.1 de l'arrêté du directeur, ces exigences étaient [TRADUCTION] « des exigences minimales seulement » et le fait d'y satisfaire ne dispensait pas les parties désignées de « se conformer aux autres arrêtés, lois ou règlements applicables » ou d'« obtenir les approbations ou consentements non mentionnés dans [l'] arrêté [du directeur] » (d.a., vol. IV, p. 28).

[61] L'arrêté du directeur a été pris en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19. Cette loi avait été modifiée en 1990 afin d'autoriser le directeur à imposer certaines obligations aux anciens propriétaires d'une entreprise ou d'un bien et aux personnes qui, antérieurement, en assuraient la gestion ou en avaient le contrôle (voir *Environmental Protection Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 18, par. 18(1) et art. 21 à 23).

[62] Weyerhaeuser et Résolu ont interjeté appel de l'arrêté du directeur auprès du Tribunal de l'environnement. La province affirme que ces appels sont présentement suspendus. Weyerhaeuser a également déposé, dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC introduite par Bowater (qui était toujours en cours à l'époque), une preuve de réclamation en vue d'être indemnisée, en vertu de la Convention de bail, pour la valeur actuelle des travaux exigés par l'arrêté du directeur et les frais juridiques estimés, soit environ 373 063 \$. En règlement de sa réclamation,

CCAA protection, which shares were subsequently sold in May 2015.

### III. Proceedings Below

[63] Shortly after being served with the Director’s Order, counsel for Weyerhaeuser provided notice thereof to Ontario’s Ministry of the Attorney General, invoking paras. 2 and 6 of the Ontario Indemnity, and claiming indemnity as a successor and assignee of Great Lakes. In response, the Attorney General denied that the costs of complying with the Director’s Order fell within the scope of the Ontario Indemnity. Weyerhaeuser sued the Province for an order declaring that it is entitled to be indemnified under the terms of the Ontario Indemnity “for the costs that it has incurred and may incur as a result of [the] Director’s Order made effective on September 6, 2011” (A.R., vol. II, at p. 3). Resolute was granted leave to intervene as a party to that proceeding.

#### A. *Decision of the Ontario Superior Court of Justice, 2016 ONSC 4652, 60 B.L.R. (5th) 237*

[64] All parties brought various motions for summary judgment before the Ontario Superior Court of Justice. At issue was whether the Ontario Indemnity covered the costs of complying with the Director’s Order and, if so, whether Weyerhaeuser and Resolute are entitled to benefit thereunder.

[65] The motion judge found in favour of Weyerhaeuser and Resolute, holding that the scope of the Ontario Indemnity, as set out in its own first paragraph, covered first party regulatory orders. He further held that the Ontario Indemnity did not improperly fetter the Ontario Legislature’s law-making powers.

[66] The motion judge also held that the enurement clause extended the rights and obligations under the Ontario Indemnity to Resolute and Weyerhaeuser — Resolute as a corporate successor to Great Lakes, and Weyerhaeuser as both a successor-in-title

Weyerhaeuser a reçu des actions d’une compagnie qui n’était plus sous la protection de la LACC, actions ayant par la suite été vendues en mai 2015.

### III. Décisions des juridictions inférieures

[63] Peu après que l’arrêté du directeur lui eut été signifié, l’avocat de Weyerhaeuser en a avisé le ministère du Procureur général de l’Ontario, invoquant les par. 2 et 6 de l’Indemnité de l’Ontario et demandant que sa cliente soit indemnisée à titre de successeur et ayant droit de Great Lakes. En réponse, le procureur général a nié que les frais engagés pour se conformer à l’arrêté du directeur étaient couverts par l’Indemnité de l’Ontario. Weyerhaeuser a poursuivi la province afin d’obtenir une ordonnance déclarant qu’elle avait le droit d’être indemnisée en vertu de l’Indemnité de l’Ontario [TRADUCTION] « pour les frais qu’elle a engagés et qu’elle pourrait engager par suite de [l]’arrêté du directeur ayant pris effet le 6 septembre 2011 » (d.a., vol. II, p. 3). Résolu a obtenu l’autorisation d’intervenir à titre de partie à l’instance.

#### A. *La décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2016 ONSC 4652, 60 B.L.R. (5th) 237*

[64] Les parties ont présenté diverses requêtes en jugement sommaire à la Cour supérieure de justice de l’Ontario. La question en litige était de savoir si l’Indemnité de l’Ontario couvrait les frais engagés pour se conformer à l’arrêté du directeur et, dans l’affirmative, si Weyerhaeuser et Résolu avaient le droit d’en bénéficier.

[65] Le juge des requêtes a donné gain de cause à Weyerhaeuser et à Résolu, et a conclu que, comme le prévoit son premier paragraphe, l’Indemnité de l’Ontario s’appliquait aux ordonnances réglementaires de première partie. Il a ajouté que l’Indemnité de l’Ontario n’entravait pas indûment les pouvoirs de légiférer de la législature ontarienne.

[66] Le juge des requêtes a également conclu que la clause d’extension des bénéfices faisait en sorte que les droits et obligations conférés par l’Indemnité de l’Ontario s’étendaient à Résolu et à Weyerhaeuser — Résolu à titre de successeur corporatif de Great Lakes

to the Dryden Property and an assignee of the Ontario Indemnity from Bowater pursuant to s. 3.1(xiv) of the 1998 Asset Purchase Agreement.

B. *Decision of the Court of Appeal, 2017 ONCA 1007, 77 B.L.R. (5th) 175*

[67] The Province appealed, arguing the motion judge erred in holding that the Ontario Indemnity covers the costs of complying with the Director's Order, and that Weyerhaeuser and Resolute enjoyed the benefit of indemnification thereunder.

[68] At the Court of Appeal, the majority found no error in the motion judge's finding that the Ontario Indemnity covered the costs of complying with first party claims, including the Director's Order. Nor did the majority disturb the finding that the 1998 Asset Purchase Agreement had the effect of transferring the full benefit of the Ontario Indemnity from Bowater to Weyerhaeuser. Given that Weyerhaeuser had subsequently sold the Dryden pulp mill to Domtar in 2007, however, the issue of what rights, if any, Weyerhaeuser possessed as an assignee of the Ontario Indemnity at the time the Director's Order was issued in 2011 was returned to the Ontario Superior Court of Justice for decision. The majority did, however, find palpable and overriding error in the motion judge's conclusion that Weyerhaeuser could claim the benefit of the enurement clause in the Ontario Indemnity, holding that this clause applies only to *corporate* successors.

[69] As to Resolute, the majority held that the motion judge erred in finding that Resolute could claim the benefit of the Ontario Indemnity as a corporate successor of Great Lakes, following the assignment of the Ontario Indemnity from Bowater to Weyerhaeuser under the 1998 Asset Purchase Agreement. The effect of this assignment was to extinguish Bowater's interest therein, such that Bowater could not then pass that interest on to Resolute as its corporate successor.

et Weyerhaeuser à titre de successeur en titre quant à la propriété de Dryden et de cessionnaire de l'Indemnité de l'Ontario de Bowater en vertu de l'art. 3.1(xiv) de la convention d'achat d'actifs de 1998.

B. *La décision de la Cour d'appel, 2017 ONCA 1007, 77 B.L.R. (5th) 175*

[67] La province a interjeté appel, soutenant que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant que l'Indemnité de l'Ontario couvrait les frais pour se conformer à l'arrêté du directeur, et que Weyerhaeuser et Résolu jouissaient du bénéfice de l'indemnisation qu'elle prévoyait.

[68] Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont relevé aucune erreur dans la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'Indemnité de l'Ontario couvrait les frais engagés pour donner suite aux réclamations de première partie, y compris l'arrêté du directeur. Ils n'ont pas non plus modifié la conclusion selon laquelle la convention d'achat d'actifs de 1998 avait pour effet de transférer de Bowater à Weyerhaeuser le plein bénéfice de l'Indemnité de l'Ontario. Cependant, comme Weyerhaeuser avait vendu l'usine de pâtes et papiers de Dryden à Domtar en 2007, la question de savoir quels droits, s'il en est, détenait Weyerhaeuser à titre de cessionnaire de l'Indemnité de l'Ontario au moment où a été pris l'arrêté du directeur en 2011 a été renvoyée à la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour décision. Les juges majoritaires ont toutefois relevé une erreur manifeste et déterminante dans la conclusion du juge des requêtes selon laquelle Weyerhaeuser pouvait se prévaloir de la clause d'extension des bénéfices prévue dans l'Indemnité de l'Ontario, affirmant que cette clause ne s'applique qu'aux successeurs *corporatifs*.

[69] Quant à Résolu, les juges majoritaires ont conclu que le juge des requêtes avait commis une erreur en statuant que Résolu pouvait réclamer l'Indemnité de l'Ontario à titre de successeur corporatif de Great Lakes après que Bowater eut cédé l'indemnité à Weyerhaeuser en vertu de la convention d'achat d'actifs de 1998. Cette cession a eu pour effet d'éteindre l'intérêt de Bowater dans l'indemnité de sorte que Bowater ne pouvait pas par la suite le transférer à Résolu à titre de successeur corporatif.

[70] In dissent, Laskin J.A. would have found that the Ontario Indemnity did not cover the Director's Order, because it was not intended to cover first party claims, and because the Director's Order does not constitute a "Pollution Claim" as defined in that document. Having so concluded, he found it unnecessary to address the question of whether Resolute and Weyerhaeuser (or either of them) could benefit from the Ontario Indemnity as successors and assignees.

#### IV. Issues and Positions of the Parties

[71] The Province, Resolute and Weyerhaeuser each appeal to this Court. Although they raise various interrelated issues, these appeals can be resolved by answering the following two questions:

1. Did the motion judge err in concluding that the Ontario Indemnity covers the costs of complying with the Director's Order?
2. Did the motion judge err in concluding that Resolute and Weyerhaeuser benefit from the Ontario Indemnity as successors and assigns of Great Lakes?

[72] The Province argues that the motion judge erred in both these respects and, further, that his interpretation of the Ontario Indemnity has the effect of impermissibly fettering the Ontario Legislature's law-making power. Resolute and Weyerhaeuser seek to uphold the motion judge on both questions, and further argue that the Province's obligation under the Ontario Indemnity does not impose an impermissible fetter upon the Ontario Legislature.

#### V. Analysis

##### A. *Principles of Contractual Interpretation*

[73] The Ontario Indemnity is a contract. Today's lawyers are fortunate to live in "an age when there is a galaxy of high appellate guidance on how to interpret contracts" (*Royal Devon and Exeter NHS Foundation*

[70] Dissident, le juge Laskin aurait conclu que l'Indemnité de l'Ontario ne s'appliquait pas à l'arrêté du directeur parce qu'elle ne devait pas viser les réclamations de première partie et que l'arrêté du directeur ne constituait pas une [TRADUCTION] « réclamation pour pollution » au sens de ce document. Vu cette conclusion, il a estimé inutile de trancher la question de savoir si Résolu et Weyerhaeuser (ou l'une d'entre elles) pouvaient bénéficier de l'Indemnité de l'Ontario à titre de successeurs et ayants droit.

#### IV. Questions en litige et positions des parties

[71] La province, Résolu et Weyerhaeuser se pourvoient toutes les trois en appel devant la Cour. Bien qu'elles soulèvent diverses questions interreliées, il est possible de trancher les présents pourvois en répondant aux deux questions suivantes :

1. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que l'Indemnité de l'Ontario couvrirait les frais engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur?
2. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que Résolu et Weyerhaeuser bénéficiaient de l'Indemnité de l'Ontario à titre de successeurs et ayants droit de Great Lakes?

[72] La province soutient que le juge des requêtes a commis une erreur à ces deux égards et que son interprétation de l'Indemnité de l'Ontario a pour effet d'entraver de manière inacceptable le pouvoir de légiférer de la législature ontarienne. Résolu et Weyerhaeuser demandent pour leur part que la décision du juge des requêtes soit confirmée sur ces deux questions. Elles font également valoir que l'obligation qu'a la province en vertu de l'Indemnité de l'Ontario n'impose aucune entrave inacceptable à la législature ontarienne.

#### V. Analyse

##### A. *Les principes d'interprétation contractuelle*

[73] L'Indemnité de l'Ontario est un contrat. Les avocats d'aujourd'hui ont de la chance de vivre à [TRADUCTION] « une époque où il existe une multitude de directives formulées par les tribunaux d'appel



*Trust v. ATOS IT Services UK Ltd.*, [2017] EWCA Civ 2196, [2018] 2 All E.R. (Comm.) 535, at para. 45). While not wishing to add more gas and dark matter to the “galaxy”, we do find it helpful here to stress certain first principles which we see as important in interpreting this particular contract.

[74] This Court has described the object of contractual interpretation as being to ascertain the objective intentions of the parties (*Sattva*, at para. 55). It has also described the object of contractual interpretation as discerning the parties’ “reasonable expectations with respect to the meaning of a contractual provision” (*Ledcor*, at para. 65). In meeting these objects, the Court has signalled a shift away from an approach to contractual interpretation that is “dominated by technical rules of construction” to one that is instead rooted in “practical[ities] and common-sense” (*Sattva*, at para. 47). This requires courts to read a contract “as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract” (*ibid.*).

[75] We recognize that this Court’s references to the *objective intentions* of the parties at the time they entered into the contract, and to parties’ *reasonable expectations*, may leave a degree of uncertainty respecting the objects of contractual interpretation (see A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at pp. 673-916). Since there is no suggestion here of a divergence between the parties’ *intentions* and their *expectations*, we do not find it necessary to resolve this here, but we simply note the inconsistency.

[76] Contractual interpretation begins with reading the words of the contract. A legitimate interpretation will be consistent with the language that the parties employed to express their agreement (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 11). As this Court stated in *Sattva*, the meaning of a contract is rooted in the actual language used by the parties (para. 57). A

supérieurs sur la manière d’interpréter des contrats » (*Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust c. ATOS IT Services UK Ltd.*, [2017] EWCA Civ 2196, [2018] 2 All E.R. (Comm.) 535, par. 45). Sans vouloir ajouter à cette multitude de directives, nous estimons utile de souligner certains principes fondamentaux que nous jugeons importants pour l’interprétation du contrat dont il est question en l’espèce.

[74] Notre Cour a affirmé que l’objectif de l’interprétation contractuelle était de déterminer les intentions objectives des parties (*Sattva*, par. 55). Elle a aussi dit que cet objectif était de cerner les « attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification d’une disposition contractuelle » (*Ledcor*, par. 65). Elle a signalé que, pour satisfaire à ces objectifs, les tribunaux avaient tendance à délaisser l’approche axée « sur des règles de forme en matière d’interprétation » et à appliquer une démarche fondée plutôt sur des « [considérations] pratique[s] [et] sur le bon sens » (*Sattva*, par. 47). Cela les oblige à interpréter le contrat « dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » (*ibid.*).

[75] Nous reconnaissons qu’en parlant des *intentions objectives* des parties au moment de conclure le contrat et des *attentes raisonnables* des parties, la Cour peut avoir laissé planer une certaine incertitude quant aux objectifs de l’interprétation contractuelle (voir A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4<sup>e</sup> éd. 2018), p. 673-916). Comme rien ne tend ici à indiquer qu’il y a une divergence entre les *intentions* et les *attentes* des parties, nous ne croyons pas qu’il soit nécessaire de régler cette question en l’espèce; nous soulignons simplement l’incohérence.

[76] L’interprétation contractuelle commence par la lecture des mots du contrat; une interprétation légitime sera compatible avec les termes employés par les parties pour exprimer leur accord (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 11). Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Sattva*, la signification d’un contrat est fondée sur les termes mêmes utilisés par les parties (par. 57).

meaning that strays too far from the actual words fails to give effect to the way in which the parties chose to define their obligations (*Canadian Contractual Interpretation Law*, at p. 9).

[77] This is not to say that the words of the contract are to be read in isolation. This Court’s direction in *Sattva* was that the words of the contract are to be read in light of the surrounding circumstances — sometimes referred to as the “factual matrix” — which consist of “objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract, that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting” (para. 58 (citation omitted)). An interpretation that ignores the context in which the contract was formed will not accurately discern what the parties intended to achieve, even if the interpretation is “literally correct” (*Canadian Contractual Interpretation Law*, at p. 9; see also *Sattva*, at para. 57). Put simply, contractual text derives its meaning, in part, from the context.

[78] We stress that text derives its meaning from context *in part*. This leads to an important caveat: the context — that is, the factual matrix — cannot “overwhelm the words” of the contract or support an interpretation that “deviate[s] from the text such that the court effectively creates a new agreement” (*Sattva*, at para. 57). The factual matrix assists in *discerning the meaning* of the words that the parties chose to express their agreement; it is not a means by which to *change* the words of the contract in a manner that would modify the rights and obligations that the parties assumed thereunder (*Canadian Contractual Interpretation Law*, at pp. 33-34).

[79] As we will explain below, contractual interpretation also requires courts to consider the principle of commercial reasonableness and efficacy. Contracts ought therefore to be interpreted “in accordance with sound commercial principles and good business sense” (*Scanlon v. Castlepoint Development Corp.* (1992), 11 O.R. (3d) 744, at p. 770). As Lord Diplock explained in *Antaios Compania Naviera S.A. v. Salen Rederierna A.B.*, [1985] 1 A.C. 191 (H.L.), at p. 201, “if detailed semantic and syntactical analysis

Une interprétation qui s’écarte trop de ces termes ne donne pas effet à la façon dont les parties ont choisi de définir leurs obligations (*Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 9).

[77] Cela ne veut pas dire que les mots employés dans le contrat doivent être lus isolément. La Cour a indiqué dans l’arrêt *Sattva* que les mots du contrat doivent être lus en tenant compte des circonstances — que l’on appelle parfois le « fondement factuel » — qui consistent en une « preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat, c’est-à-dire, les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci » (par. 58 (référence omise)). Une interprétation qui ne tient pas compte du contexte dans lequel le contrat a été conclu ne permettra pas de cerner les intentions des parties, même si l’interprétation est [TRADUCTION] « littéralement correcte » (*Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 9; voir aussi *Sattva*, par. 57). En termes simples, le texte du contrat tire sa signification, en partie, du contexte.

[78] Nous tenons à souligner que le texte tire sa signification *en partie* du contexte. Une mise en garde importante s’impose donc : le contexte — c’est-à-dire le fondement factuel — ne peut pas « supplanter [les termes] » du contrat ou appuyer une interprétation qui « s’écarte [du texte] au point de créer dans les faits une nouvelle entente » (*Sattva*, par. 57). Le fondement factuel aide à *dégager le sens* des mots que les parties ont choisi d’employer pour exprimer leur accord; ce n’est pas un moyen pour *changer* les termes du contrat de manière à modifier les droits et les obligations des parties (*Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 33-34).

[79] Comme nous l’expliquerons plus loin, l’interprétation contractuelle requiert aussi que les tribunaux tiennent compte du principe de la raisonabilité et de l’efficacité commerciales. Les contrats doivent donc être interprétés [TRADUCTION] « conformément aux principes commerciaux reconnus et au bon sens en matière commerciale » (*Scanlon c. Castlepoint Development Corp.* (1992), 11 O.R. (3d) 744, p. 770). Comme l’a expliqué lord Diplock dans l’arrêt *Antaios Compania Naviera S.A. c. Salen Rederierna A.B.*,

of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business commonsense, it must be made to yield to business commonsense”. The principle that requires contracts to be read in a commercially reasonable and efficient manner is therefore an important interpretive aid in construing contractual terms.

[80] Ultimately, contractual interpretation involves the application of various tools — including consideration of the factual matrix and the principle of commercial reasonableness — in order to properly understand the meaning of the words used by the parties to express their agreement.

#### B. *The Province’s Appeal*

[81] At issue in the Province’s appeal is whether the motion judge erred in concluding that the Province’s obligation to indemnify under para. 1 of the Ontario Indemnity extends to the costs of compliance with first party regulatory orders, such as the Director’s Order. In so finding, the motion judge placed considerable emphasis on the text of para. 1, which referred to “any claim, action or proceeding, whether statutory or otherwise . . . whether by individuals, firms, companies, governments (including the Federal Government of Canada and any province or municipality thereof or any agency, body or authority created by statutory or other authority)” (A.R., vol. IV, at p. 189 (emphasis added)). In his view, neither a reading of the contract as a whole nor the surrounding circumstances supported reading the Ontario Indemnity as excluding from coverage the costs of compliance with first party regulatory orders.

[82] The Province sees it differently. It says that para. 1, properly interpreted, covers only “third party claims, whether statutory or at common law, in the nature of those settled in 1985” (Ontario A.F., at para. 3). Because the Director’s Order was made in 2011 by the Province’s Ministry of the Environment using provisions of the 1990 *Environmental*

[1985] 1 A.C. 191 (H.L.), à la p. 201, [TRADUCTION] « si l’analyse sémantique et syntaxique détaillée de mots contenus dans un contrat commercial mène à une conclusion qui va à l’encontre du bon sens en matière commerciale, c’est le bon sens en matière commerciale qui l’emporte ». Le principe selon lequel les contrats doivent être lus de manière commercialement raisonnable et efficace est donc important dans l’interprétation des modalités d’un contrat.

[80] En définitive, l’interprétation contractuelle implique l’application de divers outils — y compris un examen du fondement factuel et du principe de la raisonabilité commerciale — pour bien comprendre la signification des mots employés par les parties pour exprimer leur accord.

#### B. *Le pourvoi de la province*

[81] La question en litige dans le pourvoi de la province est celle de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l’obligation qu’avait la province de verser une indemnité en vertu du par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario s’étendait aux frais engagés pour se conformer aux ordonnances réglementaires de première partie, comme l’arrêté du directeur. En arrivant à cette conclusion, le juge a accordé une importance considérable au texte du par. 1, où il est question de [TRADUCTION] « toute réclamation, action ou procédure, qu’elle soit prévue par la loi ou autrement, [ . . . ] par des particuliers, des firmes, des sociétés, des gouvernements (y compris le gouvernement fédéral du Canada et toute province ou municipalité du Canada, ou tout organisme ou autorité créé en vertu d’un pouvoir statutaire ou d’un autre pouvoir) » (d.a., vol. IV, p. 189 (nous soulignons)). À son avis, ni la lecture du contrat dans son ensemble ni les circonstances ne permettaient de considérer que l’Indemnité de l’Ontario excluait les frais engagés pour se conformer aux ordonnances réglementaires de première partie.

[82] La province voit les choses différemment. Elle affirme que, correctement interprété, le par. 1 vise seulement [TRADUCTION] « les réclamations de tiers, prévues par la loi ou par la common law, de la nature de celles réglées en 1985 » (m.a. Ontario, par. 3). Comme l’arrêté du directeur a été pris en 2011 par le ministère provincial de l’Environnement

*Protection Act*, which was enacted five years after the Settlement Agreement was executed, the Province says that the obligation to indemnify does not extend to the resulting compliance costs to Weyerhaeuser and Resolute.

[83] More specifically, the Province says the motion judge made four errors: (1) failing to consider the text of the Ontario Indemnity with reference to the factual matrix, which, the Province says, includes the 1979 Indemnity, the 1982 Ramsay Letter, the 1979 Dryden Agreement, the Settlement Agreement, and the Spills Bill; (2) failing to interpret para. 1 of the Ontario Indemnity in light of the remainder of the Ontario Indemnity; (3) making palpable and overriding errors in two factual findings; and (4) interpreting the Ontario Indemnity so as to impermissibly fetter the Legislature's law-making powers, thereby rendering the Ontario Indemnity altogether unenforceable.

[84] Like the majority at the Court of Appeal, we reject each of these arguments, and would dismiss the Province's appeal. The motion judge made no error in interpreting the Ontario Indemnity as covering the costs imposed on the successors and assigns of Great Lakes by the Director's Order. Although his analysis on this point was rooted primarily in the wording of para. 1 of the Ontario Indemnity, the motion judge also considered para. 1's meaning in light of the agreement as a whole, and with reference to the circumstances surrounding its formation in 1985. Far from excluding the context of the agreement as a whole or the surrounding circumstances from consideration, he *considered* them, and then simply found that neither supported an interpretation of the Ontario Indemnity that would exclude coverage for first party claims.

(1) Did the Motion Judge Err in His Appreciation of the Factual Matrix?

[85] The Province submits that the motion judge erred by focusing on the text of the Ontario Indemnity

en vertu de dispositions de la *Loi sur la protection de l'environnement* de 1990, laquelle a été édictée cinq ans après la signature de la Convention de règlement, la province estime que l'obligation d'indemniser ne s'étend pas aux frais engagés par Weyerhaeuser et Résolu pour s'y conformer.

[83] Plus précisément, la province affirme que le juge des requêtes a commis quatre erreurs : (1) il n'a pas examiné le libellé de l'Indemnité de l'Ontario à la lumière du fondement factuel, qui, selon la province, comprend l'Indemnité de 1979, la lettre de 1982 de Ramsay, la convention de Dryden de 1979, la Convention de règlement et la loi sur les déversements; (2) il n'a pas interprété le par. 1 de l'Indemnité de l'Ontario à la lumière du reste de cette indemnité; (3) il a commis des erreurs manifestes et déterminantes dans deux conclusions de fait; et (4) il a interprété l'Indemnité de l'Ontario de manière à entraver de manière inacceptable les pouvoirs de légiférer de la législature, de sorte que l'Indemnité de l'Ontario est devenue complètement non exécutoire.

[84] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous rejetons chacun de ces arguments et nous rejeterions le pourvoi de la province. Le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en interprétant l'Indemnité de l'Ontario comme couvrant les frais que l'arrêté du directeur a imposés aux successeurs et ayants droit de Great Lakes. Bien que son analyse sur ce point ait reposé principalement sur le libellé du par. 1 de l'Indemnité de l'Ontario, le juge s'est aussi penché sur la signification de cette disposition à la lumière de l'entente dans son ensemble et des circonstances ayant entouré sa conclusion en 1985. Loin d'avoir exclu de son examen le contexte de l'entente dans son ensemble ou les circonstances entourant celle-ci, il en a *tenu compte* et il est tout simplement arrivé à la conclusion que ni l'une ni l'autre de ces considérations n'était une interprétation de l'Indemnité de l'Ontario qui exclurait les réclamations de première partie.

(1) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur dans son appréciation du fondement factuel?

[85] La province soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en mettant l'accent sur le texte

and that, in so doing, he “failed to appreciate that events going back to 1979 significantly informed the meaning of the [Ontario] Indemnity” (Ontario A.F., at para. 71). He ought, the Province says, to have considered the interrelationship between the Ontario Indemnity and the 1979 Indemnity, the 1982 Ramsay Letter, the 1979 Dryden Agreement, the Settlement Agreement (inclusive of an escrow agreement and schedules), and the enactment of the Spills Bill.

[86] The motion judge’s appreciation of the factual matrix in these circumstances is entitled to deference on appeal (*Sattva*, at para. 52). The Province bears the burden of showing that any error in this respect is of a palpable and overriding nature.

(a) *The 1979 Indemnity and the 1982 Ramsay Letter*

[87] The Province notes that the 1979 Indemnity, which can only be invoked in the case of a court decision requiring the payment of monies or a settlement approved by the Province, and the 1982 Ramsay Letter which contains similar terms, both evidence an intention, on its part, to indemnify only third party claims. A proper consideration of these elements of the factual matrix, it says, should have led the motion judge to find that the Ontario Indemnity likewise extends only to costs associated with third party obligations arising from court orders or settlements in respect of mercury contamination claims, and does not cover the costs of compliance with first party regulatory orders.

[88] Although he did not specifically refer to the 1982 Ramsay Letter in his analysis, the motion judge did reject any comparison between the Ontario Indemnity and the 1979 Indemnity on the basis that the former “is a separate agreement and must be interpreted by considering the words used by the parties in it, not a previous agreement” (para. 48). We see no error in this holding. While it is true that the three

de l’Indemnité de l’Ontario et que, ce faisant, il [TRADUCTION] « ne s’est pas rendu compte que des événements remontant à 1979 éclairaient considérablement le sens de l’indemnité [de l’Ontario] » (m.a. Ontario, par. 71). Selon elle, le juge aurait dû prendre en considération la corrélation entre, d’une part, l’Indemnité de l’Ontario et, d’autre part, l’Indemnité de 1979, la lettre de 1982 de Ramsay, la convention de Dryden de 1979, la Convention de règlement (y compris un contrat d’entiercement et des annexes) et l’adoption de la loi sur les déversements.

[86] L’appréciation que le juge des requêtes a faite du fondement factuel dans les circonstances de l’espèce commande la déférence en appel (*Sattva*, par. 52). Il incombe à la province de prouver que toute erreur commise à cet égard est une erreur de nature manifeste et déterminante.

a) *L’Indemnité de 1979 et la lettre de 1982 de Ramsay*

[87] La province souligne que l’Indemnité de 1979, qui ne peut être invoquée que si une décision judiciaire exige le paiement d’une somme d’argent ou si un règlement est approuvé par la province, et la lettre de 1982 de Ramsay, qui est rédigée en termes semblables, démontrent toutes deux qu’elle avait l’intention d’accorder une indemnité seulement pour les réclamations de tiers. Elle fait valoir qu’une prise en compte adéquate de ces éléments du fondement factuel aurait dû amener le juge des requêtes à conclure que l’Indemnité de l’Ontario ne s’étend de la même manière qu’aux frais associés aux obligations qu’ont les tiers en vertu d’ordonnances judiciaires ou de règlements de réclamations relatives à la contamination par le mercure et ne couvre pas les frais engagés pour se conformer aux ordonnances réglementaires de première partie.

[88] Bien qu’il n’ait pas fait précisément référence à la lettre de 1982 de Ramsay dans son analyse, le juge des requêtes a rejeté toute comparaison entre l’Indemnité de l’Ontario et l’Indemnité de 1979 au motif que la première [TRADUCTION] « est une entente distincte que l’on doit interpréter en tenant compte des mots employés par les parties à celle-ci et non d’une entente intervenue antérieurement »



indemnities address the same underlying problem (the mercury contamination), our colleagues in the majority do not recognize that they each represent *distinct* agreements given for *distinct* purposes in *distinct* sets of negotiations. Specifically, the 1979 Indemnity was given to encourage Great Lakes to purchase the Dryden Property; the indemnity in the 1982 Ramsay Letter was given to encourage Great Lakes to settle the Grassy Narrows Litigation; and the Ontario Indemnity was given as part of a final settlement of those claims.

[89] Significantly, the Ontario Indemnity — unlike the 1979 Indemnity or the 1982 Ramsay Letter — captures much more than just court orders and settlements relating to the Reed-era mercury contamination, applying to “any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred . . . as a result of any claim, action or proceeding, whether statutory or otherwise” (A.R., vol. IV, at p. 189). This breadth of scope, relative to the other indemnities, is significant to the interpretive exercise.

[90] Additionally, the fact that the parties replaced the 1979 Indemnity and the commitment in the 1982 Ramsay Letter with the Ontario Indemnity suggests that the parties *themselves* — whose intentions the motion judge was called upon to discern — did not view those earlier agreements as being co-extensive in scope with the Ontario Indemnity. Tellingly, there would have been no point served by Great Lakes and Reed releasing the Province of its obligations under the 1979 Indemnity and the 1982 Ramsay Letter in Schedule E of the Settlement Agreement, only then to bind the Province to the same terms by executing the Ontario Indemnity at Schedule F of that same agreement.

[91] We therefore see no palpable and overriding error in the motion judge’s refusal to restrict the

(par. 48). Nous ne relevons aucune erreur dans cette conclusion. S’il est vrai que les trois indemnités visent à corriger le même problème sous-jacent (la contamination par le mercure), nos collègues de la majorité ne reconnaissent pas qu’il s’agit d’ententes *distinctes* conclues à des fins *distinctes* dans le cadre de négociations *distinctes*. Plus précisément, l’Indemnité de 1979 a été accordée pour inciter Great Lakes à acheter la propriété de Dryden, l’indemnité dont il est question dans la lettre de 1982 de Ramsay a été versée pour encourager Great Lakes à régler le litige de Grassy Narrows et l’Indemnité de l’Ontario a été accordée dans le cadre du règlement définitif de ces réclamations.

[89] Fait important, l’Indemnité de l’Ontario — contrairement à l’Indemnité de 1979 ou à la lettre de 1982 de Ramsay — englobe bien plus que les ordonnances judiciaires et les règlements relatifs à la contamination par le mercure remontant à l’époque de Reed; elle s’applique à [TRADUCTION] « l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner [. . .] toute réclamation, action ou procédure, qu’elle soit prévue par la loi ou autrement » (d.a., vol. IV, p. 189). Le champ d’application de cette indemnité, par rapport à celui des autres indemnités, est significatif pour l’exercice d’interprétation.

[90] En outre, le fait que les parties aient remplacé l’Indemnité de 1979 et l’engagement pris dans la lettre de 1982 de Ramsay par l’Indemnité de l’Ontario tend à indiquer que les parties *elles-mêmes* — dont le juge des requêtes devait cerner les intentions — ne considéraient pas que les ententes antérieures avaient le même champ d’application que l’Indemnité de l’Ontario. De toute évidence, il n’aurait servi à rien que Great Lakes et Reed libèrent la province des obligations qui lui incombent en vertu de l’Indemnité de 1979 et de la lettre de 1982 de Ramsay figurant à l’annexe E de la Convention de règlement pour ensuite imposer à la province les mêmes conditions en signant l’Indemnité de l’Ontario contenue à l’annexe F de la même convention.

[91] Nous concluons donc que le juge des requêtes n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante

scope of the Ontario Indemnity on the basis of the prior indemnities.

(b) *The 1979 Dryden Agreement*

[92] The scope of the Ontario Indemnity is substantially the same as the scope of the indemnity given to Reed by Great Lakes in clause 5.3 of the 1979 Dryden Agreement as part of its cost-sharing regime. As we have already explained, clause 11.4 of that agreement exempted the costs of complying with the Control Order issued by the Ministry of the Environment in 1979, making those costs the responsibility of Great Lakes exclusively. The motion judge found that the existence of this “specific provision that excluded the cost of regulatory compliance supports the conclusion that the Ontario Indemnity includes these costs because it does not contain a similar provision” (para. 48 (emphasis added)).<sup>1</sup>

[93] Before this Court, the Province observes that the 1979 Dryden Agreement “was a private contractual arrangement made between Reed and Great Lakes”, such that the absence of any specific exemption in the Ontario Indemnity does not mean that the Province intended to cover regulatory costs (Ontario A.F., at para. 83). While it is true that the Province was not a party to the 1979 Dryden Agreement, it was aware of its terms when it agreed to the Ontario Indemnity (as para. 7 of the Ontario Indemnity makes clear). Moreover, the text used in the indemnity in clause 5.3 of the 1979 Dryden Agreement is almost identical to that used in para. 1 of the Ontario Indemnity. Given the term exempting the Control Order from the scope of the cost-sharing regime in the 1979 Dryden Agreement, the parties must have understood that this regulatory order would otherwise have constituted a “Pollution Claim” for

<sup>1</sup> The motion judge stated that the 1979 Indemnity contained that “specific provision”, but given the context, it is clear that he mis-spoke and was instead referring to the 1979 Dryden Agreement. The Province does not take the position that this amounts to a palpable and overriding error of fact (Ontario A.F., at paras. 81-83).

en refusant de restreindre le champ d’application de l’Indemnité de l’Ontario sur le fondement des indemnités antérieures.

b) *La convention de Dryden de 1979*

[92] Le champ d’application de l’Indemnité de l’Ontario est essentiellement le même que celui de l’indemnité que Great Lakes a accordée à Reed à la clause 5.3 de la convention de Dryden de 1979 dans le cadre de son régime de partage des frais. Comme nous l’avons déjà expliqué, la clause 11.4 de cette convention soustrayait les frais engagés pour se conformer à l’arrêté d’intervention pris par le ministère de l’Environnement en 1979, et laissait à Great Lakes l’entière responsabilité de ces frais. Le juge des requêtes a conclu que l’existence de cette [TRADUCTION] « disposition particulière qui excluait les frais engagés pour se conformer à la réglementation étaye la conclusion selon laquelle l’Indemnité de l’Ontario englobe ces frais parce qu’elle ne renferme pas de disposition semblable » (par. 48 (nous soulignons)).<sup>1</sup>

[93] Devant notre Cour, la province fait remarquer que la convention de Dryden de 1979 [TRADUCTION] « était une entente contractuelle privée conclue entre Reed et Great Lakes », de sorte que l’absence d’une exemption particulière dans l’Indemnité de l’Ontario ne signifie pas que la province voulait couvrir les frais engagés pour se conformer à la réglementation (m.a. Ontario, par. 83). Bien qu’il soit vrai que la province n’était pas partie à la convention de Dryden de 1979, elle en connaissait les modalités quand elle a consenti à l’Indemnité de l’Ontario (comme il ressort clairement du par. 7 de l’Indemnité de l’Ontario). En outre, le texte de l’indemnité prévue à la clause 5.3 de la convention de Dryden de 1979 est presque identique à celui utilisé au par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario. Vu qu’il existe une disposition soustrayant l’arrêté d’intervention du champ d’application du régime de partage des frais dans la convention de Dryden

<sup>1</sup> Le juge des requêtes a affirmé que l’Indemnité de 1979 renfermait cette [TRADUCTION] « disposition particulière », mais, vu le contexte, il est clair qu’il s’est mal exprimé et qu’il renvoyait plutôt à la convention de Dryden de 1979. La province ne prétend pas qu’il s’agit là d’une erreur de fait manifeste et déterminante (m.a. Ontario, par. 81-83).

the purpose of clause 5.3. And, because para. 1 of the Ontario Indemnity defines the term “Pollution Claim” in near-identical terms, the motion judge did not err in placing weight on the absence of a similar exemption in the Ontario Indemnity as supporting the conclusion that regulatory orders — like the Director’s Order — would fall within the scope of that indemnity.

[94] In his dissenting reasons, Laskin J.A. says that “similar carve out language was not needed” in the Ontario Indemnity, since by 1985, neither Reed nor Great Lakes had any obligations under the Control Order (para. 256). But, and with respect, the parties must have been aware that a new regulatory order could easily have been made subsequent to the execution of the Ontario Indemnity. Nothing prevented them from expressly providing — as did the parties to the 1979 Dryden Agreement — that such orders would not fall within the scope of the indemnity.

(c) *The Settlement Agreement*

[95] Under paragraph 2.4(a) of the Settlement Agreement, the Province was to indemnify Reed and Great Lakes in respect of “the issues” — a term that was defined in the recitals to the Settlement Agreement as follows:

The discharge by Reed and its predecessors of mercury and any other pollutants into the English and Wabigoon and related river systems, and the continuing presence of any such pollutants discharged by Reed and its predecessors, including the continuing but now diminishing presence of methylmercury in the related ecosystems since its initial identification in 1969, and governmental actions taken in consequence thereof, may have had and may continue to have effects and raise concerns in respect of the social and economic circumstances and the health of the present and future members of the Bands (the “issues”). [Emphasis added.]

(A.R., vol. IV, at p. 140)

de 1979, les parties devaient avoir compris que cette ordonnance réglementaire aurait autrement constitué une [TRADUCTION] « réclamation pour pollution » pour l’application de la clause 5.3. De plus, comme le par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario définit l’expression « réclamation pour pollution » dans des termes quasi identiques, le juge des requêtes n’a commis aucune erreur en considérant que l’absence d’une exemption semblable dans l’Indemnité de l’Ontario était la conclusion que les ordonnances réglementaires — comme l’arrêté du directeur — étaient visées par cette indemnité.

[94] Dans ses motifs dissidents, le juge Laskin affirme qu’un [TRADUCTION] « libellé d’exclusion semblable n’était pas nécessaire » dans l’Indemnité de l’Ontario puisqu’en 1985, ni Reed ni Great Lakes n’avait d’obligation en vertu de l’arrêté d’intervention (par. 256). Cependant, avec égards, les parties devaient savoir qu’une nouvelle ordonnance réglementaire pouvait facilement être rendue après la signature de l’Indemnité de l’Ontario. Rien ne les empêchait de prévoir expressément — comme l’avaient fait les parties à la convention de Dryden de 1979 — que de telles ordonnances ne seraient pas visées par l’indemnité.

c) *La Convention de règlement*

[95] Aux termes du par. 2.4(a) de la Convention de règlement, la province était tenue d’indemniser Reed et Great Lakes relativement aux [TRADUCTION] « points en litige », expression qui était définie comme suit dans les attendus de la convention :

[TRADUCTION] Le rejet par Reed et ses prédécesseurs de mercure et de tout autre polluant dans le réseau hydrographique English-Wabigoon, ainsi que la présence continue de ces polluants, ce qui inclut la présence continue mais en voie de diminution de mercure méthylé dans les écosystèmes connexes depuis qu’on a constaté sa présence en 1969, et les mesures gouvernementales prises à cet égard, peuvent avoir eu et continuer d’avoir des incidences en ce qui concerne la conjoncture économique et sociale ainsi que la santé des membres actuels et futurs des bandes en question (les « points en litige »). [Nous soulignons.]

(d.a., vol. IV, p. 140)

[96] The Province says the motion judge failed to appreciate the importance of these portions of the Settlement Agreement to the interpretation of para. 1 of the Ontario Indemnity. Preventative orders — like the Director’s Order — do not fall within the scope of “the issues” that the Settlement Agreement was intended to address, the Province says, since the waste disposal site was not a source of the discharge. We note, however, that among those “issues” are “governmental actions taken in consequence” of the mercury contamination by Reed and its predecessors. The record provides ample indication that the Province was aware of Dryden Paper’s construction of the waste disposal site for the purpose of containing mercury waste, and that it had been the subject of oversight by governmental agencies since 1977 (A.R., vol. IV, at pp. 35-36; A.R., vol. VI, at pp. 2-3). It follows that such oversight falls well within the scope of the “issues” which the Settlement Agreement was intended to address.

[97] In any event, the Ontario Indemnity expressly applies in respect of (among other things) the “presence of any pollutant . . . including mercury or any other substance . . . in the plant or plants or lands or premises forming part of the Dryden assets sold by Reed Ltd. to Great Lakes under the [1979] Dryden Agreement” (A.R., vol. IV, at p. 190). Irrespective, then, of how one understands the scope of the issues set out in the Settlement Agreement, that element of the factual matrix cannot “overwhelm” or be used to “deviate from” the text of the Ontario Indemnity (*Sattva*, at para. 57).

(d) *The Spills Bill*

[98] Paragraph 1 of the Ontario Indemnity closely tracks the language of the indemnity given by Great Lakes to Reed as part of the cost-sharing regime in clause 5.3 of the 1979 Dryden Agreement, with one important difference: while the scope of the former expressly covers claims, actions and proceedings, “whether statutory or otherwise”, the latter does not. The Province explains this specific reference to statutory claims in the Ontario Indemnity as reflecting

[96] La province soutient que le juge des requêtes n’a pas bien compris l’importance de ces passages de la Convention de règlement pour l’interprétation du par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario. Selon elle, les ordonnances préventives — comme l’arrêté du directeur — ne font pas partie des [TRADUCTION] « points en litige » que la Convention de règlement visait à régler puisque le lieu d’élimination des déchets n’était pas une source du rejet. Nous constatons toutefois que parmi ces « points en litige » se trouvent les « mesures gouvernementales prises à [l’]égard de la contamination par le mercure causée par Reed et ses prédécesseurs ». Le dossier montre amplement que la province savait que Dryden Paper avait construit un lieu d’élimination des déchets qui était destiné à contenir les déchets mercuriels et qui était surveillé par des organismes gouvernementaux depuis 1977 (d.a., vol. IV, p. 35-36; d.a., vol. VI, p. 2-3). Il s’ensuit que cette surveillance fait entièrement partie des « points en litige » que la Convention de règlement visait à régler.

[97] Quoi qu’il en soit, l’Indemnité de l’Ontario s’applique expressément (entre autres) à la présence de « polluants, notamment le mercure ou toute autre substance, [. . .] [dans] [l]es usines, [l]es terrains ou [l]es lieux faisant partie des actifs de Dryden que Reed Ltd. a vendus à Great Lakes en vertu de la convention de Dryden [de 1979] » (d.a., vol. IV, p. 190). En conséquence, peu importe la compréhension que l’on peut avoir de la portée des points en litige énoncés dans la Convention de règlement, cet élément du fondement factuel ne saurait « supplanter » le texte de l’Indemnité de l’Ontario ou être utilisé pour « s’écarter[r] » de ce dernier (*Sattva*, par. 57).

d) *La loi sur les déversements*

[98] Le paragraphe 1 de l’Indemnité de l’Ontario suit de très près le libellé de l’indemnité que Great Lakes a accordée à Reed à la clause 5.3 de la convention de Dryden de 1979 dans le cadre du régime de partage des frais, mais il existe une différence importante entre ces deux indemnités : la première s’applique expressément aux réclamations, actions et procédures, [TRADUCTION] « qu’elle[s] soi[ent] prévue[s] par la loi ou autrement », mais

the enactment of the Spills Bill, which created a new statutory right of action against polluters in favour of both the government and private parties, and which was proclaimed only two weeks before the parties executed the Settlement Agreement and the Ontario Indemnity. This language, it says, “addressed a significant new statutory cause of action created by the Spills Bill, along with other third party statutory claims which could have been brought at that time” (Ontario A.F., at para. 88). The Province’s submission is therefore that the courts below erred by construing those terms as capturing the costs of compliance with (a) first party regulatory claims made under statutory powers, and (b) other kinds of claims arising from legislation enacted *after* the closing date in 1985 — like the Director’s Order, which was made under provisions of the *Environmental Protection Act* that came into force in 1990.

[99] The motion judge did not consider the Spills Bill. (Neither, for that matter, do our colleagues in the majority.) He did, however, rely on the text of para. 1 of the Ontario Indemnity in concluding that it applies to “a statutory claim or proceeding brought by an agency of the Province such as the [Director’s Order] issued by the [Ministry of the Environment]” (para. 47). The majority at the Court of Appeal saw no error in this: “it was not open to the motion judge to consider evidence of the parties’ specific intentions or negotiations, including whether they discussed the Spills Bill during the negotiations that culminated in the execution of the Ontario Indemnity” (para. 112). This, the majority explained, was rooted in the principle that evidence of the parties’ specific negotiations is inadmissible for the purpose of contractual interpretation. Justice Laskin, however, instead characterized the enactment of the Spills Bill as an objective fact that the parties would have or reasonably ought to have known about when entering into their agreement, and concluded that “[t]he timing of the Spills Bill relative to the [Ontario] Indemnity demonstrates that

pas la deuxième. La province explique que ce renvoi exprès aux réclamations prévues par la loi dans l’Indemnité de l’Ontario reflète l’adoption de la loi sur les déversements, qui a créé en faveur du gouvernement et des particuliers un nouveau droit d’action statutaire contre les pollueurs, et qui a été promulguée seulement deux semaines avant que les parties signent la Convention de règlement et l’Indemnité de l’Ontario. Ce libellé, affirme-t-elle, [TRADUCTION] « traitait d’une nouvelle cause d’action statutaire importante créée par la loi sur les déversements ainsi que des autres réclamations statutaires qui auraient pu être présentées par des tiers à ce moment-là » (m.a. Ontario, par. 88). La province soutient donc que les tribunaux d’instance inférieure ont commis une erreur en considérant que les termes en question englobaient les frais engagés pour donner suite a) aux réclamations réglementaires de première partie présentées en vertu de pouvoirs conférés par la loi et b) aux autres types de réclamations découlant d’une loi adoptée *après* la date de clôture en 1985 — comme l’arrêté du directeur, qui a été pris en vertu des dispositions de la *Loi sur la protection de l’environnement* entrées en vigueur en 1990.

[99] Le juge des requêtes n’a pas tenu compte de la loi sur les déversements. (Nos collègues de la majorité ne l’ont d’ailleurs pas fait non plus.) Il s’est toutefois fondé sur le libellé du par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario pour conclure qu’elle s’applique [TRADUCTION] « aux réclamations ou procédures prévues par la loi présentées par un organisme de la province, comme [l’arrêté du directeur] pris par le [ministère de l’Environnement] » (par. 47). Les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont relevé aucune erreur à cet égard : [TRADUCTION] « il n’appartenait pas au juge des requêtes de prendre en considération la preuve relative aux intentions particulières des parties ou aux négociations particulières intervenues entre elles, et notamment de se demander si elles ont parlé de la loi sur les déversements pendant les négociations qui ont mené à la signature de l’Indemnité de l’Ontario » (par. 112). Comme ils l’ont expliqué, cette approche repose sur le principe selon lequel la preuve relative aux négociations particulières menées par les parties est inadmissible aux fins de l’interprétation contractuelle. Cependant, le juge Laskin a plutôt qualifié l’adoption de la loi



the Spills Bil[1] was undoubtedly the reason why the [Ontario] Indemnity contained the added words relied on by the motion judge and the respondents” (para. 249).

[100] We note that the “general rule” that renders evidence of the parties’ specific negotiations and subjective intentions inadmissible sits uneasily next to the rule that the circumstances surrounding the formation of the agreement inform contractual interpretation. As was noted in *Canadian Contract Law*:

The difficulty in Canada in now giving content to or even acknowledging the continued existence of the rule stems from Rothstein J.’s statement in *Sattva Capital* that a court must look at the surrounding circumstances or “factual matrix”. It seems very difficult to separate what happened during the negotiations from the “surrounding circumstances”; in fact and notwithstanding the decision of the House of Lords in *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.* [[2009] UKHL 38], it is hard to imagine where or how the line could be drawn. [Footnote omitted; p. 746.]

The majority of the Court of Appeal may have been alluding to this difficulty when it suggested that the rule may be in need of change “as a matter of policy” (para. 112). Although we recognize the uncertainty surrounding this point of law, we would leave its resolution for another day, where it is both necessary to the disposition of the appeal and more directly addressed by the courts below and the parties in their submissions.

[101] Even accepting that the proclamation of the Spills Bill in November 1985 is objective and admissible evidence of what the parties did or ought to have had in contemplation when entering into the

sur les déversements de fait objectif que les parties connaissaient ou auraient raisonnablement dû connaître au moment de conclure leur entente, et il a conclu que [TRADUCTION] « [l]e moment où la loi sur les déversements a été adoptée par rapport à celui où l’Indemnité [de l’Ontario] a été conclue démontre que cette loi est sans aucun doute la raison pour laquelle l’Indemnité [de l’Ontario] contenait les termes supplémentaires sur lesquels se sont appuyés le juge des requêtes et les intimées » (par. 249).

[100] Soulignons que la « règle générale » qui rend inadmissible la preuve relative aux négociations particulières intervenues entre les parties et aux intentions subjectives particulières de ces dernières s’accorde mal avec la règle selon laquelle les circonstances entourant la conclusion d’un contrat en guident l’interprétation. Comme il a été souligné dans *Canadian Contract Law* :

[TRADUCTION] Au Canada, la difficulté à maintenant déterminer le contenu de la règle ou même à reconnaître le maintien de son existence découle de la déclaration du juge Rothstein dans l’arrêt *Sattva Capital* selon qui un tribunal doit tenir compte des circonstances ou du « fondement factuel ». Il semble très difficile de distinguer ce qui s’est passé lors des négociations des « circonstances »; en fait, et malgré l’arrêt de la Chambre des lords, *Chartbrook Ltd. c. Persimmon Homes Ltd.* [[2009] UKHL 38], il est difficile d’imaginer où ou encore comment tracer la ligne. [Note en bas de page omise; p. 746.]

Les juges majoritaires de la Cour d’appel faisaient peut-être allusion à cette difficulté lorsqu’ils ont laissé entendre que la règle pourrait devoir être modifiée [TRADUCTION] « pour des raisons de politique générale » (par. 112). Bien que nous soyons conscients de l’incertitude qui entoure cette question de droit, nous sommes d’avis d’en reporter la résolution à une autre occasion, lorsqu’il sera nécessaire de le faire pour trancher le pourvoi, et lorsque les juridictions inférieures se seront prononcées plus directement sur celle-ci et que les parties en auront traité plus directement dans leur argumentation.

[101] Même en acceptant que la promulgation de la loi sur les déversements en novembre 1985 soit une preuve objective et admissible de ce que les parties avaient envisagé ou auraient dû envisager au moment

Ontario Indemnity, it is a far leap from that premise to the conclusion that they would have understood “statutory or otherwise” to refer solely to claims brought under the Spills Bill, or “other third party statutory claims which could have been brought at that time” (Ontario A.F., at para. 88). This element of the factual matrix does not support the position that the indemnity excludes claims, actions or proceedings brought under legislation enacted following the execution of the Ontario Indemnity — particularly given that it is expressly said to cover those “existing at December 17, 1979 or which may arise or be asserted thereafter” (A.R., vol. IV, at p. 189 (emphasis added)).

[102] Moreover, the proposition that the enactment of the Spills Bill as a surrounding circumstance supports reading the Ontario Indemnity narrowly — as excluding the costs of first party claims — cannot be reconciled with the Spills Bill’s creation of a right of action for private persons *and for the Province of Ontario*. On this point, s. 68i(2) of the Spills Bill states:

(2) Her Majesty in right of Ontario or in right of Canada or any other person has the right to compensation,

- (a) for loss or damage incurred as a direct result of,
- (i) the spill of a pollutant that causes or is likely to cause adverse effects,
  - (ii) the exercise of any authority under subsection 1 of section 68j or the carrying out of or attempting to carry out a duty imposed or an order or direction made under this Part, or

de conclure l’Indemnité de l’Ontario, il est difficile de conclure à partir de cette prémisse que les parties comprenaient que les mots [TRADUCTION] « prévue par la loi ou autrement » renvoyaient seulement aux réclamations présentées en vertu de la loi sur les déversements ou aux « autres réclamations statutaires qui auraient pu être présentées par des tiers à ce moment-là » (m.a. Ontario, par. 88). Cet élément du fondement factuel n’étaye pas la thèse selon laquelle l’indemnité exclut les réclamations, actions ou procédures présentées en vertu d’une loi adoptée après la signature de l’Indemnité de l’Ontario — surtout qu’il est expressément indiqué qu’elle vise les réclamations, actions ou procédures « qui existai[ent] au 17 décembre 1979 ou qui étai[ent] susceptible[s] de prendre naissance ou d’être présentée[s] par la suite » (d.a., vol. IV, p. 189 (nous soulignons)).

[102] De plus, la thèse selon laquelle l’adoption de la loi sur les déversements, à titre de circonstance, appuie une interprétation restreinte de l’Indemnité de l’Ontario — interprétation selon laquelle cette indemnité exclut les frais liés aux réclamations de première partie — n’est pas conciliable avec le fait que la loi sur les déversements crée un droit d’action en faveur des particuliers *et de la province de l’Ontario*. À cet égard, le par. 68i(2) de la loi sur les déversements prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

(2) Sa Majesté du chef de l’Ontario ou du chef du Canada ou toute autre personne a le droit d’obtenir une indemnisation du propriétaire du polluant et de la personne qui exerce un contrôle sur le polluant :

- a) en ce qui concerne une perte ou un dommage subis directement à la suite :
- (i) du déversement d’un polluant qui a ou aura vraisemblablement des conséquences préjudiciables,
  - (ii) de l’exercice de tout pouvoir en vertu du paragraphe 1 de l’article 68j ou de l’exécution d’une obligation imposée, de l’application d’un arrêté pris, ou d’une directive donnée dans le cadre de la présente partie, ou de la tentative qui est faite à cette fin,

- |  |  |
|--|--|
| <p>(iii) neglect or default in carrying out a duty imposed or an order or direction made under this Part;</p> <p>(b) for all reasonable cost and expense incurred in respect of carrying out or attempting to carry out an order or direction under this Part,</p> | <p>(iii) du défaut, notamment par négligence, d'exécuter une obligation imposée ou d'appliquer un arrêté pris ou une directive donnée dans le cadre de la présente partie;</p> <p>b) en ce qui concerne les frais et les dépenses raisonnables engagés en vue de faire appliquer ou de tenter de faire appliquer un arrêté pris ou une directive donnée dans le cadre de la présente partie.</p> |
|--|--|

from the owner of the pollutant and the person having control of the pollutant.

Indeed, if the parties had (or, at least, ought to have had) the Spills Bill in contemplation when executing the Ontario Indemnity, they would have known that it created first *and* third party liability.

[103] In a similar vein, the Province also advances the curious argument that first party claims should be excluded from the scope of the Ontario Indemnity because its reference to claims, actions and proceedings brought by any “province” does not include those brought by the Government of Ontario (Ontario A.F., at paras. 43 and 93). With respect, the notion that the parties would not have understood the reference to “any province” as including the province in which the Dryden Property is located, and which clearly has the constitutional authority to enact and pursue statutory claims in circumstances such as these, is simply absurd (see motion judge’s reasons, at para. 48). Indeed, Ontario may be *the only “province”* to which this provision could apply since, in *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477, this Court held that Manitoba lacked the constitutional jurisdiction to enact and pursue a statutory claim against Dryden Chemicals in respect of the mercury contamination into the rivers.

[104] Finally, the suggestion that the scope of the indemnity excludes the costs of complying with first party regulatory orders is further undermined by its express application to claims, actions and proceedings

En fait, si les parties avaient (ou, du moins, devaient avoir) envisagé la loi sur les déversements lorsqu’elles ont signé l’Indemnité de l’Ontario, elles auraient su qu’elle créait une responsabilité à l’égard des premières parties *et* des tiers.

[103] Dans le même ordre d’idées, la province avance aussi l’argument pour le moins étrange selon lequel les réclamations de première partie devraient être exclues du champ d’application de l’Indemnité de l’Ontario parce que les réclamations, actions et procédures présentées par [TRADUCTION] « toute province » auxquelles elle fait référence n’englobent pas celles présentées par le gouvernement de l’Ontario (m.a. Ontario, par. 43 et 93). Avec égards, l’idée selon laquelle les parties n’auraient pas saisi que les termes « toute province » incluaient la province dans laquelle la propriété de Dryden est située et qui a clairement le pouvoir constitutionnel d’édicter et de faire valoir des réclamations statutaires en pareilles circonstances est simplement absurde (voir motifs du juge des requêtes, par. 48). En effet, l’Ontario est peut-être *la seule « province »* à laquelle pourrait s’appliquer cette disposition puisque dans l’arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, notre Cour a conclu que le Manitoba n’avait pas le pouvoir constitutionnel d’édicter et de faire valoir une réclamation statutaire contre Dryden Chemicals relativement à la contamination par le mercure des rivières.

[104] Enfin, l’idée selon laquelle le champ d’application de l’indemnité exclut les frais engagés pour se conformer aux ordonnances réglementaires de première partie est affaiblie davantage par le fait

brought by “any agency, body or authority created by statutory or other authority” (A.R., vol. IV, at p. 189). The role of such agencies, bodies or authorities is to act under the authority of Ontario statutes or regulations by, in this case, issuing regulatory orders such as that at issue in this appeal.

[105] In light of the foregoing, we see no reversible error in the motion judge’s consideration of the factual matrix, nor, therefore, in his interpretation of the Province’s obligation under para. 1 of the Ontario Indemnity as extending to first party claims, including those brought under subsequently-enacted legislation.

(2) Did the Motion Judge Err in Failing to Read Paragraph 1 of the Ontario Indemnity in Light of the Agreement as a Whole?

[106] In support of its second argument, the Province submits that paras. 2 and 3 of the Ontario Indemnity, which give Ontario the right to take carriage of a pollution claim and oblige the companies to cooperate with Ontario in relation to a pollution claim, are typical of third party indemnities, such that it should be clear that the Ontario Indemnity was not meant to address first party claims as well. Those two provisions read as follows:

2. Upon the receipt of notice of any Pollution Claim directed to Great Lakes or Reed or any predecessor in title of Reed, Great Lakes or Reed or failing Reed, International, as the case may be, shall promptly notify Ontario in writing of receipt of such notice giving reasonable particulars thereof, and Ontario shall have the right to elect to either take carriage of the defence or to participate in the defence and/or settlement of the Pollution Claim and any proceeding relating thereto as Ontario deems appropriate.

que l’indemnité s’applique expressément aux réclamations, actions et procédures intentées par [TRANSDUCTION] « tout organisme ou autorité créé en vertu d’un pouvoir statutaire ou d’un autre pouvoir » (d.a., vol. IV, p. 189). Le rôle de tels organismes ou autorités est d’agir en vertu des lois ou des règlements de l’Ontario en rendant des ordonnances réglementaires comme celle en cause en l’espèce.

[105] Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons aucune erreur révisable dans l’examen que le juge des requêtes a fait du fondement factuel et nous n’en voyons donc aucune dans son interprétation de l’obligation qu’a la province en vertu du par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario, interprétation selon laquelle cette indemnité s’étend aux réclamations de première partie, y compris celles présentées en vertu d’une loi adoptée subséquemment.

(2) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en ne lisant pas le par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario à la lumière de l’entente dans son ensemble?

[106] À l’appui de son deuxième argument, la province soutient que les par. 2 et 3 de l’Indemnité de l’Ontario, lesquels confèrent à l’Ontario le droit de prendre en charge une réclamation pour pollution et obligent les sociétés à collaborer avec cette province dans le contexte d’une réclamation pour pollution, sont typiques des indemnités de tiers, de sorte qu’il devrait être clair que l’Indemnité de l’Ontario n’était pas censée viser également les réclamations de première partie. Ces deux dispositions sont rédigées en ces termes :

[TRANSDUCTION]

2. Sur réception d’un avis de toute réclamation pour pollution adressé à Great Lakes, à Reed ou à tout prédécesseur en titre de Reed, Great Lakes, Reed, ou à défaut de Reed, International, selon le cas, avise rapidement, par écrit, l’Ontario de la réception de cet avis et en donne des détails raisonnables; l’Ontario a le droit de choisir d’assumer la défense ou de participer à la défense et/ou au règlement de la réclamation pour pollution et de toute procédure y afférente, selon ce qu’il estime approprié.

3. Where a Pollution Claim is brought against any of the companies referred to in paragraph 1 hereof, the said companies shall fully cooperate with Ontario in the investigation and defence and settlement of any such Pollution Claim and shall use their best efforts to obtain the cooperation of all personnel having any knowledge or information relevant to any such Pollution Claim and shall make available to Ontario all information . . . .

[107] We agree with Laskin J.A. that these provisions “are meaningful only for third party claims” against the indemnified parties, and are “utterly meaningless” in the context of first party claims and orders, such as the Director’s Order (para. 268). Nor did this escape the motion judge. Rather, he viewed the notification requirement in para. 2 as being “not inconsistent with the Province’s obligation to indemnify Weyerhaeuser and Resolute for their costs of complying with the [Director’s Order]” (para. 48). In other words, while para. 2 does not provide for first party indemnity, it did not exclude it either, and does not oust the language in para. 1 which clearly includes it. As Weyerhaeuser points out, “[t]he fact that some procedural provisions may be unnecessary or redundant in the case of certain types of claims does not mean that a [c]ourt should ignore clear language confirming that those claims are covered by the [Ontario] Indemnity” (Weyerhaeuser R.F. (Ontario Appeal), at para. 55). (This reasoning would also apply to para. 3, given its similarity to para. 2.) Again, we see no reversible error here.

(3) Did the Motion Judge Commit Palpable and Overriding Errors of Fact in His Findings of Fact?

[108] The Province’s third submission relies upon what it says were two palpable and overriding errors of fact by the motion judge. It points, first, to the motion judge’s suggestion that Great Lakes “continued to spend significant amounts of money to modernize

3. Lorsqu’une réclamation pour pollution est présentée contre l’une ou l’autre des sociétés dont il est question au paragraphe 1 des présentes, lesdites sociétés doivent pleinement collaborer avec l’Ontario à l’enquête, à la défense et au règlement de la réclamation. Elles doivent également mettre tout en œuvre pour obtenir la collaboration de tout le personnel ayant des connaissances ou des informations pertinentes relativement à la réclamation pour pollution et communiquer à l’Ontario tous les renseignements dont elles disposent . . .

[107] Nous convenons avec le juge Laskin que ces dispositions [TRADUCTION] « n’ont de sens qu’à l’égard des réclamations de tiers » présentées à l’encontre des parties indemnisées, et qu’elles sont « dénuées de tout sens » dans le contexte de réclamations et d’ordonnances de première partie, tel l’arrêté du directeur (par. 268). Cela n’a pas non plus échappé au juge des requêtes. Celui-ci a plutôt estimé que l’obligation d’aviser imposée par le par. 2 n’était [TRADUCTION] « pas incompatible avec l’obligation qui incombe à la province d’indemniser Weyerhaeuser et Résolu pour les frais engagés pour se conformer à l’[arrêté du directeur] » (par. 48). Autrement dit, s’il ne prévoit pas d’indemnisation de première partie, le par. 2 ne l’exclut pas non plus, et il n’écarte pas le libellé du par. 1 qui la prévoit clairement. Comme le souligne Weyerhaeuser, [TRADUCTION] « [c]e n’est pas parce que certaines dispositions procédurales peuvent être inutiles ou redondantes pour certains types de réclamations qu’un tribunal ne doit pas prendre en considération un texte clair qui confirme que ces réclamations sont visées par l’indemnité [de l’Ontario] » (m.i. Weyerhaeuser (pourvoi de l’Ontario), par. 55). (Ce raisonnement s’appliquerait aussi au par. 3, étant donné sa ressemblance avec le par. 2.) Là encore, nous ne voyons aucune erreur révisable.

(3) Le juge des requêtes a-t-il commis des erreurs manifestes et déterminantes dans ses conclusions de fait?

[108] Le troisième argument de la province repose sur ce qu’elle affirme être deux erreurs de fait manifestes et déterminantes commises par le juge des requêtes. La province renvoie d’abord à la déclaration de ce dernier que Great Lakes a [TRADUCTION] « continué



the pulp and paper operation in Dryden” as part of the Settlement Agreement (para. 48). This statement shows, the Province says, that he failed to appreciate that such modernization efforts were given in exchange for the 1979 Indemnity, and that they formed no part of the consideration given by Great Lakes for the Ontario Indemnity. The second putative error is said to be found in the motion judge’s conclusion, unsupported by evidence, that the waste disposal site was the source of the mercury contamination into the English and Wabigoon rivers.

[109] We begin by rejecting the proposition that the motion judge erred when he stated that the Ontario Indemnity “replaced the 1979 Indemnity and was part of the settlement of the lawsuit in which Great Lakes agreed to pay millions of dollars, and also continued to spend significant amounts of money to modernize the pulp and paper operation in Dryden” (para. 48). Specifically, and contrary to the position taken by our colleagues in the majority, the motion judge did not actually find that the modernization commitment was given to the Province *as part of the settlement in 1985*. Rather, he simply observed that Great Lakes continued to invest in the Dryden pulp and paper mill through to 1985, as it was required to do in exchange for the 1979 Indemnity (which, as the motion judge properly found, was subsequently replaced by the Ontario Indemnity). We agree with the Court of Appeal that there is ample evidence in the record supporting these findings, and that no basis for appellate intervention is disclosed.

[110] In any event, and to the extent that either of these are “errors”, or even “palpable” errors, we again agree with the majority at the Court of Appeal that they could not possibly have had an overriding effect on the conclusion reached by the motion judge. In our respectful view, neither the Province nor our colleagues remotely justify the exaggerated claim that such minor and collateral findings of fact somehow acquired an overriding significance so as to determine the outcome of the case (*Benhaim*

de dépenser beaucoup d’argent à la modernisation de l’exploitation de pâtes et papiers de Dryden », conformément à la Convention de règlement (par. 48). Selon elle, cette déclaration montre que le juge n’a pas compris que ces efforts de modernisation étaient consentis en contrepartie de l’Indemnité de 1979, et qu’ils ne faisaient pas partie de la contrepartie donnée par Great Lakes en échange de l’Indemnité de l’Ontario. La deuxième erreur soi-disant commise par le juge se trouverait dans sa conclusion, non étayée par la preuve, que le lieu d’élimination des déchets était la source de la contamination par le mercure des rivières English et Wabigoon.

[109] Nous commençons par rejeter la proposition selon laquelle le juge des requêtes a commis une erreur en disant que l’Indemnité de l’Ontario [TRADUCTION] « a remplacé l’Indemnité de 1979 et faisait partie du règlement de la poursuite dans le cadre duquel Great Lakes a consenti à verser des millions des dollars, en plus de continuer de dépenser beaucoup d’argent à la modernisation de l’exploitation de pâtes et papiers de Dryden » (par. 48). Plus précisément, et contrairement à la position adoptée par nos collègues de la majorité, le juge des requêtes n’a pas vraiment conclu que la promesse de modernisation avait été faite à la province *dans le cadre du règlement de 1985*. Il a plutôt simplement fait observer que Great Lakes avait continué à investir dans l’usine de pâtes et papiers située à Dryden jusqu’en 1985, comme elle était tenue de le faire en contrepartie de l’Indemnité de 1979 (qui, comme l’a conclu à juste titre le juge des requêtes, a par la suite été remplacée par l’Indemnité de l’Ontario). Nous convenons avec la Cour d’appel que la preuve au dossier étaye amplement ces conclusions et qu’il n’y a aucune raison d’intervenir en appel.

[110] Quoi qu’il en soit, et dans la mesure où il s’agit dans l’un ou l’autre cas d’« erreurs », ou même d’erreurs « manifestes », nous convenons aussi avec les juges majoritaires de la Cour d’appel que ces soi-disant erreurs ne sauraient avoir eu d’effet déterminant sur la conclusion du juge des requêtes. À notre humble avis, ni la province ni nos collègues n’ont un tant soit peu justifié la prétention exagérée voulant que des conclusions de fait mineures et accessoires de la sorte aient acquis une importance primordiale

*v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at para. 38, quoting *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46) — particularly where the motion judge’s ultimate conclusion on the scope of the indemnity rested on *different* factual and contextual considerations. This ground of appeal must fail.

(4) Did the Motion Judge’s Interpretation of the Ontario Indemnity Render the Agreement Unenforceable as an Impermissible Fetter on the Legislature’s Law-Making Powers?

[111] The Province’s argument here is that the motion judge’s interpretation of the Ontario Indemnity — that it extends to the cost of compliance with first party statutory claims made under legislation enacted *after* the indemnity was given to Great Lakes and Reed in 1985 — has the impermissible effect of indirectly fettering the legislature’s law-making power. *Ex hypothesi*, the expense that the Province would incur by indemnifying Great Lakes and Reed for compliance with such statutory claims would deter the legislature from enacting the enabling legislation in the first place. Based on the “presumption of law in favour of a legal, enforceable interpretation of a contract”, the Province says that the motion judge’s interpretation should be rejected and the Ontario Indemnity should instead be read as excluding the costs of complying with the Director’s Order and other first party statutory claims based on legislation enacted post-1985 (Ontario A.F., at para. 132).

[112] This argument rests on two key premises. The first is that the motion judge “implied a term into [the Ontario Indemnity] under which [the Province] is required to compensate for costs incurred to comply with an order made under future legislation” (Ontario A.F., at para. 116 (emphasis added)). The second is that a contract that *implicitly* discourages legislative action is invalid and unenforceable. As to this second point, the Province says that an indirect fetter of legislative power — which occurs where a

au point de déterminer l’issue de l’affaire (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 38, citant *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46) — en particulier lorsque la conclusion finale du juge des requêtes sur le champ d’application de l’indemnité reposait sur des considérations factuelles et contextuelles *différentes*. Ce moyen d’appel doit être rejeté.

(4) L’interprétation donnée par le juge des requêtes à l’Indemnité de l’Ontario a-t-elle pour effet de rendre l’entente non exécutoire parce qu’elle constitue une entrave inacceptable aux pouvoirs de légiférer de la législature?

[111] L’argument ici avancé par la province est que l’interprétation que le juge des requêtes a faite de l’Indemnité de l’Ontario — interprétation selon laquelle elle s’étend aux frais engagés pour donner suite aux réclamations de première partie faites en vertu d’une loi adoptée *après* que l’indemnité ait été consentie à Great Lakes et à Reed en 1985 — a comme effet inacceptable d’entraver indirectement le pouvoir de légiférer de la législature. Suivant cette hypothèse, la dépense qu’engagerait la province pour indemniser Great Lakes et Reed afin qu’elles puissent donner suite à de telles réclamations aurait pour effet de dissuader la législature d’adopter la loi habilitante. Compte tenu de la [TRADUCTION] « présomption de droit favorisant une interprétation contractuelle qui soit légale et exécutoire », la province affirme que l’interprétation du juge des requêtes devrait être rejetée et que l’Indemnité de l’Ontario devrait plutôt être interprétée comme excluant les frais engagés pour se conformer à l’arrêté du directeur et pour donner suite à d’autres réclamations de première partie fondées sur une loi adoptée après 1985 (m.a. Ontario, par. 132).

[112] Cet argument repose sur deux prémisses clés. La première est que le juge des requêtes [TRADUCTION] « a introduit comme modalité implicite à [l’Indemnité de l’Ontario] que [la province] devait verser une indemnité pour les frais engagés pour se conformer à une ordonnance prise en vertu d’une loi future » (m.a. Ontario, par. 116 (nous soulignons)). La deuxième est qu’un contrat qui *discourage implicitement* une action législative est invalide et non exécutoire. À ce sujet, la province affirme qu’une entrave indirecte au pouvoir

contract imposes an obligation on the government to compensate the other contracting party in the event of future legislative action or inaction — “should only be permitted where there is an express intention to allocate commercial risk” in this manner (Ontario A.F., at para. 115).

[113] We agree with the majority at the Court of Appeal. The Province’s argument rests on a mischaracterization of the terms of the Ontario Indemnity, and a significant misunderstanding of the doctrine of fettering.

- (a) *The Motion Judge Did Not Imply Any Terms Into the Ontario Indemnity Regarding the Effect of Orders Pursuant to Subsequently-Enacted Legislation*

[114] We begin by rejecting the Province’s stated but unelaborated premise that the motion judge’s conclusion rested on the implication of terms. Rather, his conclusion was drawn from a straightforward interpretation of the scope of the Province’s obligation, expressly stated in para. 1 of the Ontario Indemnity as extending to “any obligation, liability, damage, loss, costs or expenses incurred . . . as a result of any claim, action or proceeding . . . existing at December 17, 1979 or which may arise or be asserted thereafter” (A.R., vol. IV, at p. 189 (emphasis added)). The motion judge’s conclusion is fortified by para. 4, which provides that the indemnity is valid “without limitation as to time” (*ibid.*, at p. 191). These provisions contemplate that Reed and Great Lakes are to be indemnified in respect of *all* Pollution Claims, as defined, *whenever asserted*. Neither the text nor the surrounding circumstances support the restriction that the Province would seek to have recognized.

[115] The majority at the Court of Appeal was correct. There was no error — let alone a palpable and overriding error — in the motion judge’s conclusion that the Ontario Indemnity requires the Province to indemnify the costs of compliance with an order

législatif — qui se produit lorsqu’un contrat impose au gouvernement l’obligation d’indemniser l’autre partie contractante en cas d’action ou d’inaction législative future — [TRADUCTION] « ne devrait être permise que s’il existe une intention expresse de répartir [ainsi] le risque commercial » (m.a. Ontario, par. 115).

[113] Nous partageons l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel. L’argument de la province repose sur une interprétation erronée des modalités de l’Indemnité de l’Ontario et sur une très mauvaise compréhension de la doctrine de l’entrave.

- a) *Le juge des requêtes n’a introduit aucune modalité implicite à l’Indemnité de l’Ontario en ce qui a trait à l’effet des ordonnances prises en vertu d’une loi adoptée subséquemment*

[114] Nous commençons par rejeter la prémisse mise de l’avant sans plus d’explication par la province que la conclusion du juge des requêtes reposait sur l’introduction de modalités implicites. Sa conclusion reposait plutôt sur une interprétation simple de la portée de l’obligation de la province, explicitement énoncée au par. 1 de l’Indemnité de l’Ontario, selon laquelle celle-ci s’étendait à [TRADUCTION] « l’ensemble des obligations, responsabilités, dommages, pertes, frais ou dépenses qu’est susceptible d’entraîner [. . .] toute réclamation, action ou procédure [. . .] qui existait au 17 décembre 1979 ou qui était susceptible de prendre naissance ou d’être présentée par la suite » (d.a., vol. IV, p. 189 (nous soulignons)). La conclusion du juge des requêtes est renforcée par le par. 4, qui prévoit que l’indemnité n’est assujettie [TRADUCTION] « à aucune limite de temps » (*ibid.*, p. 191). Il ressort de ces dispositions que Reed et Great Lakes doivent être indemnisées à l’égard de *toute* réclamation pour pollution, tel que cette expression est définie, *peu importe le moment où elle est présentée*. Ni le libellé du texte ni les circonstances n’appuient la restriction que la province souhaiterait voir reconnue.

[115] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont raison. Il n’y a aucune erreur — et encore moins une erreur manifeste et déterminante — dans la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l’Indemnité de l’Ontario oblige la province à verser une

made under subsequently-enacted legislation. More to the point, the motion judge implied no term into the agreement.

- (b) *The Fettering Doctrine Does Not Render Unenforceable Any Contract That Discourages Legislative Action or Inaction, Whether Implicitly or Explicitly*

[116] As a matter of constitutional law, the executive of the Canadian state cannot bind or restrict the legislature’s sovereign law-making power, whether by contract or otherwise. As this Court affirmed in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, “Ministers of State cannot . . . by means of contractual obligations entered into on behalf of the State fetter their own freedom, or the freedom of their successors or the freedom of other members of parliament, to propose, consider and, if they think fit, vote for laws, even laws which are inconsistent with the contractual obligations” (p. 560, quoting *West Lakes Ltd. v. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, at p. 390). Similarly, this Court recently explained in *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, that “the executive is incapable of interfering with the legislature’s power to enact, amend and repeal legislation”, with the result being that “[a]n executive agreement that purports to bind the parties’ respective legislatures cannot, therefore, have any such effect” (para. 53).

[117] It follows that a contract entered into by the executive that purports to require that a certain law be enacted, amended or repealed cannot be enforced by way of injunction or specific performance. The legislature’s sovereign power to “make or unmake any law whatever” means that it can never be bound by such an order (P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 324). This is sometimes referred to as the rule against “direct fettering”.

indemnité pour les frais engagés pour se conformer à une ordonnance prise en vertu d’une loi adoptée subséquemment. Plus précisément, le juge des requêtes n’a introduit aucune modalité implicite dans l’entente.

- b) *La doctrine de l’entrave ne rend pas non exécutoire le contrat qui décourage, implicitement ou explicitement, une action ou une inaction législative*

[116] Sur le plan constitutionnel canadien, le pouvoir exécutif ne peut lier l’exercice souverain du pouvoir législatif ni restreindre celui-ci, que ce soit par contrat ou autrement. Comme la Cour l’a affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, [TRADUCTION] « [l]es ministres d’État ne sauraient [. . .] au moyen d’obligations contractées pour le compte de l’État, imposer des restrictions à leur propre liberté, à celle de leurs successeurs ou à celle d’autres députés, de proposer, d’étudier et, s’ils le jugent opportun, de voter des lois, fussent-elles incompatibles avec les obligations contractuelles » (p. 560, citant *West Lakes Ltd. c. South Australia* (1980), 25 S.A.S.R. 389, p. 390). De même, notre Cour a récemment expliqué dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, que « le pouvoir exécutif est incapable de restreindre le pouvoir de la législature d’adopter, de modifier et d’abroger des lois », de sorte qu’« [u]n accord conclu par différents exécutifs et censé lier les législatures respectives des parties ne peut donc avoir un tel effet » (par. 53).

[117] Il s’ensuit qu’un contrat conclu par le pouvoir exécutif qui vise à obliger à ce qu’une certaine loi soit adoptée, modifiée ou abrogée ne peut faire l’objet d’une exécution par injonction ou en nature. Le pouvoir souverain de la législature [TRADUCTION] « de faire ou d’abroger quelque loi que ce soit » signifie que l’exercice de ce pouvoir ne peut être lié par une telle prescription (P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 324). C’est ce qu’on appelle parfois la règle interdisant l’« entrave directe ».

[118] At the same time — and this is the point that eludes the Province — there is an important difference between a contract that impermissibly *fetters* the legislature’s power to enact, amend and repeal legislation, and a contract whose breach by the Crown exposes it to *liability*. Where the legislature exercises its law-making power in a manner inconsistent with the terms of a contract, the Crown may still face consequences in the form of liability in damages. While the possibility of such liability may deter the legislature from acting in a manner that runs contrary to the Crown’s contractual promises — sometimes referred to as an “indirect fetter” — the legislature is not thereby truly *fettered*. Its freedom of action in these circumstances “is not diminished by holding that the enactment of a particular piece of legislation gives rise to an action for damages for breach of contract” (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at p. 453; see also K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at p. 2-10). As is explained in *Liability of the Crown*:

While a contract entered into by the Crown (or anyone else) cannot validly impose a *direct* fetter on legislative power, an exercise of legislative power in breach of contract will give rise to an obligation on the Crown to compensate the private contracting party for any loss suffered by the breach of contract. That obligation is an *indirect* fetter on legislative power, but it is not forbidden by the rule against fettering; on the contrary, it is required by the rule of law. [Emphasis in original; p. 325.]

[119] We say nothing new here: the same point emerges from *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199. There, the claimant Wells served as a commissioner on a statutory board, under a contract which entitled him to hold office during good behaviour until the age of 70. By legislation, the board was restructured and Wells’ office was abolished. When he was not reappointed to the new board, he sued for breach of contract.

[118] Par ailleurs — et c’est le point qui échappe à la province —, il y a une différence importante entre un contrat qui *entrave* de façon inacceptable le pouvoir de la législature d’adopter, de modifier et d’abroger une loi, et un contrat dont une violation par la Couronne expose celle-ci à une *responsabilité*. Si la législature exerce son pouvoir de légiférer d’une manière incompatible avec les modalités d’un contrat, la Couronne peut quand même être exposée à des conséquences prenant la forme d’une responsabilité pour dommages. Bien que l’éventualité d’une telle responsabilité puisse dissuader la législature d’agir d’une manière qui va à l’encontre des promesses contractuelles de la Couronne, ce qu’on appelle parfois une « entrave indirecte », la législature n’est pas de ce fait véritablement *entravée*. Sa liberté d’action dans les circonstances [TRADUCTION] « n’est pas réduite du fait que l’on affirme que l’édiction d’une mesure législative en particulier donne ouverture à une action en dommages-intérêts pour violation de contrat » (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7<sup>e</sup> éd. 2017), p. 453; voir aussi K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 2-10). Comme il est expliqué dans l’ouvrage *Liability of the Crown* :

[TRADUCTION] Bien qu’un contrat conclu par la Couronne (ou par n’importe qui d’autre) ne puisse valablement imposer d’entrave *directe* au pouvoir législatif, l’exercice de ce pouvoir en violation dudit contrat donnera naissance à une obligation pour la Couronne d’indemniser la partie contractante privée pour toute perte subie en conséquence de cette violation. Cette obligation est une entrave *indirecte* au pouvoir législatif, mais elle n’est pas interdite par la règle interdisant l’entrave; au contraire, elle est requise par la primauté du droit. [En italique dans l’original; p. 325.]

[119] Il n’y a rien de nouveau dans ce que nous venons de dire : la même chose se dégage de l’arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199. Dans cette affaire, le demandeur, M. Wells, était commissaire au sein d’un organisme établi par la loi, en vertu d’un contrat qui lui permettait d’occuper son poste à titre inamovible jusqu’à l’âge de 70 ans. La commission a été restructurée et le poste de M. Wells aboli par voie législative. N’ayant pas été nommé à la nouvelle commission, il a intenté une poursuite pour violation de contrat.



[120] While accepting that the legislature had throughout retained *unfettered* authority to restructure the Board and eliminate Wells' office, this Court nonetheless found for Wells by applying the "crucial distinction . . . between the Crown legislatively avoiding a contract, and altogether escaping the legal consequences of doing so" (para. 41). The Court went on to explain that:

In a nation governed by the rule of law, we assume that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to. In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations — rights of the highest importance to the individual — those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation's understanding of the relationship between the state and its citizens. [para. 46]

[121] *Wells* therefore affirms the distinction between *fettering* and *exposure to liability*. A legislature must be free — that is, *unfettered* — to exercise its law-making powers as it sees fit, within constitutional bounds. But where the legislature exercises its powers in such a way as to breach a government contract (that is, a contract between the executive and a counterparty), the Crown is, as a general rule, liable, unless the legislature also expressly and unambiguously extinguished the counterparty's rights of action or excluded Crown liability.

[122] *Even if*, therefore (to return to the facts of this appeal), the Ontario Indemnity has the effect of imposing liability upon the Province to indemnify against first party claims — or even of deterring or otherwise discouraging the legislature from exercising its law-making power in a certain way — *Wells* makes it clear that these effects do not render the agreement unenforceable at law. *Wells* also undermines the proposition, advanced by the Province, that indirect fettering "should only be permitted where there is an express intention to allocate commercial

[120] Bien qu'elle ait reconnu que la législature avait toujours conservé le pouvoir *libre de toute entrave* de restructurer la Commission et d'éliminer le poste occupé par M. Wells, notre Cour a néanmoins conclu en faveur de ce dernier en appliquant la « distinction fondamentale [qui existe] entre le fait pour la Couronne de se soustraire à l'exécution d'un contrat au moyen d'une loi, et le fait d'échapper entièrement aux conséquences juridiques d'une telle mesure » (par. 41). La Cour a ensuite expliqué :

Dans un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire. Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens. [par. 46]

[121] L'arrêt *Wells* confirme donc la distinction entre l'*entrave* et le *fait de s'exposer à une responsabilité*. Une législature doit être libre — c'est-à-dire *n'être soumise à aucune entrave* — d'exercer ses pouvoirs de légiférer comme elle le juge indiqué, dans les limites fixées par la Constitution. Cependant, si elle exerce ses pouvoirs d'une façon telle qu'elle viole un contrat gouvernemental (c'est-à-dire un contrat entre le pouvoir exécutif et une partie cocontractante), la Couronne est, en règle générale, responsable, à moins que la législature ait aussi, expressément et sans équivoque, éteint les droits d'action de la partie cocontractante ou exclu la responsabilité de la Couronne.

[122] *Même si*, par conséquent (pour revenir aux faits du présent pourvoi), l'Indemnité de l'Ontario a pour effet d'imposer à la province une obligation de couvrir les réclamations de première partie — ou même de dissuader ou autrement décourager la législature d'exercer son pouvoir de légiférer d'une certaine façon —, l'arrêt *Wells* établit clairement que ces effets ne rendent pas l'entente non exécutoire en droit. L'arrêt *Wells* mine également la thèse, avancée par la province, selon laquelle l'entrave indirecte [TRADUCTION] « ne devrait être permise que s'il

risk” (Ontario A.F., at para. 115), since there was no such express allocation in that case. Even though Wells’ employment contract was silent on the point of compensation in the event of abolition of his office, this Court had no difficulty finding that “[t]he most plausible interpretation of the respondent’s terms of employment is that while his position, and the authority flowing from it, could be eliminated, he could not be deprived of the benefits of the job except by virtue of age or bad behaviour” (para. 36).

[123] For its part, the Province relies heavily on this Court’s decision in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919 (“*Pacific National No. 1*”). At issue in that case was a contract between Pacific National Investments (“PNI”) and the City of Victoria, which required PNI to redevelop a seaside neighbourhood and required the City to pass the necessary zoning and to grant subdivision. Bowing to public pressure, the City subsequently down-zoned to limit further development, thereby scuttling PNI’s redevelopment. PNI sued, arguing that its contract implicitly prohibited the City from re-zoning the lands until the expiry of a reasonable amount of time, and that the City breached this implicit term when it re-zoned the land.

[124] In finding for the City, this Court explained that, as a creature of statute, the City could only agree to the implied term posited by PNI if it had the statutory authority to do so. And even accepting that such a term might be read into the contract, such a term would nevertheless have been invalid as “an illegal fetter on [the City’s] discretionary legislative powers” (para. 66). Indeed, the Court went as far as to reject the distinction between direct and indirect fettering, stating that “an agreement to compensate for a legislative decision . . . is no more acceptable than an outright restriction on the legislative power” (para. 63). Here, the Court was responding to an argument that a “duty to compensate . . . along these lines would necessarily make that legislative choice subject to considerations other than an objective

existe une intention expresse de répartir le risque commercial » (m.a. Ontario, par. 115), puisqu’aucune répartition expresse de ce genre n’a été faite en l’espèce. Même si le contrat d’emploi de M. Wells était muet sur la question de l’indemnisation en cas d’abolition de son poste, notre Cour n’a eu aucune difficulté à conclure que « [l]’interprétation la plus vraisemblable des conditions d’emploi de l’intimé est que même si son poste et le pouvoir qui en découle pouvaient être abolis, il ne pouvait pas être privé des avantages de l’emploi sauf en raison de son âge ou d’une inconduite » (par. 36).

[123] Pour sa part, la province s’appuie fortement sur l’arrêt de notre Cour *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919 (« *Pacific National n° 1* »). Cette affaire portait sur un contrat intervenu entre Pacific National Investments (« PNI ») et la Ville de Victoria, aux termes duquel PNI devait réaménager un quartier situé au bord de la mer alors que la Ville devait adopter le zonage nécessaire et approuver le lotissement. S’inclinant devant la pression publique, la Ville a par la suite modifié le zonage afin de limiter l’aménagement ultérieur, torpillant ainsi le plan de réaménagement de PNI. Cette dernière a engagé des poursuites, soutenant que son contrat interdisait implicitement à la Ville de modifier le zonage des terrains avant l’expiration d’un délai raisonnable et que la Ville avait contrevenu à cette clause implicite en modifiant le zonage des terrains.

[124] En concluant en faveur de la Ville, notre Cour a expliqué qu’en tant que création statutaire, la Ville ne pouvait consentir à une clause implicite comme celle invoquée par PNI que si la loi lui conférait le pouvoir de le faire. Et, même en admettant qu’une telle clause puisse être considérée comme faisant partie du contrat, elle aurait été invalide puisqu’elle aurait constitué « une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la [Ville] » (par. 66). En fait, la Cour est même allée jusqu’à rejeter la distinction entre l’entrave directe et indirecte, affirmant qu’« une entente d’indemnisation pour une décision en matière de réglementation [. . .] n’est pas plus acceptable qu’une restriction catégorique du pouvoir de réglementation » (par. 63). La Cour répondait alors à l’argument voulant qu’une

examination of what is best for the community of which [PNI] is undoubtedly also a part” (para. 64).

[125] The difficulty is that this reasoning is irreconcilable with the Court’s decision only one year earlier in *Wells*. If the law commands that Wells be entitled to compensation for the breach of his employment contract that resulted from legislative action, we struggle to explain why the law would not operate similarly so as to entitle PNI to compensation for the breach of its development contract with the City when the City Council decided to “down-zone” the seaside lands. We note that the reasoning in *Pacific National No. 1* has been the subject of heavy criticism on this very issue of fettering. The authors of *Liability of the Crown* take the view that “the decision is wrong, even if it is limited to the exercise of municipal legislative powers” (p. 328 (emphasis added)); see also *Government Liability*, at p. 2-10; and *Andrews v. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42, at paras. 34-41). Likewise, Perell J. in *Rio Algom Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 550, said there is “a very strong argument that *Pacific National No. 1* is wrong and inconsistent with other equally binding and authoritative Supreme Court of Canada’s decisions” (para. 153 (CanLII) (emphasis added)); see also *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership v. Ontario (Minister of Aboriginal Affairs)*, 2013 ONSC 7141, 118 O.R. (3d) 356, at paras. 53-59).

[126] Significantly, this Court in *Pacific National No. 1* did not purport to overrule *Wells*, and instead distinguished it on two bases. First, the majority observed that *Wells* “did not deal with a contract governing the exercise of municipal legislative powers” (para. 61). The logic appears to be that, unlike a province, a municipality cannot indirectly fetter its law-making powers in the absence of “legislation

« obligation d’indemniser [. . .] de ce genre [. . .] assujettirait nécessairement cette décision [en matière de réglementation] à des considérations autres que l’examen objectif du meilleur intérêt de la collectivité [dont PNI fait indubitablement aussi partie] » (par. 64).

[125] Le problème tient à ce que ce raisonnement est inconciliable avec l’arrêt *Wells* que notre Cour a rendu seulement un an plus tôt. Si le droit exige que M. Wells ait droit à une indemnité pour la violation de son contrat d’emploi résultant d’une action législative, il nous est difficile d’expliquer pourquoi le droit ne s’appliquerait pas de la même manière afin de permettre à PNI d’être indemnisée pour la violation de son contrat d’aménagement avec la Ville lorsque le conseil municipal a décidé de « modifier le zonage » des terrains situés au bord de la mer. Soulignons que le raisonnement suivi dans l’arrêt *Pacific National n° 1* a été fortement critiqué sur la question précise de l’entrave. Les auteurs de l’ouvrage *Liability of the Crown* estiment que [TRADUCTION] « la décision est erronée, même si elle se limite à l’exercice des pouvoirs de réglementation municipaux » (p. 328 (nous soulignons); voir aussi *Government Liability*, p. 2-10; et *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42, par. 34-41). De même, le juge Perell a dit, dans la décision *Rio Algom Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 550, que [TRADUCTION] « des raisons solides permettent d’avancer que l’arrêt *Pacific National n° 1* est erroné et qu’il est incompatible avec d’autres arrêts de la Cour suprême du Canada dont la force obligatoire et la valeur de précédent sont équivalentes » (par. 153 (CanLII) (nous soulignons); voir aussi *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership c. Ontario (Minister of Aboriginal Affairs)*, 2013 ONSC 7141, 118 O.R. (3d) 356, par. 53-59).

[126] Fait important, dans *Pacific National n° 1*, notre Cour n’entendait pas écarter l’arrêt *Wells*, et elle a plutôt établi une distinction entre celui-ci et l’affaire dont elle était saisie pour deux raisons. Premièrement, les juges majoritaires ont fait observer que, dans l’affaire *Wells*, « [i] n’était pas question [. . .] d’un contrat régissant l’exercice de pouvoirs de réglementation municipaux » (par. 61). Le raisonnement

expressing a public policy permitting it to do so” (para. 65). With great respect, and while the failing may well be ours, this distinction eludes us. As Bastarache J. observed in dissent, public policy would tend to work the other way — there is no reason why the principle that the government should honour its commitments unless its legislature explicitly exercises the power not to (as was stated in *Wells*, at para. 46) should not apply with equal force in the context of municipalities (see *Pacific National No. 1*, at para. 112). In any event, this distinction would not assist the Province here, since it — and not a municipality — agreed to the Ontario Indemnity. Meaning, the circumstances of this appeal are analogous to *Wells*, and not to *Pacific National No. 1*.

[127] The second way that the majority in *Pacific National No. 1* distinguished *Wells* was to describe *Wells*’ employment agreement as “a business contract in relation to the hiring of senior civil servants” (para. 61). In other words, a distinction was drawn between “business contracts” which *can* have the effect of indirectly fettering law-making powers, and other kinds of contracts which *cannot*. Again with great respect, we do not see the significance of this distinction — particularly since the contract in *Pacific National No. 1* for land redevelopment could hardly have been seen as less of a “business contract” than *Wells*’ employment contract. In any event, if the principle that the government should honour its commitments unless its legislature explicitly exercises the power not to is to be cast aside, we see no reason for doing so in respect of one kind of contract and not another.

[128] We also note that the statements in *Pacific National No. 1* regarding fettering were called into question only four years later when that dispute found its way back to this Court in *Pacific National*

semble être que, contrairement à une province, une municipalité ne peut indirectement entraver ses pouvoirs de réglementation à moins « qu’une mesure législative n’énonce une politique officielle l’autorisant à le faire » (par. 65). Avec égards, et bien que la faute puisse fort bien nous en incomber, cette distinction nous échappe. Comme l’a fait remarquer le juge Bastarache en dissidence, cette politique tend plutôt vers l’autre sens; il n’y a aucune raison pour laquelle le principe selon lequel le gouvernement devrait honorer ses engagements à moins que sa législature n’exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire (ainsi qu’il a été déclaré dans *Wells*, au par. 46) ne devrait pas s’appliquer avec la même force dans le contexte municipal (voir *Pacific National n° 1*, par. 112). Quoi qu’il en soit, cette distinction ne serait pas utile à la province en l’espèce, puisque c’est elle — et non une municipalité — qui a consenti à l’Indemnité de l’Ontario. Ainsi, les circonstances du présent pourvoi sont analogues à celles de l’affaire *Wells*, et non à celles de l’affaire *Pacific National n° 1*.

[127] Deuxièmement, les juges majoritaires dans *Pacific National n° 1* ont établi une distinction d’avec l’arrêt *Wells* en décrivant le contrat d’emploi de M. Wells comme un « contrat d’affaire[s] portant sur l’engagement de hauts fonctionnaires » (par. 61). Autrement dit, une distinction a été établie entre les « contrats d’affaires » qui *peuvent* avoir pour effet d’entraver indirectement les pouvoirs de légiférer et les autres types de contrats qui *ne le peuvent pas*. Là encore, et avec égards, nous ne voyons pas l’importance de cette distinction — d’autant plus que, dans l’affaire *Pacific National n° 1*, on pouvait difficilement considérer que le contrat de réaménagement des terrains était moins un « contrat d’affaires » que le contrat d’emploi de M. Wells. De toute façon, s’il faut écarter le principe selon lequel le gouvernement devrait honorer ses engagements à moins que la législature n’exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire, nous ne voyons aucune raison de l’écarter à l’égard d’un type de contrat et non d’un autre.

[128] Soulignons également que les déclarations relatives à l’entrave faites par la Cour dans l’arrêt *Pacific National n° 1* ont été mises en doute seulement quatre ans plus tard alors que la Cour a de

*Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 (“*Pacific National No. 2*”). In its action against the City, PNI had also claimed in unjust enrichment for the \$1.08 million that it had spent on improvements made in performing the failed development contract. In finding for PNI, a unanimous Court rejected the City’s argument that the obligation to make restitution in those circumstances would constitute an indirect fetter on the City’s, legislative power, explaining that “[t]he power to down-zone in the public interest does not immunize the City against claims for unjust enrichment” (para. 52). Commenting on this case, the authors of *Liability of the Crown* had the following to say:

[In *Pacific National No. 2*], Binnie J. said: “Municipalities are subject to the law of unjust enrichment in the same way as other individuals or entities”. We would add: what a shame that the same cannot be said of the law of contract! [Footnote omitted; p. 329.]

[129] Bearing all of this in mind, and to the extent that *Pacific National No. 1* can be taken as holding that the Crown will not be liable in damages for the breach of a governmental contract where that breach was caused by legislative action (or inaction), we are of the respectful view that it does not state the law as it relates to the fettering doctrine. On this point, we consider ourselves bound by *Wells*, and not *Pacific National No. 1*.

(c) *Conclusion on the Fettering Issue*

[130] It follows that we reject the Province’s arguments that invoke the doctrine of fettering. Even if the Ontario Indemnity was to be interpreted as deterring the legislature from enacting new first party statutory claims, which would then be covered by the Province’s obligation under para. 1 when asserted against Great Lakes and Reed, such an effect does not render the contract unenforceable or invalid such

nouveau été saisie du litige dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 (« *Pacific National n° 2* »). Dans son action contre la Ville, PNI avait également soulevé l’enrichissement sans cause pour le 1,08 million de dollars qu’elle avait dépensé pour les améliorations apportées dans l’exécution du contrat d’aménagement qui a échoué. Concluant en faveur de PNI, la Cour a unanimement rejeté l’argument de la Ville selon lequel l’obligation de restitution dans les circonstances constituerait une entrave indirecte au pouvoir de réglementation de la Ville, expliquant que « [l]e pouvoir de modifier le zonage dans l’intérêt public ne met pas la Ville à l’abri d’une action fondée sur l’enrichissement sans cause » (par. 52). Commentant cette affaire, les auteurs de l’ouvrage *Liability of the Crown* ont affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] [Dans l’arrêt *Pacific National n° 2*], le juge Binnie a dit : « L’enrichissement sans cause s’applique à une municipalité comme à toute personne physique ou morale ». Nous tenons à ajouter ce qui suit : quel dommage que l’on ne puisse en dire autant du droit des contrats! [Note en bas de page omise; p. 329.]

[129] Compte tenu de tout ce qui précède, et dans la mesure où l’arrêt *Pacific National n° 1* peut être interprété comme établissant que la Couronne ne sera pas responsable des dommages causés par la violation d’un contrat gouvernemental si cette violation résulte d’une action (ou d’une inaction) législative, nous croyons respectueusement que cet arrêt n’énonce pas le droit applicable en ce qui concerne la doctrine de l’entrave. Sur ce point, nous considérons que nous sommes liés par l’arrêt *Wells*, et non par l’arrêt *Pacific National n° 1*.

c) *Conclusion sur la question de l’entrave*

[130] Nous rejetons donc les arguments avancés par la province au sujet de la doctrine de l’entrave. Même s’il fallait considérer que l’Indemnité de l’Ontario a pour effet de dissuader la législature d’édicter des mesures permettant de nouvelles réclamations de première partie, réclamations qui, après avoir été présentées contre Great Lakes et Reed, relèveraient ensuite de l’obligation imposée à la province par le



that the legislature was fettered. This accords with the authority of this Court’s judgment in *Wells*.

[131] It also follows that we do not view the motion judge’s interpretation of the Ontario Indemnity — as requiring the Province to indemnify the cost of complying with orders made under subsequent legislation — as impermissibly fettering the Ontario Legislature’s law-making power. While the enactment of new statutory claims might expose the Province to greater liability under the Ontario Indemnity (which might therefore discourage such enactments in the first place), the Ontario Indemnity, as interpreted by the motion judge, in no way prevents the legislature from exercising its sovereign authority to “make or unmake any law whatever” (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at p. 40, cited in *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 54).

### C. *The Resolute and Weyerhaeuser Appeals*

[132] The appeals brought by Resolute and Weyerhaeuser ask whether either or both of them enjoy the benefit of the Ontario Indemnity by operation of the enurement clause (para. 6) of that agreement. That clause states that the indemnity “shall be binding upon and enure to the benefit of the respective successors and assigns of Ontario, Reed, International and Great Lakes” (A.R., vol. IV, at p. 191 (emphasis added)).

[133] The parties’ submissions on this question are directed to three separate, but related, issues, which we will address below, in turn. The first is whether the benefit of the Ontario Indemnity extends to all of Great Lakes’ successors and assigns, in perpetuity, irrespective of whether those successors and assigns had themselves assigned their benefits thereunder to third parties. Resolute and Weyerhaeuser say it does, while the Province (like the Court of Appeal) says that the assignor of a chose in action — such as

par. 1, un tel effet ne rend pas le contrat non exécutoire ou invalide de sorte qu’il y a eu entrave au pouvoir législatif. Cela est compatible avec l’arrêt de notre Cour dans l’affaire *Wells*.

[131] Il s’ensuit également que nous ne considérons pas que l’interprétation donnée à l’Indemnité de l’Ontario par le juge des requêtes — selon laquelle la province doit verser une indemnité pour les frais engagés pour se conformer aux ordonnances prises en vertu d’une loi subséquente — entrave de façon inacceptable le pouvoir de légiférer de la législature ontarienne. Bien qu’il soit possible que l’édiction de mesures permettant de nouvelles réclamations statutaires expose la province à une plus grande responsabilité en vertu de l’Indemnité de l’Ontario (ce qui pourrait en conséquence décourager de telles édictions), cette indemnité, telle qu’interprétée par le juge des requêtes, n’empêche nullement la législature d’exercer son droit souverain [TRADUCTION] « de faire ou d’abroger quelque loi que ce soit » (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10<sup>e</sup> éd. 1959), p. 40, cité dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 54).

### C. *Les pourvois de Résolu et de Weyerhaeuser*

[132] Les pourvois formés par Résolu et Weyerhaeuser soulèvent la question de savoir si l’une ou l’autre, ou les deux, jouissent du bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario par l’effet de la clause d’extension des bénéfices (par. 6) de cette entente. Cette clause stipule que l’indemnité [TRADUCTION] « lie les successesurs et ayants droit respectifs de l’Ontario, de Reed, d’International et de Great Lakes et bénéficie à ceux-ci » (d.a., vol. IV, p. 191 (nous soulignons)).

[133] Les arguments invoqués par les parties sur cette question portent sur trois questions distinctes, mais connexes, que nous examinerons tour à tour ci-après. La première vise à déterminer si le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario s’étend à tous les succesurs et ayants droit de Great Lakes, à perpétuité, que ces succesurs et ayants droit aient ou non eux-mêmes cédé à des tiers les bénéfices qu’elle leur confère. Résolu et Weyerhaeuser affirment que c’est le cas, alors que la province (à l’instar de la

a right to indemnity — loses the benefit thereunder upon assignment (see C.A. reasons, at paras. 194 and 196-98).

[134] The second issue is whether Bowater actually assigned the benefit of the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser under the 1998 Asset Purchase Agreement. Resolute says it did not, and that both the motion judge and the majority of the Court of Appeal erred in concluding otherwise. Weyerhaeuser and the Province both say no such error was made by the courts below.

[135] The final issue is whether Weyerhaeuser may benefit under the Ontario Indemnity as Great Lakes' successor-in-title to the Dryden Property, independently of whether it can also benefit as an assignee of the rights thereunder. Weyerhaeuser says the motion judge correctly interpreted the term "successors" in the enurement clause as extending to Great Lakes' corporate successors (like Resolute) and to successors-in-title to the Dryden Property.

- (1) Can an Indemnified Party Continue to Enjoy the Benefit of the Ontario Indemnity After It Assigns Its Rights Thereunder Absolutely to a Third Party?

[136] Resolute and Weyerhaeuser say that all of Great Lakes' successors and assigns may continue to benefit in perpetuity from the Ontario Indemnity, even where they have assigned the benefit of the indemnity to third parties. In other words, they say that the enurement clause contemplates (1) Resolute's continued enjoyment of the benefit of the Ontario Indemnity as a corporate successor of Great Lakes, *even if* it had assigned its interest thereunder to Weyerhaeuser under the 1998 Asset Purchase Agreement, and (2) Weyerhaeuser's continued enjoyment of the same as a successor-in-title to the Dryden Property and assignee of the Ontario Indemnity, *even*

Cour d'appel) affirme que le cédant d'une chose non possessoire — tel un droit à une indemnité — en perd le bénéfice en cas de cession (voir motifs de la C.A., par. 194 et 196-198).

[134] La deuxième question est de savoir si Bowater a en fait cédé le bénéfice de l'Indemnité de l'Ontario à Weyerhaeuser en vertu de la convention d'achat d'actifs de 1998. Résolu dit que Bowater ne l'a pas cédé et que le juge des requêtes et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant autrement. Weyerhaeuser et la province affirment toutes les deux que les juridictions inférieures n'ont pas commis une telle erreur.

[135] La dernière question consiste à décider si Weyerhaeuser peut bénéficier de l'Indemnité de l'Ontario en tant que successeur en titre de Great Lakes quant à la propriété de Dryden, peu importe qu'elle puisse ou non également en bénéficier en tant que cessionnaire des droits conférés par cette indemnité. Weyerhaeuser affirme que le juge des requêtes a correctement interprété le terme [TRANSDUCTION] « successeurs » employé dans la clause d'extension des bénéfices en l'étendant aux successeurs corporatifs de Great Lakes (comme Résolu) et aux successeurs en titre quant à la propriété de Dryden.

- (1) Une partie indemnisée peut-elle continuer à jouir du bénéfice de l'Indemnité de l'Ontario après avoir consenti à un tiers une cession absolue des droits qu'elle lui confère?

[136] Résolu et Weyerhaeuser affirment que tous les successeurs et ayants droit de Great Lakes peuvent continuer à bénéficier à perpétuité de l'Indemnité de l'Ontario, même s'ils ont cédé le bénéfice de cette indemnité à des tiers. En d'autres mots, elles affirment que la clause d'extension des bénéfices prévoit que (1) Résolu continue à jouir du bénéfice de l'Indemnité de l'Ontario en tant que successeur corporatif de Great Lakes, *même si* elle a, en vertu de la convention d'achat d'actifs de 1998, cédé l'intérêt que cette indemnité lui confère à Weyerhaeuser, et que (2) Weyerhaeuser continue à jouir du bénéfice de ladite indemnité en tant que successeur en titre quant à la propriété de

if it had subsequently assigned its interest thereunder to a third party. According to Resolute:

There is no legal principle that required the Court of Appeal to apply [a] “hot potato” theory, in which only the singular legal owner of an indemnity may rely on it. This Court relaxed the requirement of privity more than 25 years ago. Rather, the relevant question is what the parties to the Ontario Indemnity objectively intended. The only reasonable interpretation of the indemnity is that the parties intended to protect Great Lakes and its successors *and* assigns, in perpetuity. Any other interpretation is fundamentally inconsistent with the nature of the environmental liability that the Ontario Indemnity was given to protect against. [Emphasis in original.]

(Resolute A.F., at para. 64)

[137] We disagree. Our starting position is that of the majority of the Court of Appeal: the effect of an absolute assignment of contractual right is to extinguish the assignor’s right to call upon the obligation for him or herself, and to place that right in the hands of the assignee:

The party making the assignment was a promisee but became an assignor who assigned the contract right he had against a promisor. Unless the assignment is made to secure the payment of a debt, it extinguishes the contract right in the assignor (former promisee) and the right is recreated in the assignee to whom the party with the correlative duty (the promisor) made no promise. There is no longer any promisee since the former promisee has surrendered the right previously created by his promise by becoming an assignor.

(J. E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts* (rev. ed. 2007), vol. 9, at p. 130)

See also C.A. reasons, at para. 194; G. Tolhurst, *The Assignment of Contractual Rights* (2nd ed. 2016), at § 3.10.

[138] The enurement clause alters none of this. By referring to “successors and assigns”, it simply

Dryden et en tant que cessionnaire de l’Indemnité de l’Ontario, *même si* elle a par la suite cédé l’intérêt que cette indemnité lui confère à un tiers. Selon Résolu :

[TRADUCTION] Aucun principe juridique n’obligeait la Cour d’appel à appliquer une théorie de la « question délicate », selon laquelle seul le particulier qui est propriétaire en droit d’une indemnité peut en bénéficier. Cette Cour a assoupli l’exigence de la connexité d’intérêts il y a plus de 25 ans. La question pertinente est plutôt celle de savoir quelle était l’intention objective des parties à l’Indemnité de l’Ontario. La seule interprétation raisonnable de l’indemnité consiste à considérer que les parties entendaient protéger Great Lakes ainsi que ses successeurs *et* ayants droit à perpétuité. Toute autre interprétation est fondamentalement incompatible avec la nature de la responsabilité environnementale contre laquelle l’Indemnité de l’Ontario est censée protéger. [En italique dans l’original.]

(m.a. Résolu, par. 64)

[137] Nous ne sommes pas d’accord. Notre position de départ est celle des juges majoritaires de la Cour d’appel : la cession absolue d’un droit contractuel a pour effet d’éteindre le droit du cédant d’exiger en sa faveur l’exécution de l’obligation en question, et de placer ce droit entre les mains du cessionnaire :

[TRADUCTION] La partie qui consent la cession était un destinataire de promesse, mais elle est devenue un cédant qui a cédé le droit contractuel qu’elle avait à l’encontre du promettant. À moins que la cession soit faite pour garantir le paiement d’une dette, elle éteint le droit contractuel détenu par le cédant (l’ancien destinataire de promesse), lequel droit est recréé en faveur du cessionnaire à qui la partie à qui incombe l’obligation corrélatrice (le promettant) n’a fait aucune promesse. Il n’y a plus aucun destinataire de promesse puisque l’ancien destinataire de promesse a cédé le droit antérieurement créé par la promesse qui lui a été faite en devenant cédant.

(J. E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts* (éd. rév. 2007), vol. 9, p. 130)

Voir aussi les motifs de la C.A., par. 194; G. Tolhurst, *The Assignment of Contractual Rights* (2<sup>e</sup> éd. 2016), § 3.10.

[138] La clause d’extension des bénéficiaires ne change rien à cela. En faisant référence aux [TRADUCTION]

affirms that the rights and obligations thereunder continue to the benefit of successors and assigns. We see nothing in either the text of para. 6 or its surrounding circumstances, and Resolute and Weyerhaeuser direct our attention to nothing in this respect that would allow the indemnity to apply to those who have alienated their interest. We therefore find no error in the conclusion of the Court of Appeal on this point.

(2) Did Bowater Transfer the Benefit of the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser Under the 1998 Asset Purchase Agreement?

[139] On this issue, Resolute says that a proper consideration of the context in which the 1998 Asset Purchase Agreement was made by the parties, in accordance with the modern approach to contractual interpretation rather than a purely textual reading of the relevant provisions, should have led the motion judge to conclude that Bowater did not absolutely assign the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser under that agreement. We agree with Resolute. By failing to read the impugned contractual term in light of the factual matrix and in a commercially sensible way, the motion judge erred in holding that Bowater assigned the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser under the 1998 Asset Purchase Agreement. We would therefore allow Resolute's appeal. Resolute is entitled to rely on the Ontario Indemnity to cover past and future costs incurred in complying with the Director's Order.

(a) *The Motion Judge Erred in Principle in His Approach to Interpreting the 1998 Asset Purchase Agreement*

[140] Generally, the interpretation of negotiated contracts involves questions of mixed fact and law, such that appellate review is confined to seeking out palpable and overriding error. Extrinsic questions of law, however, are reviewed for correctness (see *Sattva*, at para. 53). Such questions include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, . . . the

« successeurs et ayants droit », elle ne fait que confirmer que les droits et obligations découlant de l'entente continuent de bénéficier à ceux-ci. Nous ne voyons rien dans le libellé du par. 6 ou dans les circonstances, et Résolu et Weyerhaeuser n'ont rien fait valoir à cet égard qui permettrait que l'indemnité s'applique à ceux qui ont aliéné leur intérêt. Nous ne décelons donc aucune erreur dans la conclusion que la Cour d'appel a tirée sur ce point.

(2) Bowater a-t-elle transféré le bénéfice de l'Indemnité de l'Ontario à Weyerhaeuser en vertu de la convention d'achat d'actifs de 1998?

[139] Sur cette question, Résolu affirme qu'un examen approprié du contexte dans lequel la convention d'achat d'actifs de 1998 a été conclue par les parties, examen fait selon la méthode moderne d'interprétation contractuelle — plutôt que selon une interprétation purement textuelle des dispositions pertinentes —, aurait dû amener le juge des requêtes à conclure que Bowater n'a pas cédé de façon absolue l'Indemnité de l'Ontario à Weyerhaeuser en vertu de cette convention. Nous sommes d'accord avec Résolu. Nous estimons qu'en ne lisant pas la clause contractuelle contestée à la lumière du fondement factuel et d'une manière qui a du sens sur le plan commercial, le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a conclu que Bowater a cédé l'Indemnité de l'Ontario à Weyerhaeuser en vertu de la convention d'achat d'actifs de 1998. Nous serions donc d'avis d'accueillir le pourvoi de Résolu. Résolu a le droit de bénéficier de l'Indemnité de l'Ontario pour couvrir les frais passés et futurs engagés pour se conformer à l'arrêté du directeur.

a) *Le juge des requêtes a commis une erreur de principe dans sa façon d'interpréter la convention d'achat d'actifs de 1998*

[140] De façon générale, l'interprétation de contrats négociés soulève des questions mixtes de fait et de droit, de sorte que le contrôle en appel se limite à la recherche d'une erreur manifeste et déterminante. Les questions de droit isolables sont toutefois contrôlées selon la norme de la décision correcte (voir *Sattva*, par. 53). Ces questions comprennent le fait [TRADUCTION] d'« appliquer le mauvais principe[, de] négliger

failure to consider a relevant factor”, or questions with respect to substantive legal rules of contract (*Sattva*, at para. 53, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 341 D.L.R. (4th) 520, at para. 21).

[141] We accept Resolute’s submission that the motion judge erred *in law* by failing to properly apply the rules of contractual interpretation in determining whether Bowater assigned the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser under the 1998 Asset Purchase Agreement. Indeed, the motion judge gave no reasons in support of his conclusion on this point, which was stated in a somewhat peremptory manner, and grounded solely on an analysis of the text of the relevant provisions of the 1998 Asset Purchase Agreement (motion judge reasons, at paras. 20 and 64). In our respectful view, he was required to consider both the context and circumstances surrounding the formation of the 1998 Asset Purchase Agreement, as well as the commercial reasonableness of any purported assignment. As he failed to apply the proper approach to contractual interpretation, his conclusion that the Ontario Indemnity was assigned from Bowater to Weyerhaeuser is entitled to no appellate deference.

(b) *Bowater Did Not Assign the Benefit of the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser Under the 1998 Asset Purchase Agreement*

(i) Contracts Must Be Interpreted With a View to Commercial Reasonableness

[142] As we have already observed, commercial reasonableness is a crucial consideration in interpreting a contract (see *Canadian Contractual Interpretation Law*, at p. 55). This is simply a corollary of the object of discerning the parties’ intentions: when interpreting commercial contracts, courts seek to reach a commercially sensible interpretation, since doing so is more likely than not to give effect to the intention of the parties (see *ibid.*, at p. 57; *Nickel Developments Ltd. v. Canada Safeway Ltd.*, 2001 MBCA 79, 156 Man. R. (2d) 170, at para. 34). Simply put, courts safely assume that those who enter

un élément essentiel d’un critère juridique[,] un facteur pertinent », ou encore les questions relatives aux règles de droit substantif en matière contractuelle (*Sattva*, par. 53, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 341 D.L.R. (4th) 520, par. 21).

[141] Nous acceptons l’argument de Résolu selon lequel le juge des requêtes a commis une erreur *de droit* en n’appliquant pas correctement les règles d’interprétation contractuelle au moment de déterminer si Bowater avait cédé l’Indemnité de l’Ontario à Weyerhaeuser en vertu de la convention d’achat d’actifs de 1998. Le juge n’a d’ailleurs pas motivé sa conclusion sur ce point, laquelle a été exposée de manière quelque peu péremptoire et reposait exclusivement sur une analyse du libellé des dispositions pertinentes de la convention en question (motifs du juge des requêtes, par. 20 et 64). À notre humble avis, il devait prendre en considération à la fois le contexte et les circonstances entourant la conclusion de la convention d’achat d’actifs de 1998, ainsi que la raisonnable commerciale d’une quelconque cession. Comme il n’a pas appliqué la bonne méthode d’interprétation contractuelle, sa conclusion suivant laquelle Bowater a cédé l’Indemnité de l’Ontario à Weyerhaeuser ne commande aucune déférence en appel.

(b) *Bowater n’a pas cédé le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario à Weyerhaeuser en vertu de la convention d’achat d’actifs de 1998*

(i) Les contrats doivent être interprétés à la lumière de la raisonnable commerciale

[142] Comme nous l’avons déjà mentionné, la raisonnable commerciale est une considération cruciale dans l’interprétation d’un contrat (voir *Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 55). Il s’agit simplement d’un corollaire de l’objectif visant à cerner les intentions des parties : dans l’interprétation de contrats commerciaux, les tribunaux cherchent à parvenir à une interprétation sensée sur le plan commercial, puisque ce faisant, il est plus probable qu’ils donnent effet à l’intention des parties (voir *ibid.*, p. 57; *Nickel Developments Ltd. c. Canada Safeway Ltd.*, 2001 MBCA 79, 156 Man. R. (2d) 170, par. 34). En



into commercial contracts intend for their contracts to “work” (*Humphries v. Lufkin Industries Canada Ltd.*, 2011 ABCA 366, 68 Alta. L.R. (5th) 175, at para. 15).

[143] Discerning commercial reasonableness entails, like all contractual interpretation, an objective analysis (see *Canadian Contractual Interpretation Law*, at p. 57). Courts should therefore read commercial contracts in a “positive and purposive manner”, seeking to understand the structure of the agreement reached by the parties, the purpose of the transaction and the business context in which the contract was intended to operate (*Humphries*, at para. 15). As Lord Wilberforce said in *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570, and as quoted with approval by this Court in *Sattva*, at para. 47:

No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed. . . . In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating.

[144] Given, then, the choice between an interpretation that allows the contract to function in furtherance of its commercial purpose and one that does not, it is generally the former interpretation that should prevail (see *Humphries*, at para. 15). While a party cannot avoid its contractual obligations simply because the bargain that they entered into was undesirable or unusual, commercially absurd interpretations should be avoided (see *Canadian Contractual Interpretation Law*, at pp. 61-63). As this Court said in *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 61, “[i]f a given construction of the contract would lead to an absurd result, the assumption is that this result could not have been intended by rational commercial actors in making their bargain, absent some explanation to the contrary”. See also *City of Toronto v. W.H. Hotel Ltd.*, [1966] S.C.R. 434, at p. 440.

termes simples, les tribunaux assument que les parties qui concluent un contrat commercial veulent que leur contrat [TRADUCTION] « fonctionne » (*Humphries c. Lufkin Industries Canada Ltd.*, 2011 ABCA 366, 68 Alta. L.R. (5th) 175, par. 15).

[143] La détermination de la raisonabilité commerciale nécessite, comme toute interprétation contractuelle, une analyse objective (voir *Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 57). Les tribunaux devraient donc interpréter les contrats commerciaux de [TRADUCTION] « manière positive et téléologique », et chercher à comprendre la structure de l’entente conclue par les parties, l’objet de l’opération et le contexte commercial dans lequel le contrat doit être exécuté (*Humphries*, par. 15). Comme lord Wilberforce l’a dit dans l’arrêt *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570, cité avec approbation par notre Cour au par. 47 de l’arrêt *Sattva* :

[TRADUCTION] Aucun contrat n’est conclu dans l’abstrait : les contrats s’inscrivent toujours dans un contexte. [. . .] Lorsqu’un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d’autre part une connaissance de l’origine de l’opération, de l’historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

[144] Étant donné, donc, le choix entre une interprétation qui permet au contrat de servir son objectif commercial et une qui n’a pas cet effet, c’est généralement la première interprétation qui devrait l’emporter (voir *Humphries*, par. 15). Bien qu’une partie ne puisse échapper à ses obligations contractuelles simplement parce que la transaction qu’elle a conclue est non souhaitable ou inhabituelle, il convient d’éviter les interprétations absurdes sur le plan commercial (voir *Canadian Contractual Interpretation Law*, p. 61-63). Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 61, « [s]i une interprétation donnée du contrat menait à un résultat absurde, on supposerait qu’en l’absence d’explication contraire des acteurs commerciaux rationnels ne peuvent pas avoir voulu un tel résultat en concluant leur contrat ». Voir également *City of Toronto c. W.H. Hotel Ltd.*, [1966] R.C.S. 434, p. 440.

(ii) It Was Not Commercially Reasonable for Bowater to Transfer the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser

[145] In light of the foregoing — and, in particular, based on an interpretation of the 1998 Asset Purchase Agreement that properly reflects the factual matrix and which is consistent with the principle of commercial reasonableness — we find ourselves in respectful disagreement with the conclusions reached by the courts below. We would instead hold that the Ontario Indemnity was *not* assigned by Bowater to Weyerhaeuser as part of the 1998 Asset Purchase Agreement. The manner in which the parties structured the transfer of the Dryden Property from Bowater to Weyerhaeuser reveals an intention that Bowater would both continue to bear the risk associated with the waste disposal site and indemnify Weyerhaeuser in respect of any environmental liabilities that the latter may incur in relation to the Reed-era mercury contamination.

[146] Section 3.1(vii) and (xiv) of the 1998 Asset Purchase Agreement recorded Bowater’s agreement to sell certain intangible assets forming part of the Dryden Property to Weyerhaeuser. As already noted, the motion judge relied on both provisions in concluding that the benefit of the Ontario Indemnity was assigned to Bowater as part of the asset sale. The majority at the Court of Appeal agreed, citing the “plain and unambiguous language of s. 3.1(xiv)”, and the commercial reasonableness of Weyerhaeuser’s seeking to “maximize its protection against environmental liabilities associated with the [waste disposal site]” (paras. 156 and 159).

[147] But s. 3.1(xiv) of the 1998 Asset Purchase Agreement cannot be read in isolation. Instead, as we have stressed throughout these reasons, contractual text must be interpreted in light of the surrounding circumstances and with a view to commercial reasonableness, taking into account the commercial purpose and the structure of the agreement.

(ii) Il n’était pas commercialement raisonnable pour Bowater de transférer l’Indemnité de l’Ontario à Weyerhaeuser

[145] À la lumière de ce qui précède — et nous fondant, en particulier, sur une interprétation de la convention d’achat d’actifs de 1998 qui reflète adéquatement le fondement factuel et qui s’accorde avec le principe de la raisonabilité commerciale —, nous ne partageons pas les conclusions tirées par les juridictions inférieures. Nous estimons plutôt que l’Indemnité de l’Ontario *n’a pas* été cédée par Bowater à Weyerhaeuser dans le cadre de la convention d’achat d’actifs de 1998. La façon dont les parties ont structuré le transfert de la propriété de Dryden de Bowater à Weyerhaeuser révèle l’intention que Bowater continue d’assumer le risque posé par le lieu d’élimination des déchets et indemnise Weyerhaeuser à l’égard de toute responsabilité environnementale qui pourrait incomber à cette dernière en ce qui a trait à la contamination par le mercure remontant à l’époque de Reed.

[146] Les articles 3.1(vii) et (xiv) de la convention d’achat d’actifs de 1998 constatent le fait que Bowater a consenti à vendre à Weyerhaeuser certains actifs incorporels faisant partie de la propriété de Dryden. Comme nous l’avons déjà souligné, le juge des requêtes s’est fondé sur ces deux dispositions pour conclure que le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario avait été cédé à Bowater dans le cadre de la vente d’actifs. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont souscrit à cette conclusion, invoquant les [TRADUCTION] « termes clairs et non équivoques de l’art. 3.1(xiv) », et la raisonabilité commerciale de la volonté de Weyerhaeuser de « maximiser sa protection contre les responsabilités environnementales liées au [lieu d’élimination des déchets] » (par. 156 et 159).

[147] Cependant, l’art. 3.1(xiv) de la convention d’achat d’actifs de 1998 ne saurait être interprété isolément. Comme nous l’avons souligné tout au long des présents motifs, un libellé contractuel doit plutôt être interprété à la lumière des circonstances et de la raisonabilité commerciale, eu égard à l’objectif commercial et à la structure de l’entente.

[148] Further, commercial reasonableness must be assessed *from the perspective of both parties*. After all, a commercial arrangement that makes sense for one party but no sense for another makes no sense as a commercial arrangement at all. As the Court of Appeal for Ontario explained in *Kentucky Fried Chicken Canada v. Scott's Food Services Inc.* (1998), 114 O.A.C. 357, at para. 27:

Where . . . the document to be construed is a negotiated commercial document, the court should avoid an interpretation that would result in a commercial absurdity. Rather, the document should be construed in accordance with sound commercial principles and good business sense. Care must be taken, however, to do this objectively rather than from the perspective of one contracting party or the other, since what might make good business sense to one party would not necessarily do so for the other. [Emphasis added; citations omitted.]

[149] This point looms large in considering the text of s. 3.1(xiv), which, at first glance, appears to transfer to Weyerhaeuser the full benefit of *all* of the intangible rights that Bowater enjoys under the representations, warranties, guarantees, indemnities, undertakings, certificates, covenants, agreements and security that it has received upon the acquisition of the Dryden Property or “otherwise”. Read literally, “otherwise” suggests that Bowater would be stripped of all of its contractual benefits by operation of s. 3.1(xiv) *even if* those benefits were unconnected to the Dryden Property. This simply could not have been the intention of the parties: Weyerhaeuser could not reasonably have expected to enjoy rights unrelated to the assets it was purchasing. Such an arrangement would be commercially absurd.

[150] The meaning of the term “otherwise” in s. 3.1(xiv) — and, specifically, whether it captures the benefit of the Ontario Indemnity — becomes evident, however, once the structure of the agreement between Bowater and Weyerhaeuser, and how they chose to allocate risk as between them is understood. The latter is a key consideration, since the allocation of contractual risk is an attempt by one party to shape

[148] En outre, la raisonnable commerciale doit être évaluée *du point de vue des deux parties*. Après tout, une entente commerciale qui est sensée pour une partie, mais qui ne l’est pas pour une autre, n’est en aucun cas une entente sensée sur le plan commercial. Comme l’a expliqué la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Kentucky Fried Chicken Canada c. Scott's Food Services Inc.* (1998), 114 O.A.C. 357, par. 27 :

[TRADUCTION] Lorsque [. . .] le document à interpréter est un document commercial négocié, le tribunal devrait éviter toute interprétation qui mènerait à une absurdité sur le plan commercial. Il convient plutôt d’interpréter le document conformément aux principes commerciaux reconnus et au bon sens en matière commerciale. Il faut prendre soin, cependant, de le faire objectivement plutôt que du point de vue d’une partie contractante ou de l’autre, puisque ce qui peut être sensé sur le plan commercial pour l’une ne l’est pas nécessairement pour l’autre. [Nous soulignons; références omises.]

[149] Ce point revêt une grande importance dans l’examen du libellé de l’art. 3.1(xiv), qui, à première vue, semble transférer à Weyerhaeuser le plein bénéfice de *l’ensemble* des droits incorporels dont jouit Bowater à l’égard des déclarations, garanties, indemnités, engagements, certificats, conventions, ententes et sûretés qu’elle a reçus lors de l’acquisition de la propriété de Dryden [TRADUCTION] ou « autrement ». Interprété littéralement, le mot « autrement » donne à penser que Bowater aurait été dépouillée de tous ses bénéfices contractuels par application de l’art. 3.1(xiv) *même si* ces bénéfices n’étaient pas liés à la propriété de Dryden. Cela ne peut tout simplement pas avoir été l’intention des parties : Weyerhaeuser ne peut raisonnablement s’être attendue à jouir de droits qui n’ont aucun rapport avec les actifs qu’elle achetait. Un tel arrangement serait absurde sur le plan commercial.

[150] Le sens du terme « autrement » à l’art. 3.1(xiv) — et, plus précisément, la question de savoir s’il englobe le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario — devient évident, cependant, lorsqu’on comprend la structure de l’entente intervenue entre Bowater et Weyerhaeuser, et la façon dont ces sociétés ont choisi de répartir le risque entre elles. Cette deuxième considération joue un rôle clé, car la répartition du risque contractuel

the other's expectations in light of what they are prepared to do (see *Canadian Contract Law*, at p. 731).

[151] Here, the parties structured the 1998 Asset Purchase Agreement in a way that imposed *all risk* in relation to environmental liabilities — especially in relation to the waste disposal site — *on Bowater*, and not on Weyerhaeuser. First and foremost, as part of the deal, Bowater provided to Great Lakes a broad environmental indemnity in respect of the entire Dryden Property, in the following terms:

#### 10.7 Environmental Indemnity

The Vendor shall indemnify the Purchaser from and against any Claim wherein the Claimant alleges that any Loss, or any damages of any nature whatsoever, was suffered or incurred as a result of a release or discharge of any Hazardous Substance that occurred prior to the Time of Closing, which Hazardous Substance leaves or left the Purchased Assets prior to the Time of Closing and which originated from the Purchased Assets (the "Claim"). For purposes of this paragraph, Claimant shall not include the Purchaser. The carriage and defence of the Claim shall be conducted in accordance with Section 18.4. There shall be no limitation period and no maximum amount for the Indemnity under this Section 10.7.

(A.R., vol. V, at p. 70)

[152] Further, by s. 9.01 of the 1998 Lease Agreement, Bowater also provided to Weyerhaeuser a separate indemnity for *all claims* relating to the presence or release of mercury in relation to the waste disposal site:

#### 9.01 Tenant's Indemnity

[Bowater] covenants to indemnify and save harmless [Weyerhaeuser] from all claims, actions, costs and losses of every nature arising during the Term or thereafter relating to or arising in any way from this lease of the Lands

est une tentative par une partie d'orienter les attentes de l'autre partie en fonction de ce qu'elle est disposée à faire (voir *Canadian Contract Law*, p. 731).

[151] En l'espèce, les parties ont structuré la convention d'achat d'actifs de 1998 de façon à ce que *tous les risques* en matière de responsabilités environnementales — en particulier ceux ayant trait au lieu d'élimination des déchets — *incombent à Bowater*, et non à Weyerhaeuser. D'abord et avant tout, Bowater a consenti à Great Lakes, dans le cadre de l'entente qu'elles ont conclue, une indemnité environnementale considérable en ce qui concerne l'ensemble de la propriété de Dryden :

[TRANSDUCTION]

#### 10.7 Indemnité environnementale

Le vendeur s'engage à indemniser l'acheteur quant à toute réclamation dans laquelle le réclamant allègue avoir subi une perte ou des dommages de quelque nature qu'ils soient par suite du rejet d'une substance dangereuse antérieur à l'heure de clôture, laquelle substance dangereuse doit être évacuée ou avoir été évacuée des actifs visés par l'achat avant l'heure de clôture et doit provenir des actifs visés par l'achat (la « réclamation »). Pour l'application du présent paragraphe, le terme « réclamant » n'englobe pas l'acheteur. La conduite et la défense de la réclamation se feront conformément à l'article 18.4. Aucun délai de prescription ni aucun montant maximal ne s'appliqueront à l'indemnité prévue au présent article 10.7.

(d.a., vol. V, p. 70)

[152] Par ailleurs, aux termes de l'art. 9.01 de la Convention de bail de 1998, Bowater a également consenti à Weyerhaeuser une indemnité distincte à l'égard de *l'ensemble des réclamations* portant sur la présence ou le rejet de mercure en ce qui concerne le lieu d'élimination des déchets :

[TRANSDUCTION]

#### 9.01 Indemnité du locataire

[Bowater] s'engage à indemniser [Weyerhaeuser] et à la tenir à couvert de l'ensemble des réclamations, actions, frais et pertes de quelconque nature ayant pris naissance pendant la durée du présent bail ou après l'expiration de

and the Access Area except to the extent caused by the Landlord's negligence or wilful misconduct. The foregoing indemnity extends without limitation to all claims, actions, costs or losses arising out of or relating to:

- (1) the presence or release of mercury and any other contaminant, substance or waste on or in the Lands;

...

The obligations of the Tenant to indemnify the Landlord under the provisions of this section are to survive the termination or expiry of this lease.

(A.R., vol. V, at pp. 126-27)

[153] These two broadly-worded indemnities reveal with absolute clarity the risk allocation structure that Bowater and Weyerhaeuser intended to achieve. Once the indemnity in the 1998 Lease Agreement was provided, Weyerhaeuser was protected from any and all environmental liability resulting from its temporary ownership of the waste disposal site, in addition to the protection that it enjoyed in relation to the rest of the Dryden Property. The parties clearly intended that any claim against Weyerhaeuser in respect of the presence or release of the mercury waste would be covered by either the indemnity in s. 10.7 of the 1998 Asset Purchase Agreement or in s. 9.01 of the Lease Agreement (assuming, of course, that any such claim falls within the scope of either provision).

[154] This risk-allocation structure makes commercial sense, however, if *and only if* Bowater's interests remained protected by the Ontario Indemnity. The Province acknowledged as much during the hearing in this Court and in its factum in the Superior Court of Justice (see hearing transcript, at p. 121; A.R., vol. VIII, at p. 24). As Resolute says, such an interpretation of the 1998 Asset Purchase Agreement makes sense because "Weyerhaeuser would have

celui-ci, et qui ont trait ou sont consécutives de quelque manière que ce soit au présent bail sur les terres et la zone d'accès sauf dans la mesure où il est question de négligence ou d'inconduite délibérée de la part du locateur. L'indemnité susmentionnée s'étend notamment à l'ensemble des réclamations, actions, frais ou pertes consécutives ou ayant trait à ce qui suit :

- (1) la présence ou le rejet de mercure et de tout autre contaminant, substance ou déchet sur ou dans les terres;

...

Les obligations d'indemnisation du locateur qui incombent au locataire en vertu des dispositions du présent article continuent de s'appliquer après la résiliation ou l'expiration du présent bail.

(d.a., vol. V, p. 126-127)

[153] Ces deux indemnités, rédigées en termes larges, révèlent avec une clarté absolue la structure de répartition du risque que Bowater et Weyerhaeuser entendaient établir. Une fois l'indemnité de la Convention de bail de 1998 accordée, Weyerhaeuser était protégée contre toute responsabilité environnementale découlant de son droit de propriété temporaire sur le lieu d'élimination des déchets, en plus de bénéficier d'une protection à l'égard du reste de la propriété de Dryden. Les parties ont clairement voulu que toute réclamation visant Weyerhaeuser en ce qui a trait à la présence ou au rejet de déchets mercuriels soit visée soit par l'indemnité prévue à l'art. 10.7 de la convention d'achat d'actifs de 1998 ou par celle prévue à l'art. 9.01 de la Convention de bail (en supposant, bien sûr, qu'une telle réclamation entre dans le champ d'application de l'une ou l'autre de ces dispositions).

[154] Toutefois, cette structure de répartition du risque n'a de sens sur le plan commercial que si, *et seulement si*, l'Indemnité de l'Ontario continuait à protéger les intérêts de Bowater. La province l'a reconnu à l'audience devant notre Cour ainsi que dans le mémoire qu'elle a déposé devant la Cour supérieure de justice (voir transcription de l'audience, p. 121; d.a., vol. VIII, p. 24). Comme le dit Résolu, cette façon d'interpréter la convention d'achat d'actifs de 1998



recourse against Bowater, and Bowater would have recourse against [the Province]”, the result being that “[e]veryone would be protected” (Resolute A.F., at para. 101).

[155] Weyerhaeuser also conceded that “it would have been commercially absurd for Bowater to assign the indemnity if, by doing so, Bowater (and its successor, Resolute) would lose the benefit of the Indemnity” (Weyerhaeuser R.F. (Resolute Appeal), at para. 28). It argues, however — and the majority at the Court of Appeal accepted — that it was “perfectly reasonable” for Weyerhaeuser to seek both an assignment of the Ontario Indemnity *and* a separate indemnity from Bowater under the Lease Agreement (*ibid.*, at para. 27; see also C.A. reasons, at para. 159). While this is undoubtedly so, this submission views the commercial reasonableness of the transaction exclusively from the standpoint of Weyerhaeuser. But, again, commercial reasonableness has to be assessed from the standpoint of *each party*, and not just one of them. And, as Weyerhaeuser concedes, from the standpoint of *Bowater*, this arrangement would be ridiculous, leaving Bowater (and its successors) responsible for *two* contractual indemnities vis-à-vis Weyerhaeuser, and completely exposed to all environmental liabilities in respect of both the Dryden Property and the waste disposal site.

[156] It follows that, in our view, for the purpose of applying s. 3.1(xiv) of the 1998 Asset Purchase Agreement, the contractual rights and indemnities “otherwise” received by Bowater and its corporate predecessors must not be read so as to confer on Weyerhaeuser *all* the rights and indemnities enjoyed by Bowater. Both the factual matrix (which includes the indemnities in the 1998 Asset Purchase Agreement and in the Lease Agreement) and the principle of commercial reasonableness indicate that this provision did not effect a transfer of Bowater’s rights under the Ontario Indemnity to Weyerhaeuser. The parties could not reasonably have intended that Bowater would be obliged to indemnify Weyerhaeuser for all environmental liabilities in relation to the Dryden Property and the

est sensée parce que [TRADUCTION] « Weyerhaeuser pourrait poursuivre Bowater, et cette dernière pourrait poursuivre [la province] », de sorte que « [t]out le monde serait protégé » (m.a. Résolu, par. 101).

[155] Weyerhaeuser a également concédé qu’il [TRADUCTION] « aurait été absurde sur le plan commercial que Bowater cède l’indemnité si, ce faisant, Bowater (et son successeur, Résolu) en avait perdu le bénéfice » (m.i. Weyerhaeuser (pourvoi de Résolu), par. 28). Elle soutient cependant — et les juges majoritaires de la Cour d’appel en conviennent — qu’il était [TRADUCTION] « parfaitement raisonnable » pour elle de vouloir à la fois une cession de l’Indemnité de l’Ontario *et* l’octroi par Bowater d’une indemnité distincte en vertu de la Convention de bail (*ibid.*, par. 27; voir aussi motifs de la C.A., par. 159). Bien que ce soit indubitablement le cas, cet argument envisage la raisonabilité commerciale de l’opération uniquement du point de vue de Weyerhaeuser. Cependant, nous le répétons, la raisonabilité commerciale doit être appréciée du point de vue de *chacune des parties*, et non seulement de l’une d’elles. De plus, comme le concède Weyerhaeuser, du point de vue de *Bowater*, cet arrangement serait ridicule en ce que Bowater (et ses successeurs) assumerait la responsabilité de *deux* indemnités contractuelles à l’égard de Weyerhaeuser, et qu’elle serait complètement exposée à toute responsabilité environnementale afférente à la propriété de Dryden et au lieu d’élimination des déchets.

[156] C’est pourquoi nous estimons que, pour l’application de l’art. 3.1(xiv) de la convention d’achat d’actifs de 1998, les droits et indemnités contractuels « autrement » reçus par Bowater et les sociétés qui l’ont précédée ne doivent pas être interprétés de façon à conférer à Weyerhaeuser *tous* les droits et indemnités dont bénéficiait Bowater. Tant le fondement factuel (qui comprend les indemnités prévues dans la convention d’achat d’actifs de 1998 et la Convention de bail) que le principe de la raisonabilité commerciale indiquent que cette disposition n’a pas eu pour effet de transférer à Weyerhaeuser les droits de Bowater en vertu de l’Indemnité de l’Ontario. Les parties ne pouvaient raisonnablement vouloir que Bowater soit tenue d’indemniser Weyerhaeuser pour toute responsabilité environnementale

waste disposal site, while relinquishing its own protection.

[157] We would therefore allow Resolute’s appeal.

- (3) Is Weyerhaeuser a “Successor” of Great Lakes for the Purpose of the Enurement Clause at Paragraph 6 of the Ontario Indemnity?

[158] While Weyerhaeuser is not an assignee of the benefit of the Ontario Indemnity, it also says that it may still benefit thereunder as a successor owner of the Dryden Property. In its submission, the term “successor” in para. 6 of the Ontario Indemnity includes both corporate successors of Great Lakes *and* successors-in-title to the Dryden Property. Relying on *Brown v. Belleville (City)*, 2013 ONCA 148, 114 O.R. (3d) 561, Weyerhaeuser argues that the enurement clause extends the benefit of the Ontario Indemnity to a *class* of beneficiaries, all of whom may simultaneously benefit from the agreement.

[159] Like the majority at the Court of Appeal, we are of the respectful view that the motion judge made a palpable and overriding error in concluding that the enurement clause extended the benefit of the Ontario Indemnity to successor owners of the Dryden Property (i.e., successors-*in-title*). In our view, the term “successors” clearly refers only to *corporate* successors. It is worth noting that this clause is a standard contractual term — that is, “boilerplate” — that solicitors use in order to protect their clients’ interests and expectations (see *Canadian Contract Law*, at pp. 741-42). Certainty in commercial transactions is best protected where courts give effect to the common understanding and inclusion of such terms in contracts, absent any indication that the parties intended them to have a different effect.

afférente à la propriété de Dryden et au lieu d’élimination des déchets tout en renonçant à sa propre protection.

[157] Nous accueillerions donc le pourvoi de Résolu.

- (3) Weyerhaeuser est-elle un « successeur » de Great Lakes pour les besoins de la clause d’extension des bénéfices contenue au par. 6 de l’Indemnité de l’Ontario?

[158] Bien que Weyerhaeuser ne soit pas cessionnaire du bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario, elle affirme par ailleurs qu’elle peut quand même en bénéficier en tant que propriétaire successeur de la propriété de Dryden. Elle soutient que le terme [TRADUCTION] « successeurs » au par. 6 de l’Indemnité de l’Ontario vise à la fois les successeurs corporatifs de Great Lakes *et* les successeurs en titre quant à la propriété de Dryden. Invoquant l’arrêt *Brown c. Belleville (City)*, 2013 ONCA 148, 114 O.R. (3d) 561, Weyerhaeuser fait valoir que la clause d’extension des bénéfices étend le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario à une *classe* de bénéficiaires, tous susceptibles de bénéficier simultanément de l’entente.

[159] À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, nous sommes d’avis que le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que la clause d’extension des bénéfices étendait le bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario aux propriétaires successeurs de la propriété de Dryden (c.-à-d. aux successeurs *en titre*). Selon nous, le terme [TRADUCTION] « successeurs » ne renvoie clairement qu’aux successeurs *corporatifs*. Il convient de souligner que cette clause est une clause contractuelle type, c.-à-d. [TRADUCTION] « standard », que les avocats utilisent pour protéger les intérêts et les attentes de leurs clients (voir *Canadian Contract Law*, p. 741-742). La certitude en matière d’opérations commerciales est mieux protégée lorsque les tribunaux donnent effet au sens courant et à l’inclusion de telles clauses figurant dans les contrats, en l’absence d’indication que les parties ont voulu que celles-ci aient un effet différent.

[160] In *National Trust Co. v. Mead*, [1990] 2 S.C.R. 410, this Court observed that, “[w]hen used in reference to corporations, a ‘successor’ generally denotes another corporation which, through merger, amalgamation or some other type of legal succession, assumes the burdens and becomes vested with the rights of the first corporation” (p. 423). Indeed, this common understanding of the term “successor” has been recognized in considering enurement clauses like the one at issue here (see C. L. Elderkin and J. S. Shin Doi, *Behind and Beyond Boilerplate: Drafting Commercial Agreements* (1998), at pp. 250-51; M. H. Ogilvie, “Re-defining Privity of Contract: *Brown v. Belleville (City)*” (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 731, at p. 736). Again, bearing in mind that the object of contractual interpretation is to discern the parties’ objective *intentions*, the commonly accepted meaning of that term provides a helpful starting point to considering what the parties understood the words in the enurement clause to mean.

[161] We agree with the majority at the Court of Appeal that, in these particular circumstances, “nothing in the language of the Ontario Indemnity or in the circumstances surrounding the formation of the contract” supports Weyerhaeuser’s interpretation of the enurement clause (para. 184). To the contrary, in reading the enurement clause together with the rest of the Ontario Indemnity, it becomes clear that the parties intended to restrict the term “successors” to *corporate* successors. Paragraph 2 of the Ontario Indemnity refers to Reed’s “predecessor[s] in title”, while para. 6 uses the term “successors” without any such qualification. As this Court remarked in *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at para. 47, “[m]eaning must be given to the choice to use one term in one clause and a different term in a different clause of the same agreement”. Had the parties to the Ontario Indemnity intended the enurement clause to apply to all successors-in-title over the Dryden Property, they could have made those intentions clear.

[160] Dans l’arrêt *National Trust Co. c. Mead*, [1990] 2 R.C.S. 410, notre Cour a fait observer qu’« [e]mployé à l’égard de sociétés, le terme “successeur” désigne généralement une autre société qui, par fusion ou une autre forme de succession juridique, assume les obligations et acquiert les droits de la première société » (p. 423). En fait, ce sens courant du terme « successeur » a été reconnu à l’occasion de l’examen de clauses d’extension des bénéfiques comme celle en cause en l’espèce (voir C. L. Elderkin et J. S. Shin Doi, *Behind and Beyond Boilerplate : Drafting Commercial Agreements* (1998), p. 250-251; M. H. Ogilvie, « Re-defining Privity of Contract : *Brown v. Belleville (City)* » (2015), 52 *Alta. L. Rev.* 731, p. 736). Encore là, étant donné que l’interprétation contractuelle a pour objectif de cerner les *intentions* objectives des parties, le sens communément reconnu de ce terme constitue un point de départ utile pour déterminer comment les parties ont interprété les mots employés dans la clause d’extension des bénéfiques.

[161] Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que, dans les circonstances particulières de l’espèce, [TRADUCTION] « rien dans le libellé de l’Indemnité de l’Ontario ou dans les circonstances entourant la conclusion du contrat » n’appuie l’interprétation donnée par Weyerhaeuser à la clause d’extension des bénéfiques (par. 184). Au contraire, lorsqu’on lit cette clause conjointement avec le reste de l’Indemnité de l’Ontario, il apparaît clairement que les parties ont voulu restreindre le sens du terme [TRADUCTION] « successeurs » aux successeurs *corporatifs*. Le paragraphe 2 de l’Indemnité de l’Ontario renvoie aux « prédécesseur[s] en titre » de Reed, alors que le par. 6 emploie le terme « successeurs » sans aucun qualificatif de la sorte. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 47, « [i]l faut donner un sens à la décision d’employer un terme donné dans une clause et un terme différent dans une autre clause figurant dans le même contrat ». Si les parties à l’Indemnité de l’Ontario voulaient que la clause d’extension des bénéfiques s’applique à tous les successeurs en titre quant à la propriété de Dryden, elles auraient pu l’exprimer clairement.

[162] This is not to say that our conclusion with respect to the word “successors” in this specific enurement clause sets out a universal definition of that term. It may be possible, in other circumstances, for the term “successors” to refer to successors-in-title (e.g. *Belleville*).

[163] For these reasons, Weyerhaeuser is neither an assignee of the benefit of the Ontario Indemnity nor a corporate successor of either Great Lakes or Reed. Notwithstanding its rights under the 1998 Asset Purchase Agreement and the Lease Agreement, it has no entitlement to benefit under the Ontario Indemnity, and we would dismiss its appeal.

[164] Given this conclusion, it is unnecessary for us to decide whether the enurement clause operates to the benefit of a class of beneficiaries (being Great Lakes’ successors *and* assigns).

## VI. Conclusion

[165] We would dismiss the appeals of the Province and of Weyerhaeuser. We would allow Resolute’s appeal and declare that Weyerhaeuser enjoys no benefit under the Ontario Indemnity. Resolute is entitled to its costs in this Court and throughout, including costs before the motion judge on the terms he ordered (*Weyerhaeuser Company Limited v. Ontario (Attorney General)*, 2017 ONSC 1814).

*Appeal of Resolute FP Canada Inc. dismissed, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Appeal of Her Majesty The Queen as represented by the Ministry of the Attorney General allowed with costs throughout, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Appeal of Weyerhaeuser Company Limited dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent Resolute FP Canada Inc.: Torys, Toronto.*

[162] Cela ne signifie pas que notre conclusion sur le mot [TRADUCTION] « successeurs » figurant dans cette clause particulière d’extension des bénéfices donne à ce terme une définition universelle. Il se peut que dans d’autres circonstances, le terme « successeurs » renvoie aux successeurs en titre (p. ex. *Belleville*).

[163] Pour ces motifs, Weyerhaeuser n’est ni cessionnaire du bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario ni un successeur corporatif de Great Lakes ou de Reed. Malgré les droits que lui confèrent la convention d’achat d’actifs de 1998 et la Convention de bail, elle n’a pas droit au bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario et nous rejeterions son pourvoi.

[164] Étant donné cette conclusion, il n’est pas nécessaire que nous décidions si la clause d’extension des bénéfices s’applique au profit d’une classe de bénéficiaires (qui sont les successeurs *et* ayants droit de Great Lakes).

## VI. Conclusion

[165] Nous rejeterions les pourvois de la province et de Weyerhaeuser. Nous accueillerions le pourvoi de Résolu et déclarerions que Weyerhaeuser ne jouit pas du bénéfice de l’Indemnité de l’Ontario. Résolu a droit à ses dépens devant toutes les cours, y compris les dépens aux conditions ordonnées par le juge des requêtes (*Weyerhaeuser Company Limited c. Ontario (Attorney General)*, 2017 ONSC 1814).

*Pourvoi de Produits forestiers Résolu rejeté, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Pourvoi de Sa Majesté la Reine représentée par le ministère du procureur général accueilli avec dépens dans toutes les cours, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Pourvoi de Compagnie Weyerhaeuser Limitée rejeté.*

*Procureurs de l’appelante/intimée Produits forestiers Résolu : Torys, Toronto.*

*Solicitor for the appellant/respondent Her Majesty The Queen as represented by the Ministry of the Attorney General: Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the appellant/respondent Weyerhaeuser Company Limited: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'appelante/intimée Sa Majesté la Reine représentée par le ministère du procureur général : Ministère du procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante/intimée Compagnie Weyerhaeuser Limitée : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*



**International Air Transport Association**  
*Appellant*

v.

**Instrubel, N.V.** *Respondent*

and

**Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq, Salah Aldin State Establishment and Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.** *Interveners*

- and -

**Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq and Salah Aldin State Establishment** *Appellants*

v.

**Instrubel, N.V.** *Respondent*

and

**International Air Transport Association and Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION v. INSTRUBEL, N.V.**

**2019 SCC 61**

File No.: 38562.

Hearing and judgment: December 11, 2019.

Dissenting reasons delivered: May 1, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

**International Air Transport Association**  
*Appelante*

c.

**Instrubel, N.V.** *Intimée*

et

**Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq, Salah Aldin State Establishment et Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.** *Intervenants*

- et -

**Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq et Salah Aldin State Establishment** *Appellants*

c.

**Instrubel, N.V.** *Intimée*

et

**International Air Transport Association et Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION c. INSTRUBEL, N.V.**

**2019 CSC 61**

N° du greffe : 38562.

Audition et jugement : 11 décembre 2019.

Motifs dissidents déposés : 1<sup>er</sup> mai 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Location of property in dispute — Seizure before judgment by garnishment — Dutch company seeking enforcement in Quebec of international arbitration awards issued against foreign entity — Since recovery of debt at risk, company seeking and obtaining from Quebec Superior Court writ of seizure before judgment by garnishment of aerodrome and air navigation fees billed and collected on foreign entity's behalf by global trade association for international air transport industry — Association's head office located in Montréal but funds it collects deposited in association's bank account in Switzerland — Foreign entity bringing motion to quash writ of seizure on ground that Superior Court lacked jurisdiction to authorize it because property at issue was located outside Quebec — Superior Court finding that it did not have jurisdiction to authorize seizure as funds did not constitute debt owed by association to foreign entity collectible in Quebec but rather property located in Switzerland held by association on foreign entity's behalf — Court of Appeal setting aside Superior Court judgment — Property seized is debt due by association to foreign entity — Debt is situated where it is collectible, at domicile of association in Montréal — Debt is therefore subject to jurisdiction of Quebec courts.*

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe and Martin J.J. (orally): The appeals should be dismissed, substantially for the reasons of the Court of Appeal save for the matters addressed in *obiter*.

*Per* Côté J. (dissenting): The appeals should be allowed and the judgment of the Superior Court reinstated. Given that the property in dispute is located outside Quebec, the Superior Court did not have jurisdiction to issue the writ of seizure before judgment by garnishment.

The Dutch company filed a request for a writ of seizure before judgment by garnishment directed at the sums or movable property belonging to the foreign entity, held by the association on the foreign entity's behalf. A seizure before judgment is a provisional measure which preserves a plaintiff's right where there is reason to fear that the recovery of his or her debt is in jeopardy. The effect of seizure by garnishment is to place sums of money and movable property belonging to the debtor under judicial control and to make the garnishee the guardian of that property. Given that a seizure by garnishment is carried out

*Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Lieu du bien en litige — Saisie-arrêt avant jugement — Société néerlandaise cherchant à faire exécuter au Québec des sentences arbitrales internationales rendues contre une entité étrangère — Le recouvrement de la dette étant en péril, société demandant à la Cour supérieure du Québec et obtenant de celle-ci un bref de saisie-arrêt avant jugement des redevances d'aérodrome et de navigation aérienne facturées et perçues par l'association mondiale de commerce pour l'industrie internationale du transport aérien pour le compte de l'entité étrangère — Siège social de l'association situé à Montréal, mais fonds perçus par celle-ci déposés dans un compte bancaire de l'association en Suisse — Requête présentée par l'entité étrangère en vue de faire annuler le bref de saisie au motif que la Cour supérieure n'avait pas compétence pour autoriser celui-ci parce que le bien en cause était situé à l'extérieur du Québec — Conclusion de la Cour supérieure portant qu'elle n'avait pas compétence pour autoriser la saisie au motif que les fonds n'étaient pas une dette de l'association envers l'entité étrangère pouvant être perçue au Québec, mais plutôt un bien situé en Suisse détenu par l'association pour le compte de l'entité étrangère — Annulation du jugement de la Cour supérieure par la Cour d'appel — Le bien saisi est une dette due par l'association à l'entité étrangère — La dette est située au lieu où elle peut être perçue, soit au domicile de l'association à Montréal — La dette est conséquemment assujettie à la compétence des tribunaux québécois.*

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe et Martin (oralement) : Les appels sont rejetés, essentiellement pour les motifs qu'a exposés la Cour d'appel sauf pour ce qui est des points dont elle traite en *obiter*.

*La* juge Côté (dissidente) : Les pourvois devraient être accueillis et la décision de la Cour supérieure devrait être rétablie. Vu que le bien en litige est situé à l'extérieur du Québec, la Cour supérieure n'avait pas compétence pour délivrer le bref de saisie-arrêt avant jugement.

La société néerlandaise a déposé une réquisition pour l'émission d'un bref de saisie-arrêt avant jugement visant les sommes ou les meubles qui appartenaient à l'entité étrangère et que détenait l'association pour le compte de l'entité étrangère. Une saisie avant jugement est une mesure provisionnelle qui protège le droit d'un demandeur lorsqu'il est à craindre que le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril. La saisie-arrêt a pour effet de mettre sous main de justice les sommes et les meubles appartenant au débiteur et de constituer le tiers-saisi gardien de ces derniers. Vu qu'une saisie-arrêt s'effectue *in rem*

*in rem* and directly affects the property in question, the private international law rules governing Quebec authorities' jurisdiction over real actions must be considered. Under art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec courts have jurisdiction over a real action if the property in dispute is situated in Quebec.

The nature of the legal relationship between the association and the foreign entity is central to the disposition of the appeals in the instant case. The association and the foreign entity entered into a contract under which the foreign entity mandated the association to bill and collect air navigation charges due to the foreign entity from airlines that have the right to fly in its airspace. The contract establishes a relation of mandate whereby the association acts as mandatary for the foreign entity, the mandator.

The effects of the acts concluded by the mandatary on behalf of the mandator are reflected directly in the mandator's patrimony. The juridical acts that the mandatary performs with third parties are binding on the mandator. That reality will be reflected in the mandator's patrimony, since it is the mandator's patrimony, rather than the mandatary's, which becomes bound to the third parties' patrimonies. Where the mandate is performed properly, the mandatary assumes no obligation towards third parties and his or her patrimony is not engaged. In this case, when the association deals with third parties, the effects of those dealings are reflected not in the association's patrimony, but rather in the foreign entity's patrimony. Therefore, the seized property forms part of the foreign entity's patrimony.

Where a contract of mandate entails the transfer of goods or property between third parties and the mandatary, the mandatary's obligation towards the mandator is not a debt. A debt presupposes an owing patrimony. The mandatary acts as the holder, as opposed to the owner, of the property, which he or she must hand over or, in the case of sums, remit to the mandator. The mandatary's patrimony is affected only in the sense that it is charged with the obligation to hand over the property, or to remit the sums, to the mandator. The property, or the sums, never actually enter the mandatary's patrimony, because they continue to belong to the mandator. This means that the mandatary's obligation cannot be a debt, since the mandatary owes nothing. The wording of art. 2185 para. 1 *C.C.Q.* supports the position that the mandatary does not become the owner of the sums collected and does not owe a debt in an equivalent amount to the mandator. The use of the term "remit" is very telling. In the present case, the association has an obligation to remit the sums it collected to the foreign entity; this obligation is distinct from any debt the

et affecte directement les biens en question, les règles de droit international privé régissant la compétence des autorités québécoises sur les actions réelles doivent être examinées. Suivant l'art. 3152 *C.c.Q.*, les tribunaux québécois ont compétence sur une action réelle si le bien en litige est situé au Québec.

La nature de la relation juridique entre l'association et l'entité étrangère est centrale pour l'issue des présents pourvois. L'association et l'entité étrangère ont conclu un contrat en vertu duquel l'entité étrangère a mandaté l'association de facturer et de percevoir les redevances de navigation aérienne dues à l'entité étrangère par les compagnies aériennes ayant le droit de voler dans son espace aérien. Le contrat établit une relation de mandat où l'association agit comme mandataire de l'entité étrangère, le mandant.

Les effets des actes accomplis par le mandataire pour le compte du mandant se reflètent directement dans le patrimoine du mandant. Les actes juridiques que le mandataire accomplit avec des tiers lient le mandant. Cette réalité se reflétera dans le patrimoine du mandant, puisque c'est son patrimoine, plutôt que celui du mandataire, qui devient lié à celui des tiers. Lorsque le mandat est bien exécuté, le mandataire n'assume aucune obligation envers les tiers et son patrimoine n'est pas en jeu. En l'espèce, lorsque l'association traite avec des tiers, les effets de ces opérations se reflètent non pas dans le patrimoine de l'association, mais plutôt dans celui de l'entité étrangère. En conséquence, le bien saisi fait partie du patrimoine de l'entité étrangère.

Lorsqu'un contrat de mandat implique le transfert de marchandises ou de biens entre des tiers et le mandataire, l'obligation du mandataire envers le mandant n'est pas une dette. Une dette présuppose un patrimoine débiteur. Le mandataire agit comme détenteur, et non pas comme propriétaire, du bien, ou des sommes, qu'il doit remettre au mandant. Le patrimoine du mandataire est affecté seulement en ce que ce dernier est chargé de l'obligation de remettre le bien, ou les sommes, au mandant. Le bien, ou les sommes, n'entrent jamais véritablement dans le patrimoine du mandataire, parce qu'ils continuent d'appartenir au mandant. Cela signifie que l'obligation du mandataire ne saurait être une dette, car celui-ci ne doit rien. Le libellé de l'art. 2185 al. 1 *C.c.Q.* appuie la thèse selon laquelle le mandataire ne devient pas propriétaire des sommes perçues et qu'il n'a pas une dette d'un montant équivalent envers le mandant. L'emploi du mot « remettre » est très révélateur. En l'espèce, l'association a une obligation de remettre les sommes qu'elle a perçues à l'entité étrangère; cette obligation est distincte de

association might owe to the foreign entity. Although the payments are collected and held by the association on the foreign entity's behalf, the sums in the association's bank account have always belonged and continue to belong to the foreign entity.

In order to determine the geographical location of the property at the time of seizure, it is necessary to consider the impact of banking law, if any, on the relationships between the parties and their obligations. While the intervening contract between a customer that deposits money and a bank is a loan, this fact has no bearing on the capacity in which the customer loans the money to the bank or on the characterization of the relationship that the account holder may have with a third party. For the purposes of issuing a writ of seizure by garnishment, the patrimonial impact of the contract of mandate between the association and the foreign entity remains unscathed by the fact that the sums to be remitted to the foreign entity were deposited in a bank account. The bank account in this case, although in the association's name, is for practical purposes equivalent to a trust and the sums were held for the benefit of the association's mandator. Despite the comingling of funds in the account, the funds remained identifiable and thus continued to belong to the foreign entity. A bank account — and sums deposited in it — is located at the branch where the account is held. In this case, the bank account in which the association kept the sums it collected on the foreign entity's behalf was located in Switzerland. The geographical location of the property in dispute here is therefore Switzerland. An *in rem* action directed at sums located in Switzerland is beyond the jurisdiction of the Quebec Superior Court.

### Cases Cited

By Côté J. (dissenting)

*Cinar Corporation v. Xanthoudakis*, 2005 CanLII 23655; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Tri-Tex Co. Inc. v. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324; *Lavallée v. St-Germain*, [1994] R.D.J. 291; *Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580; *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Laplante v. The Queen*, 2017 TCC 118, 2017 D.T.C. 1071; *9172-0904 Québec inc. v. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 3397, [2010] R.J.D.T. 1091; *Laporte v. Lauzon*, 2007 QCCS 6226, [2008] R.J.Q. 478; *Yachting & Sports Pigeon Inc.* (1995), 2 C.B.R. (4th) 236; *Harp Investments Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1581.

toute dette que l'association pourrait avoir envers l'entité étrangère. Bien que les paiements soient perçus et détenus par l'association pour le compte de l'entité étrangère, les sommes dans le compte bancaire de l'association ont toujours appartenu à l'entité étrangère et continuent de lui appartenir.

Pour déterminer le lieu où se trouve le bien au moment de la saisie, il faut examiner l'incidence du droit bancaire, s'il en est, sur les relations entre les parties et leurs obligations. Bien que le contrat entre un client qui dépose de l'argent et une banque soit un prêt, ce fait n'a aucune incidence sur la qualité en vertu de laquelle le client prête l'argent à la banque ou sur la qualification de la relation que peut avoir le titulaire du compte avec un tiers. Aux fins de la délivrance d'un bref de saisie-arêt, le fait que les sommes à remettre à l'entité étrangère aient été déposées dans un compte bancaire ne change rien à l'effet patrimonial du contrat de mandat entre l'association et l'entité étrangère. Le compte bancaire en l'espèce, bien qu'il soit au nom de l'association, équivaut en pratique à une fiducie et les sommes étaient détenues au profit du mandant de l'association. Malgré le regroupement des fonds dans le compte, les fonds demeuraient identifiables et continuaient donc d'appartenir à l'entité étrangère. Un compte bancaire — et les sommes qui y sont déposées — est situé à la succursale où est détenu le compte. En l'espèce, le compte bancaire dans lequel l'association gardait les sommes qu'elle percevait pour le compte de l'entité étrangère était situé en Suisse. Le bien en litige en l'espèce se trouve donc en Suisse. La Cour supérieure du Québec n'est pas compétente pour connaître d'une action *in rem* visant des sommes situées en Suisse.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Cinar Corporation c. Xanthoudakis*, 2005 CanLII 23655; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Tri-Tex Co. Inc. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324; *Lavallée c. St-Germain*, [1994] R.D.J. 291; *Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980] 1 R.C.S. 580; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Laplante c. La Reine*, 2017 CCI 118; *9172-0904 Québec inc. c. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 3397, [2010] R.J.D.T. 1091; *Laporte c. Lauzon*, 2007 QCCS 6226, [2008] R.J.Q. 478; *Yachting & Sports Pigeon Inc.* (1995), 2 C.B.R. (4th) 236; *Harp Investments Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1581.

**Statutes and Regulations Cited**

*Civil Code of Québec*, arts. 2130 para. 1, 2136, 2139, 2146, 2157, 2184, 2185 para. 1, 2809 para. 2, Book Ten, 3138, 3140, 3152.

*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 626, 733.

**Authors Cited**

Belleau, Charles, et autres. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd., par Denis Ferland et Benoît Emery, dir. Montréal: Yvon Blais, 2015.

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.

Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003.

Leclerc, Normand. *L'argent en monnaie, un lexique: Des biens économiques en droit privé canadien*. Québec: CorpusCivilis, 2008.

L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.

Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Popovici, Adrian. *La couleur du mandat*. Montréal: Thémis, 1995.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice*. Montréal: Guérin, 1973.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Schrager and Healy JJ.A.), 2019 QCCA 78, [2019] AZ-51563260, [2019] Q.J. No. 232 (QL), 2019 CarswellQue 275 (WL Can.), setting aside a decision of Hamilton J., 2016 QCCS 1184, [2016] AZ-51265192, [2016] Q.J. No. 2272 (QL), 2016 CarswellQue 2101 (WL Can.). Appeals dismissed, Côté J. dissenting.

Éric Vallières and Émile Catimel-Marchand, for the appellant/intervener the International Air Transport Association.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Québec*, art. 2130 al. 1, 2136, 2139, 2146, 2157, 2184, 2185 al. 1, 2809 al. 2, Livre dixième, 3138, 3140, 3152.

*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 626, 733.

**Doctrine et autres documents cités**

Belleau, Charles, et autres. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd., par Denis Ferland et Benoît Emery, dir., Montréal, Yvon Blais, 2015.

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*. Toronto, Butterworths, 1980.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003.

Leclerc, Normand. *L'argent en monnaie, un lexique : Des biens économiques en droit privé canadien*, Québec, CorpusCivilis, 2008.

L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.

Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Popovici, Adrian. *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

Savoie, Réginald, et Louis-Philippe Taschereau. *Procédure civile*, t. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice*, Montréal, Guérin, 1973.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Schrager et Healy), 2019 QCCA 78, [2019] AZ-51563260, [2019] Q.J. No. 232 (QL), 2019 CarswellQue 275 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Hamilton, 2016 QCCS 1184, [2016] AZ-51265192, [2016] Q.J. No. 2272 (QL), 2016 CarswellQue 2101 (WL Can.). Pourvois rejetés, la juge Côté est dissidente.

Éric Vallières et Émile Catimel-Marchand, pour l'appelante/intervenante International Air Transport Association.



*Patrick Ferland and Nicolas Roche*, for the appellants/intervenors the Republic of Iraq, the Ministry of Industry of the Republic of Iraq, the Ministry of Defence of the Republic of Iraq and the Salah Aldin State Establishment.

*Audrey Boctor and François Goyer*, for the respondent.

*Simon V. Potter, Adam Goldenberg and Sandra Aigbinode Lange*, for the intervener Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — A majority of this Court is of the opinion to dismiss the appeals with costs throughout, substantially for the reasons of the Court of Appeal save for the matters addressed in *obiter*.

[2] Justice Côté is dissenting. Her reasons will follow.

The following are the reasons delivered by

[3] CÔTÉ J. (dissenting) — This case raises the question of whether the Quebec Superior Court has jurisdiction to issue a writ of seizure before judgment by garnishment of funds deposited in a bank account outside Quebec. It questions the real or personal nature of such a remedy and illustrates the clash between property law and banking law, which must ultimately be resolved on the basis of well-established principles of civil law, namely the principles relating to mandate.

[4] On December 11, 2019, a majority of this Court dismissed the appeals in a judgment rendered from the bench. My dissenting reasons were to follow.

[5] Here they are.

*Patrick Ferland et Nicolas Roche*, pour les appelants/intervenants Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq et Salah Aldin State Establishment.

*Audrey Boctor et François Goyer*, pour l'intimée.

*Simon V. Potter, Adam Goldenberg et Sandra Aigbinode Lange*, pour l'intervenante Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — La Cour, à la majorité, est d'avis de rejeter les appels avec dépens devant toutes les cours, essentiellement pour les motifs qu'a exposés la Cour d'appel sauf pour ce qui est des points dont elle traite en *obiter*.

[2] La juge Côté est dissidente. Ses motifs seront publiés ultérieurement.

Version française des motifs rendus par

[3] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — La présente affaire soulève la question de savoir si la Cour supérieure du Québec a compétence pour délivrer un bref de saisie-arrêt avant jugement de fonds déposés dans un compte bancaire à l'extérieur du Québec. Elle met en cause la nature réelle ou personnelle d'un tel recours, et illustre le conflit entre le droit des biens et le droit bancaire, lequel doit ultimement être résolu sur le fondement de principes bien établis du droit civil, à savoir les principes relatifs au mandat.

[4] Le 11 décembre 2019, une majorité de cette Cour a rejeté les pourvois dans un jugement rendu séance tenante. Mes motifs dissidents devaient suivre.

[5] Les voici.

## I. The Parties

[6] The respondent in these appeals is Instrubel, N.V. (“Instrubel”), a Dutch company having its principal place of business in the Netherlands. It is incorporated under the laws of Belgium, where it also has offices. The record does not show that Instrubel has any connection with or business in Quebec or Canada.

[7] The appellants include the Republic of Iraq (“Iraq”) and three parties that were involved in arbitration proceedings against Instrubel: the Ministry of Industry of the Republic of Iraq, the Ministry of Defence of the Republic of Iraq and the Salah Aldin State Establishment.<sup>1</sup> The Iraqi entity most relevant to these appeals is the Iraqi Civil Aviation Authority (“ICAA”), the agency responsible for the regulation of Iraq’s airspace.

[8] The final appellant, the International Air Transport Association (“IATA”), is the global trade association for the international air transport industry. Its membership includes over 290 airlines present in more than 120 countries representing 82 percent of the world’s air traffic. Its purposes, objectives and aims include the promotion of safe, regular and economical air transport for the benefit of the peoples of the world. One of IATA’s roles is to liaise with government bodies around the world, like ICAA, including “on matters affecting international air transport such as safety, flight operations, industry standards, economic regulation, and training”: A.R., vol. II, at p. 45. While IATA’s headquarters are in Montréal, its operations are worldwide. It is present in more than 61 countries, and has executive offices in Geneva, Switzerland.

## II. Background

[9] In the late 1980s and in 1990, Instrubel entered into five contracts with various Iraqi entities

<sup>1</sup> In these reasons, I refer to these appellants collectively as the “Iraqi appellants”.

## I. Les parties

[6] L’intimée dans les présents pourvois est Instrubel, N.V. (« Instrubel »), une société néerlandaise dont le principal établissement se trouve aux Pays-Bas. Elle est constituée sous le régime des lois de la Belgique, où elle a aussi des bureaux. Le dossier n’indique pas qu’Instrubel ait un quelconque lien avec le Québec ou le Canada, ou y exercerait une quelconque activité.

[7] Les appelantes incluent la République d’Iraq (« Iraq ») et trois parties ayant pris part à une procédure d’arbitrage contre Instrubel : le Ministry of Industry of the Republic of Iraq, le Ministry of Defence of the Republic of Iraq et le Salah Aldin State Establishment<sup>1</sup>. L’entité iraquienne la plus pertinente en l’espèce est l’Iraqi Civil Aviation Authority (« ICAA »), l’agence chargée de régir l’espace aérien de l’Iraq.

[8] La dernière appelante, l’International Air Transport Association (« IATA »), est l’association mondiale de commerce pour l’industrie internationale du transport aérien. Elle compte parmi ses membres plus de 290 compagnies aériennes présentes dans plus de 120 pays représentant 82 p. 100 du trafic aérien mondial. Ses objectifs incluent la promotion d’un transport aérien sécuritaire, régulier et économique au profit des nations du monde. L’un des rôles de l’IATA consiste à assurer la liaison avec les organismes gouvernementaux à travers le monde, comme l’ICAA, y compris [TRADUCTION] « quant à des questions touchant le transport aérien international comme la sécurité, les opérations aériennes, les normes de l’industrie, la réglementation économique et la formation » : d.a., vol. II, p. 45. Bien qu’elle ait son siège à Montréal, l’IATA exerce ses activités dans le monde entier. Elle est présente dans plus de 61 pays et a des bureaux administratifs à Genève, en Suisse.

## II. Contexte

[9] À la fin des années 1980 et en 1990, Instrubel a conclu cinq contrats avec diverses entités iraquiennes

<sup>1</sup> Dans les présents motifs, j’utilise l’expression « appelantes iraquiennes » pour désigner collectivement ces appelantes.

for the supply of military equipment in the form of night vision goggles and thermal imaging technology. Following the invasion of Kuwait in 1990, the United Nations Security Council imposed an embargo on goods coming from or going to Iraq. At the time, Instrubel's five contracts were in various states of performance.

[10] Instrubel submitted a claim for non-performance of the contracts and for lost profits to the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce in Paris on January 27, 1992. Two arbitration awards in favour of Instrubel were issued on February 6, 1996 and March 12, 2003. The value of the awards on the latter date was approximately CAN\$32 million, plus interest.

[11] Neither ICAA nor even the Republic of Iraq was a party to the arbitration proceedings. Most importantly, IATA had no connection whatsoever with the arbitration proceedings.

[12] A decade later, on March 11, 2013, Instrubel filed in the Quebec Superior Court a Motion for the Homologation, Recognition and Enforcement of Arbitration Awards Made Outside Quebec, alleging that it had "only recently learned that the Republic of Iraq possesses significant assets in the Province of Quebec": A.R., vol. I, at p. 41. At the time of the Court of Appeal's decision on the issue in these appeals, Instrubel had not received payment of the amounts due pursuant to the arbitration awards.

[13] Believing that the recovery of payment for the arbitration awards was in jeopardy, on July 30, 2013, Instrubel sought and obtained from the Quebec Superior Court a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment of the air navigation and aerodrome charges billed and collected by IATA on behalf of ICAA. On August 5, 2013, the Iraqi appellants brought a Motion to Quash a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment on a number of grounds, including Instrubel's failure to disclose material information, insufficient and misleading allegations, and foreign state immunity.

pour la fourniture d'équipement militaire consistant en des lunettes de vision nocturne et une technologie d'imagerie thermique. Après l'invasion du Koweït en 1990, le Conseil de sécurité des Nations Unies a imposé un embargo sur les marchandises en provenance ou à destination de l'Iraq. À l'époque, les cinq contrats d'Instrubel étaient à divers stades d'exécution.

[10] Le 27 janvier 1992, Instrubel a présenté à la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris une réclamation pour inexécution de contrat et pour pertes de profits. Deux sentences arbitrales ont été rendues en faveur d'Instrubel le 6 février 1996 et le 12 mars 2003. À cette dernière date, la valeur des sentences s'élevait à environ 32 millions \$ CA, l'intérêt en sus.

[11] Ni l'ICAA ni même la République d'Iraq n'étaient parties à la procédure d'arbitrage. Fait encore plus important, l'IATA n'avait aucun lien avec cette procédure.

[12] Une décennie plus tard, le 11 mars 2013, Instrubel déposait devant la Cour supérieure du Québec une requête visant à faire homologuer, reconnaître et exécuter des sentences arbitrales rendues à l'extérieur du Québec, alléguant n'avoir [TRADUCTION] « appris que récemment que la République d'Iraq possède des actifs importants dans la province de Québec » : d.a., vol. I, p. 41. Lors du prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel sur la question en litige dans les présents pourvois, Instrubel n'avait pas reçu paiement des sommes dues en vertu des sentences arbitrales.

[13] Croyant que le recouvrement du montant des sentences arbitrales était en péril, le 30 juillet 2013, Instrubel demandait à la Cour supérieure du Québec et obtenait de celle-ci un bref de saisie-arrêt avant jugement des redevances de navigation aérienne et d'aérodrome facturées et perçues par l'IATA pour le compte de l'ICAA. Le 5 août 2013, les appelantes iraqiennes présentaient une requête en annulation d'un bref de saisie-arrêt avant jugement invoquant un certain nombre de motifs, notamment l'omission d'Instrubel de communiquer des renseignements importants, la présence d'allégations insuffisantes et trompeuses et l'immunité des États étrangers.

[14] Meanwhile, on August 12, 2013, IATA filed a Solemn Declaration of the Garnishee against the garnishment, stating that it “does not currently have in its possession any sums of money, securities or movable property that is marked as belonging to [the Iraqi appellants]”: A.R., vol. II, at p. 3. IATA acknowledged in this negative declaration that it held funds “in trust for the benefit of” ICAA, but maintained that it could not pay them out to Instrubel because they had to be remitted to ICAA and because the funds were immune from execution: p. 3.

[15] On September 16, 2013, the Superior Court heard the Iraqi appellants’ Motion to Quash a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment. The parties had agreed to focus their arguments on Instrubel’s alleged failure to disclose material information and on the insufficiency of its allegations, leaving questions surrounding the funds’ immunity from seizure for a later date. On November 12, 2013, the Superior Court dismissed the motion to quash and upheld the seizure before judgment by garnishment.

[16] On November 14, 2013, Instrubel contested IATA’s Solemn Declaration, arguing that it was not a true negative declaration given that it merely indicated that IATA did not hold sums “marked” as belonging to the Iraqi appellants; Instrubel reserved its rights to contest the declaration on the ground “that the amounts held by IATA do ultimately belong to [the Iraqi appellants]”: A.R., vol. I, at p. 69. That contestation, as far as the record shows, remains outstanding.

[17] On December 11, 2013, the Superior Court granted a motion by IATA to limit the amount purported to be seized under the writ of seizure to CAN\$90 million. It ordered the release of all amounts in excess of CAN\$90 million and permitted IATA to transfer the CAN\$90 million to the trust account held by IATA’s lawyers in Montréal.

[14] Dans l’intervalle, le 12 août 2013, l’IATA déposait une déclaration solennelle du tiers-saisi à l’encontre de la saisie-arrêt, selon laquelle elle [TRADUCTION] « n’a actuellement en sa possession aucune somme d’argent, aucune sûreté, ni aucun bien meuble désignés comme appartenant aux [appelantes iraqiennes] » : d.a., vol. II, p. 3. L’IATA a reconnu dans cette déclaration négative qu’elle détenait des fonds « en fiducie au profit de » l’ICAA, mais elle a soutenu qu’elle ne pouvait pas verser ceux-ci à Instrubel parce qu’ils devaient être remis à l’ICAA et parce que les fonds bénéficiaient d’une immunité d’exécution : p. 3.

[15] Le 16 septembre 2013, la Cour supérieure a entendu la requête en annulation d’un bref de saisie-arrêt avant jugement présentée par les appelantes iraqiennes. Les parties avaient convenu de concentrer leurs arguments sur l’omission alléguée d’Instrubel de communiquer des renseignements importants et sur le caractère insuffisant de ses allégations, et de remettre à plus tard l’examen des questions relatives à l’immunité des fonds à l’égard d’une saisie. Le 12 novembre 2013, la Cour supérieure a rejeté la requête en annulation et a confirmé la saisie-arrêt avant jugement.

[16] Le 14 novembre 2013, Instrubel contestait la déclaration solennelle de l’IATA, faisant valoir qu’il ne s’agissait pas d’une véritable déclaration négative, car elle indiquait simplement que l’IATA ne détenait pas des sommes [TRADUCTION] « désigné[es] » comme appartenant aux appelantes iraqiennes; Instrubel s’est réservée le droit de contester la déclaration au motif « que les fonds détenus par l’IATA appartiennent en fin de compte aux [appelantes iraqiennes] » : d.a., vol. I, p. 69. Selon ce qu’il appert du dossier, cette contestation demeure en suspens.

[17] Le 11 décembre 2013, la Cour supérieure accueillait une requête présentée par l’IATA en vue de limiter à 90 millions \$ CA le montant visé par le bref de saisie. Elle a ordonné la mainlevée de la saisie à l’égard de toute somme excédant 90 millions \$ CA et a permis à l’IATA de transférer le 90 millions \$ CA dans le compte en fiducie détenu par les avocats de l’IATA à Montréal.

[18] Two years later, on September 28, 2015, the Iraqi appellants filed an amendment to their Motion to Quash a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment, arguing that the Quebec Superior Court lacked jurisdiction to issue the writ because the property seized consisted of funds deposited in a bank account in Switzerland.

### III. Judgments Below

#### A. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 1184 (Hamilton J.)*

[19] The Superior Court, per Hamilton J. (as he then was), granted the Iraqi appellants' Amended Motion to Quash a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment in part, based on the jurisdiction ground alone.

[20] Hamilton J. characterized the relationship between IATA and ICAA as one of mandate: para. 57 (CanLII). Given that relationship, the funds collected by IATA on ICAA's behalf belonged to ICAA and IATA had an obligation to remit them. Thus, this was not a situation in which the funds belonged to IATA and IATA then owed a debt to ICAA. Hamilton J. held that the ownership of the funds did not change merely because IATA deposited them in a bank account: para. 58. He also found that although the comingling of funds in a bank account can affect ownership rights, this was not the case here because the funds belonging to ICAA were readily identifiable: para. 59.

[21] Hamilton J. went on to say that if IATA had owed a debt to ICAA, the jurisdiction issue would have been easier to resolve because IATA's status as a party domiciled in Quebec owing a debt to ICAA would have meant that the asset in question (the debt) could be seized in Quebec: para. 60. Since he did not find this to be the case, he had to determine whether the Superior Court could issue a writ of seizure before judgment by garnishment where the garnishee was domiciled in Quebec but the property held by the garnishee was outside Quebec: para. 61.

[18] Deux ans plus tard, le 28 septembre 2015, les appelantes iraqiennes amendaient leur requête en annulation d'un bref de saisie-arrêt avant jugement, soutenant que la Cour supérieure du Québec n'avait pas compétence pour décerner le bref parce que le bien saisi consistait en des fonds déposés dans un compte bancaire en Suisse.

### III. Jugements des instances inférieures

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 1184 (le juge Hamilton)*

[19] La Cour supérieure, sous la plume du juge Hamilton (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec), a accueilli en partie la requête amendée en annulation d'un bref de saisie-arrêt avant jugement présentée par les appelantes iraqiennes, sur le seul fondement de l'argument relatif à la compétence.

[20] Le juge Hamilton a qualifié la relation entre l'IATA et l'ICAA de relation de mandat : par. 57 (CanLII). Vu cette relation, les fonds perçus par l'IATA pour le compte de l'ICAA appartenaient à l'ICAA et l'IATA avait l'obligation de les remettre. En conséquence, il ne s'agissait pas d'une situation où les fonds appartenaient à l'IATA et où l'IATA avait donc une dette envers l'ICAA. Le juge Hamilton a affirmé que le droit de propriété sur les fonds n'avait pas changé simplement parce que l'IATA avait déposé ceux-ci dans un compte bancaire : par. 58. Il a également conclu que, bien que le regroupement de fonds dans un compte bancaire puisse avoir une incidence sur les droits de propriété, ce n'était pas le cas en l'espèce parce que les fonds appartenant à l'ICAA étaient facilement identifiables : par. 59.

[21] Le juge Hamilton a ajouté que si l'IATA avait eu une dette envers l'ICAA, la question de la compétence aurait été plus facile à résoudre parce que le statut de l'IATA en tant que partie domiciliée au Québec ayant une dette envers l'ICAA aurait signifié que le bien en question (la dette) pouvait être saisi au Québec : par. 60. Étant donné que le juge Hamilton n'a pas conclu que tel était le cas, il devait décider si la Cour supérieure pouvait décerner un bref de saisie-arrêt avant jugement dans le cas où le tiers-saisi est domicilié au Québec, mais où le bien



Hamilton J. considered the nature of a seizure before judgment by garnishment, finding that it is not merely a personal order affecting only the garnishee, but that it also has an impact on the property seized: para. 74. Thus, given that the seized property in this case consisted of funds held in a bank account in Switzerland, the court would be placing funds held in a Swiss bank account under the judicial control of Quebec authorities. Since the primary jurisdiction with respect to assets lies with the court of the place where they are located, Hamilton J. concluded that the Superior Court did not have jurisdiction to issue a writ of seizure before judgment by garnishment that extended to assets held by the garnishee outside Quebec: paras. 76-77.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 78 (Schrager J.A., Rochette and Healy J.J.A. concurring)*

[22] The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the Amended Motion to Quash a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment. While the Court of Appeal did not expressly overturn the Superior Court’s characterization of the relationship between IATA and ICAA as being one of mandate, it nevertheless found that the characterization of the relationship was not relevant to ascertaining the type of obligation owed by IATA to ICAA. Accordingly, it was of the view that IATA’s obligation towards ICAA was a debt and that “this is so irrespective of the characterization of the contract between IATA and ICAA as a mandate or some *sui generis* relationship”: para. 43 (CanLII). The Court of Appeal found that funds in a bank account held by a mandatary for his or her mandator do not give rise to real rights: para. 34. In this sense, ICAA never owned the debts due to it from various airlines and does not now own the funds collected in satisfaction of those debts: para. 43. In the Court of Appeal’s view, IATA owed money to ICAA, and that debt was located at the place where it was collectible, which is ordinarily the domicile of the account debtor, in this case Montréal: para. 42.

détenu par celui-ci se trouve à l’extérieur de cette province : par. 61. Le juge Hamilton s’est penché sur la nature de la saisie-arrêt avant jugement, concluant qu’elle ne constitue pas simplement une ordonnance personnelle n’ayant un effet que sur le tiers-saisi, mais qu’elle a également une incidence sur le bien saisi : par. 74. En conséquence, comme le bien saisi en l’espèce consistait en des fonds détenus dans un compte bancaire en Suisse, le tribunal se serait trouvé à placer sous contrôle judiciaire des autorités québécoises des fonds détenus dans un compte bancaire suisse. Comme la compétence principale à l’égard des actifs est conférée au tribunal du lieu où ceux-ci sont situés, le juge Hamilton a conclu que la Cour supérieure n’avait pas compétence pour décerner un bref de saisie-arrêt avant jugement qui s’étendait à des actifs détenus par le tiers-saisi à l’extérieur du Québec : par. 76-77.

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 78 (le juge Schrager, avec l’accord des juges Rochette et Healy)*

[22] La Cour d’appel a accueilli l’appel et a rejeté la requête amendée en annulation d’un bref de saisie-arrêt avant jugement. Bien qu’elle n’ait pas expressément infirmé la qualification de la relation entre l’IATA et l’ICAA par la Cour supérieure comme étant une relation de mandat, la Cour d’appel a néanmoins conclu que la qualification de la relation n’était pas pertinente lorsqu’il s’agissait de déterminer le type d’obligation qu’avait l’IATA envers l’ICAA. En conséquence, elle a jugé que l’obligation qu’avait l’IATA envers l’ICAA était une dette et qu’[TRADUCTION] « il en est ainsi, que l’on qualifie le contrat entre l’IATA et ICAA de mandat ou de quelque relation *sui generis* » : par. 43 (CanLII). La Cour d’appel a conclu que les fonds que détient un mandataire pour son mandant dans un compte bancaire ne font pas naître de droits réels : par. 34. En ce sens, l’ICAA n’a jamais été propriétaire des dettes qu’avaient envers elle diverses compagnies aériennes et elle n’est pas maintenant propriétaire des fonds perçus pour acquitter ces dettes : par. 43. Selon la Cour d’appel, l’IATA devait de l’argent à l’ICAA et cette dette était située au lieu où elle pouvait être perçue, soit habituellement le domicile du débiteur, en l’espèce Montréal : par. 42.

[23] The Court of Appeal disagreed with the Superior Court's analysis regarding the identifiability of the funds belonging to ICAA in the bank account held by IATA: para. 36. In order to be traceable, funds must be identified and not merely quantified. Given the comingling of funds in this case, the Court of Appeal concluded that they could not be traced.

[24] The Court of Appeal found that the Superior Court had effectively ascribed attributes of a trust to the money deposited in the bank account. The Court of Appeal added that, if ICAA had indeed taken such a position, it would not have succeeded: para. 44. It referred to its previous jurisprudence to the effect that a bank account does not constitute a patrimony by appropriation. It noted that, in this case, it was not disputed that IATA was the owner and titleholder of the bank account and that it had full power and control over it. This was so despite the fact that, as between it and ICAA, the funds "belonged" to ICAA. The Court of Appeal thus held that it was not a possible outcome to characterize the right of a party having no contract with a bank, nor title or authority to the bank account, as a real right in the funds in the account, absent a trust or patrimony by appropriation, which did not exist here: paras. 47-48. Thus, the *situs* of the bank account did not change the *situs* of the debt, which was Quebec. IATA was the debtor of a personal right owed to ICAA, which could be the subject of a garnishment order issued by the courts of Quebec: para. 51.

#### IV. Issue

[25] These appeals raise the question of whether the Quebec Superior Court has jurisdiction to issue a writ of seizure before judgment by garnishment where the garnishee is located in the province but the property is located outside the province, and where the parties and the transaction giving rise to the seizure have no connection with Quebec.

[23] La Cour d'appel n'a pas souscrit à l'analyse de la Cour supérieure en ce qui a trait au caractère identifiable des fonds appartenant à l'ICAA dans le compte bancaire détenu par l'IATA : par. 36. Pour être traçables, les fonds doivent pouvoir être identifiés et non pas simplement quantifiés. Vu leur regroupement en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que les fonds n'étaient pas traçables.

[24] La Cour d'appel a conclu que la Cour supérieure avait de fait conféré les attributs d'une fiducie à l'argent déposé dans le compte bancaire. Elle a ajouté que, si l'ICAA avait effectivement fait valoir un tel point de vue, elle n'aurait pas réussi : par. 44. La Cour d'appel a fait référence à sa jurisprudence antérieure selon laquelle un compte bancaire ne constitue pas un patrimoine d'affectation. Elle a souligné qu'en l'espèce, il n'était pas contesté que l'IATA était propriétaire et titulaire du compte bancaire et qu'elle avait plein pouvoir et contrôle sur celui-ci. Il en était ainsi malgré le fait qu'entre l'ICAA et elle, les fonds « appartenaient » à l'ICAA. La Cour d'appel a donc statué que ne constituait pas une issue possible le fait de qualifier le droit d'une partie n'ayant aucun contrat avec une banque, ni aucun titre ou pouvoir sur le compte bancaire, de droit réel dans les fonds détenus dans le compte, en l'absence d'une fiducie ou d'un patrimoine d'affectation, ce qu'il n'y avait pas en l'espèce : par. 47-48. En conséquence, le lieu où est situé le compte bancaire ne change pas le lieu où est située la dette, c'est-à-dire au Québec. L'IATA était débitrice envers l'ICAA d'un droit personnel, lequel pouvait faire l'objet d'une ordonnance de saisie-arrêt rendue par les tribunaux du Québec : par. 51.

#### IV. Question en litige

[25] Les présents pourvois soulèvent la question de savoir si la Cour supérieure du Québec a compétence pour délivrer un bref de saisie-arrêt avant jugement lorsque le tiers-saisi se trouve dans la province, mais que le bien visé est situé à l'extérieur de celle-ci, et que les parties et la transaction donnant lieu à la saisie n'ont aucun lien avec le Québec.

V. AnalysisA. *Jurisdiction of the Quebec Superior Court Over Seizures Before Judgment by Garnishment*

[26] Given that the proceedings arose before the coming into force of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, in 2016, these appeals must be decided under the former *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“C.C.P.”).

[27] A seizure before judgment is a provisional measure which preserves a plaintiff’s right where there is reason to fear that the recovery of his or her debt is in jeopardy: art. 733 C.C.P. The effect of seizure by garnishment is to place sums of money and movable property belonging to the debtor “under judicial control” and to make the garnishee the guardian of that property:

**626.** The effect of seizure by garnishment is to place under judicial control the sums of money and movable property belonging to the debtor and to make the garnishee the guardian thereof.

Seizure before judgment by garnishment is therefore carried out *in rem* and directly affects the property in question: C. Belleau et al., *Précis de procédure civile du Québec* (5th ed. 2015), vol. 2, by D. Ferland and B. Emery, eds., at Nos. 2-1137, 2-1141 and 2-2375.

[28] In its factum and at the hearing in this Court, Instrubel identified various points of similarity between seizures before judgment by garnishment and injunctive relief, such as *Mareva* injunctions. While Instrubel acknowledged that these measures are not identical, it pointed to the fact that both seizures before judgment by garnishment and *Mareva* injunctions have elements of real remedies and personal remedies: R.F., at para. 127.

[29] This may be so. However, the Court must give effect to the fundamental distinctions between those two remedies, regardless of any perceived similarities. Despite Instrubel’s submissions, one cannot ignore the fact that the criteria for granting a *Mareva* injunction are significantly more onerous than the criteria for issuing a writ of seizure before judgment by

V. AnalyseA. *Compétence de la Cour supérieure du Québec à l’égard des saisies-arrêts avant jugement*

[26] Vu que l’instance a pris naissance avant l’entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, en 2016, les présents pourvois doivent être tranchés suivant l’ancien *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »).

[27] Une saisie avant jugement est une mesure provisionnelle qui protège le droit d’un demandeur lorsqu’il est à craindre que le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril : art. 733 C.p.c. La saisie-arrêt a pour effet de mettre « sous main de justice » les sommes et les meubles appartenant au débiteur et de constituer le tiers-saisi gardien de ces derniers :

**626.** La saisie-arrêt a pour effet de mettre sous main de justice les sommes et les meubles appartenant au débiteur, et de constituer le tiers-saisi gardien de ces derniers.

La saisie-arrêt avant jugement s’effectue donc *in rem* et affecte directement les biens en question : C. Belleau et autres, *Précis de procédure civile du Québec* (5<sup>e</sup> éd. 2015), vol. 2, par D. Ferland et B. Emery, dir., nos 2-1137, 2-1141 et 2-2375.

[28] Dans son mémoire et à l’audience devant notre Cour, Instrubel a mis en évidence divers points de ressemblance entre les saisies-arrêts avant jugement et les injonctions, telles les injonctions *Mareva*. Bien qu’elle ait reconnu que ces mesures ne sont pas identiques, Instrubel a souligné que les saisies-arrêts avant jugement et les injonctions *Mareva* arborent toutes deux des aspects qui relèvent des réparations réelles et des réparations personnelles : m.i., par. 127.

[29] C’est peut-être le cas. Cependant, la Cour doit donner effet aux distinctions fondamentales entre ces deux réparations, en dépit de toute ressemblance perçue. Malgré les observations d’Instrubel, on ne saurait faire abstraction du fait que les critères pour octroyer une injonction *Mareva* sont nettement plus exigeants que les critères d’octroi d’un bref de

garnishment. There is good reason for this. A *Mareva* injunction is an exceptional remedy, which is directed at the person of the defendant and limits his or her freedom to act: see Belleau et al., at No. 2-1141. Seizure before judgment by garnishment, on the other hand, affects property. While a *Mareva* injunction directly affects the defendant's actions, seizure by garnishment affects the garnishee only incidentally, and only inasmuch as the garnished property is concerned: see *Cinar Corporation v. Xanthoudakis*, 2005 CanLII 23655, at paras. 9-10 (Que. Sup. Ct.).

[30] The rules of private international law found in Book Ten of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) must be considered in order to decide this case. Given that a seizure by garnishment is carried out *in rem*, the rules governing Quebec authorities' jurisdiction over real actions must be considered: [TRANSLATION] “a real action is tied to property and may therefore be brought against any person in possession of the property: it is instituted ‘*in rem*’ and follows the property into whatever hands it is situated” (R. Savoie and L.-P. Taschereau, *Procédure civile*, vol. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice* (1973), at p. 73). As Hamilton J. said, “[t]he primary jurisdiction with respect to assets is the Court of the place where the assets are located”: para. 76. Under art. 3152 *C.C.Q.*, Quebec courts have jurisdiction over a real action “if the property in dispute is situated in Québec”. Thus, to determine whether the Quebec Superior Court had jurisdiction to issue the Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment, I must look to the location of the property in question.

[31] The importance of looking to the location of the *property*, rather than to that of its owner — or of the garnishee — cannot be emphasized enough. The enactment of art. 3152 *C.C.Q.* represented a departure from the past. The legislature recognized the need to resolve the confusion arising from the possibility of grounding the jurisdiction of Quebec courts in the defendant's domicile even where the dispute concerned property located outside Quebec: see C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3rd ed. 2011), at pp. 133-34.

saisie-arrêt avant jugement. Il y a une bonne raison à cela. Une injonction *Mareva* est un remède exceptionnel qui vise la personne du défendeur et qui limite sa liberté d'agir : voir Belleau et autres, n° 2-1141. La saisie-arrêt avant jugement, par contre, a une incidence sur les biens. Si l'injonction *Mareva* a une incidence directe sur les actes du défendeur, la saisie-arrêt n'a qu'une incidence accessoire sur le tiers-saisi, et seulement dans la mesure où les biens faisant l'objet de la saisie-arrêt sont visés : voir *Cinar Corporation c. Xanthoudakis*, 2005 CanLII 23655, par. 9-10 (C.S. Qc).

[30] Il faut examiner les règles de droit international privé figurant dans le livre dixième du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») pour trancher la présente affaire. Vu qu'une saisie-arrêt s'effectue *in rem*, les règles régissant la compétence des autorités québécoises sur les actions réelles doivent être examinées : « l'action réelle s'attache aux biens et peut donc être intentée à l'encontre de toute personne en possession des biens : elle s'exerce “*in rem*”, et suit les biens en quelques mains qu'ils se trouvent » (R. Savoie et L.-P. Taschereau, *Procédure civile*, t. I, *Introduction, Théorie générale, Organisation judiciaire, Action en justice* (1973), p. 73). Comme l'a affirmé le juge Hamilton, [TRADUCTION] « [l]a compétence principale à l'égard des actifs relève du tribunal du lieu où ceux-ci sont situés » : par. 76. Suivant l'art. 3152 *C.c.Q.*, les tribunaux québécois ont compétence sur une action réelle « si le bien en litige est situé au Québec ». En conséquence, pour déterminer si la Cour supérieure du Québec avait compétence pour décerner le bref de saisie-arrêt avant jugement, je dois prendre en considération le lieu où est situé le bien en cause.

[31] On ne saurait trop insister sur l'importance de prendre en considération le lieu où est situé le *bien*, plutôt que celui où se trouve son propriétaire ou encore le tiers-saisi. L'adoption de l'art. 3152 *C.c.Q.* représentait une rupture avec le passé. Le législateur a reconnu la nécessité de dissiper la confusion découlant de la possibilité de fonder la compétence des tribunaux québécois sur le domicile du défendeur même lorsque le litige concernait un bien situé à l'extérieur du Québec : voir C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (3<sup>e</sup> éd. 2011),

The Minister's commentary illustrates this new approach:

[TRANSLATION] This article, which is new law, confers jurisdiction over real actions on the Quebec authorities in the place where the property is situated, thereby aligning the applicable law (art. 3097) and adjudicative jurisdiction. Unlike article 73 C.C.P., which deals with the jurisdiction of Quebec courts over real and mixed actions, article 3152 does not base jurisdiction on the defendant's domicile. This criterion is more relevant to mixed actions than it is to real actions. [Emphasis added.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 2012)

This focus on the property's location is, moreover, supported by arts. 3138 and 3140 *C.C.Q.*, which, as explained by academic commentators, give Quebec authorities jurisdiction to order provisional or conservatory measures, or emergency measures, where the property is located in Quebec: see Emanuelli, at p. 134; G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. II, *Règles spécifiques* (2003), at p. 299; see also J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), at p. 829.

[32] In summary, a seizure before judgment by garnishment is effected *in rem* and, in this sense, a request for a writ of seizure constitutes a real action within the meaning of the rules of private international law. Quebec courts generally have jurisdiction to issue a writ of seizure only where the property in question is located in Quebec: see Goldstein and Groffier, at p. 299. I now turn to the property in dispute in these appeals.

#### B. *The Garnished Property*

[33] Instrubel filed a Request for a Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment directed at “the sums or moveable property belonging to [the Iraqi appellants]”. According to Instrubel, it had a right to seize the following:

All aerodrome charges and air navigation charges of the Republic of Iraq billed and/or collected and/or otherwise

p. 133-134. Les commentaires du ministre illustrent cette nouvelle approche :

Cet article, de droit nouveau, attribue une compétence en matière d'action réelle aux autorités québécoises de la situation du bien, établissant ainsi la concordance entre la loi applicable (art. 3097) et la compétence juridictionnelle. Contrairement à l'article 73 C.P.C. relatif à la compétence des tribunaux du Québec en matière d'action réelle et d'action mixte, l'article 3152 ne retient pas la compétence fondée sur le domicile du défendeur. Ce critère est plus pertinent en matière d'action mixte qu'en matière d'action réelle. [Je souligne.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 2012)

Cet accent mis sur le lieu où est situé le bien est en outre étayé par les art. 3138 et 3140 *C.c.Q.* qui, comme l'ont expliqué certains auteurs, confèrent aux autorités québécoises le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, ou encore de prendre des mesures d'urgence, lorsque le bien est situé au Québec : voir Emanuelli, p. 134; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. II, *Règles spécifiques* (2003), p. 299; voir aussi J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), p. 829.

[32] En résumé, une saisie-arrêt avant jugement s'effectue *in rem* et, en ce sens, une réquisition pour la délivrance d'un bref de saisie constitue une action réelle au sens des règles de droit international privé. Les tribunaux québécois sont généralement compétents pour décerner un bref de saisie seulement lorsque le bien en cause est situé au Québec : voir Goldstein et Groffier, p. 299. J'examine maintenant le bien en litige dans les présents pourvois.

#### B. *Le bien faisant l'objet de la saisie-arrêt*

[33] Instrubel a déposé une réquisition pour l'émission d'un bref de saisie-arrêt avant jugement visant [TRADUCTION] « les sommes ou les meubles appartenant aux [appelantes iraqiennes] ». Instrubel soutient qu'elle avait le droit de saisir ce qui suit :

[TRADUCTION] Toutes les redevances d'aérodrome et de navigation aérienne de la République d'Iraq qui sont



already held by the International Air Transport Association, either at its head office in Montréal or at any of its worldwide branches, on behalf of the Republic of Iraq. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 48)

These charges are also referred to as “E&F Charges”.

[34] In support of its Application for Seizure Before Judgment by Garnishment, Instrubel filed an affidavit sworn by Markus Johannes Dekker in which the property sought to be seized is described as follows:

Instrubel has reason to believe that the Republic of Iraq owns assets that are located in the Province of Québec. More precisely, those assets are the air navigation charges imposed by the Republic of Iraq and comprised of, *inter alia*, fly-over fees, airport maintenance fees and route maintenance fees. Such air navigation charges are payable by airlines and countries to the Republic of Iraq in order to be granted the permission to fly over their airspace.

All of said aerodrome charges and air navigation charges are billed and/or collected and/or otherwise already held by the International Air Transport Association (“IATA”), either by/through its head office in Canada or by/through any of its worldwide branches, on behalf of the Republic of Iraq, as represented by the Iraqi Civil Aviation Authority for the account of the State of Iraq. The IATA has its Canadian head office at 800 Place Victoria, in the City and District of Montréal, the whole as appears from an extract of the Iraq Aeronautical Information Publication (“AIP”) communicated herewith as Exhibit R-15.

...

Instrubel seeks the authorization of a judge of the Superior Court of Quebec to seize the aerodrome charges and air navigation charges in the hands of IATA held on behalf of the Republic of Iraq in an amount sufficient to satisfy the Partial Award and the Final Award, as

facturées et/ou perçues et/ou par ailleurs déjà détenues par l’International Air Transport Association, que ce soit à son siège social à Montréal ou à l’une de ses succursales à travers le monde, au nom de la République d’Iraq. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 48)

Ces redevances sont également appelées [TRADUCTION] « redevances E&F ».

[34] À l’appui de sa réquisition de saisie-arrêt avant jugement, Instrubel a déposé un affidavit souscrit par Markus Johannes Dekker, dans lequel le bien visé par la saisie est décrit comme suit :

[TRADUCTION]

Instrubel a des raisons de croire que la République d’Iraq possède des actifs situés dans la province de Québec. Plus précisément, il s’agit des redevances de navigation aérienne imposées par la République d’Iraq, lesquelles comprennent notamment les frais de survol aérien, les frais d’entretien aéroportuaire et les frais d’entretien des routes. Les compagnies aériennes et les pays versent à la République d’Iraq de telles redevances pour être autorisés à survoler son espace aérien.

Toutes ces redevances d’aérodrome et de navigation aériennes sont facturées et/ou perçues et/ou par ailleurs déjà détenues par l’International Air Transport Association (« IATA »), que ce soit par/par l’entremise de son siège social au Canada ou par/par l’entremise de l’une de ses succursales à travers le monde, au nom de la République d’Iraq, représentée par l’Iraqi Civil Aviation Authority pour le compte de l’État d’Iraq. L’IATA a son siège social canadien au 800, place Victoria, dans la ville et le district de Montréal, le tout tel qu’il appert d’un extrait de la publication d’information aéronautique (« AIP ») de l’Iraq communiquée avec les présentes comme pièce R-15.

...

Instrubel demande à un juge de la Cour supérieure du Québec l’autorisation de faire saisir entre les mains de l’IATA les redevances d’aérodrome et de navigation aériennes détenues pour le compte de la République d’Iraq s’élevant à un montant suffisant pour que soit acquitté le

described in the Request for a Writ of seizure accompanying the present affidavit. [Emphasis added.]

(A.R., vol. II, at p. 29)

[35] The Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment, as issued on July 30, 2013, states the following:

#### **Seizure of amounts of money, securities or movables**

We order you, Garnishee, to appear before the Court at the courthouse of Montreal located at 1, Notre-Dame Street on August 13, 2013, in room 1.110, at 9:00 a.m. to declare under oath the amounts of money, securities or movables belonging to [the Iraqi appellants] which are in your possession for whatever purpose or grounds, and to hold them until the Court has ruled upon the matter.

We order you, [Iraqi appellants], to appear on the date and at the time and place shown above to answer to the request contained in the declaration to be served in accordance with the law and to give the reasons that this seizure should not be declared proper and valid. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 49)

[36] The above-quoted passages perfectly illustrate Instrubel's view — which was the right view — of the nature of the property at the time it sought to seize it. According to its affidavit and the Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment as issued, Instrubel understood that the property was *owned* by ICAA and was only held by IATA *on behalf* of ICAA. Instrubel knew perfectly well that it was not seizing property belonging to IATA — that is, found in IATA's patrimony — as it is now suggesting in this Court.

[37] This may be thought to be an overly formalistic conclusion. However, seizures — including seizures before judgment by garnishment — constitute harsh and exceptional measures that interfere with

montant dû en application de la sentence partielle et de la sentence finale, lequel est précisé dans la réquisition pour la délivrance d'un bref de saisie qui accompagne le présent affidavit. [Je souligne.]

(d.a., vol. II, p. 29)

[35] Le bref de saisie-arrêt avant jugement qui a été décerné le 30 juillet 2013 est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION]

#### **Saisie de sommes d'argent, de sûretés ou de meubles**

Nous vous enjoignons, partie tierce-saisie, de comparaître en notre cour, au palais de justice de Montréal, situé au 1, rue Notre-Dame, le 13 août 2013, salle 1.110, à 9 h, afin de déclarer sous serment les sommes d'argent, sûretés ou meubles appartenant aux [appelantes iraqiennes] que vous détenez pour quelque cause ou à quelque titre que ce soit. Vous ne devez en aucun cas vous en dessaisir avant que le tribunal n'ait statué.

Nous vous enjoignons, [appelantes iraqiennes], de comparaître au lieu, à la date et à l'heure ci-dessus mentionnés pour répondre à la demande contenue dans la déclaration devant être signifiée en conformité avec la loi et pour faire valoir les motifs pour lesquels la présente saisie ne serait pas déclarée bonne et valable. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 49)

[36] Les passages précités illustrent parfaitement le point de vue d'Instrubel — lequel était le bon — quant à la nature du bien au moment où elle a cherché à le saisir. Selon son affidavit et le bref de saisie-arrêt avant jugement tel qu'il a été délivré, Instrubel comprenait que le bien *appartenait* à l'ICAA et qu'il était seulement détenu par l'IATA *pour le compte* de l'ICAA. Instrubel savait très bien qu'elle ne saisissait pas un bien appartenant à l'IATA — c'est-à-dire un bien faisant partie du patrimoine de l'IATA — comme elle le suggère maintenant devant notre Cour.

[37] On peut penser qu'il s'agit là d'une conclusion trop formaliste. Or, les saisies — y compris les saisies-arrêts avant jugement — constituent des mesures sévères et exceptionnelles qui portent atteinte

private individuals' property and are therefore subject to stringent formal conditions: Belleau et al., at No. 2-1142. This is one of the technical areas of the law in which it is important that courts apply such conditions rigorously. A writ of seizure before judgment can be issued only where the requesting party has complied with all formal conditions prescribed by law: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 7 ("The respondent must find authority for the seizure in the *Code of Civil Procedure* read in light of the *Copyright Act*. If he cannot find authority in the legislation, then it does not exist and the seizure was wrongful."); *Tri-Tex Co. Inc. v. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.), at pp. 2331-32 ("A writ of seizure may therefore be issued only in circumstances where the rules governing this procedure have been strictly observed."); *Lavallée v. St-Germain*, [1994] R.D.J. 291 (C.A.), at p. 294 ([TRANSLATION] "[S]eizure before judgment is a draconian and severe procedure and therefore demands scrupulous compliance with procedural requirements and a true basis in law.").

### C. *Nature of the Legal Relationship Between IATA and ICAA*

[38] On March 3, 2004, IATA and ICAA entered into a contract for the "Establishment of a Route Facility Charges Billing and Collection System on Behalf of the State of Iraq" ("Contract", reproduced in A.R., vol. II, at pp. 6 et seq.). Under the Contract, ICAA mandated IATA to bill and collect the air navigation charges due to ICAA from participating airlines. Specifically, the Contract's preamble states the following:

**WHEREAS** [ICAA] wishes to delegate the task of the operation of a Route Facility Charges Billing and Collection System to IATA . . . .

...

à des biens privés et qui sont donc soumises à des conditions formelles strictes : Belleau et autres, n° 2-1142. Il s'agit d'un de ces domaines techniques du droit où il importe que les tribunaux appliquent de telles conditions rigoureusement. Un bref de saisie avant jugement ne peut être délivré que lorsque la partie qui le demande a respecté toutes les conditions formelles prescrites par la loi : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 7 (« C'est dans le *Code de procédure civile*, interprété à la lumière de la [*Loi sur le droit d'auteur*], que l'intimé doit puiser son pouvoir de saisie. Si la législation ne l'habilite pas à pratiquer une saisie, alors il ne possède pas ce pouvoir et la saisie a été pratiquée à tort. »); *Tri-Tex Co. Inc. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.), p. 2331-2332 ([TRANSLATION] « Un bref de saisie ne peut donc être délivré que dans les situations où les règles régissant cette procédure ont été respectées de manière stricte. »); *Lavallée c. St-Germain*, [1994] R.D.J. 291 (C.A.), p. 294 (« [L]a saisie avant jugement est une procédure draconienne, sévère et qui exige donc un respect scrupuleux de la procédure et donc une base légale véridique. »).

### C. *Nature de la relation juridique entre l'IATA et l'ICAA*

[38] Le 3 mars 2004, l'IATA et l'ICAA ont conclu un contrat pour [TRANSLATION] « l'établissement d'un système de facturation et de perception des redevances d'installations et de services de route pour le compte de l'État d'Iraq » (« contrat », reproduit dans d.a., vol. II, p. 6 et suiv.). En vertu du contrat, l'ICAA a mandaté l'IATA de facturer et de percevoir les redevances de navigation aérienne que les compagnies aériennes participantes devaient à l'ICAA. Plus particulièrement, le préambule du contrat se lit ainsi :

[TRANSLATION]

**ATTENDU QUE** [l'ICAA] souhaite déléguer à l'IATA la tâche d'exploiter un système de facturation et de perception des redevances d'installations et de services de route . . .

...

**WHEREAS** [ICAA] has instructed the Operators<sup>2</sup> concerned to pay the route facility charges for the services provided on the routes prescribed in the Iraqi Aeronautical Information Publication (AIP) to IATA acting as its Agent; [Footnote added.]

The Contract also provides as follows:

### 7.2 Remittance of charges to [ICAA]

IATA will remit to [ICAA] the route facility charges collected on [ICAA]'s behalf, less the agreed administrative fees as detailed in Annex 2 to this Contract, only upon and to the extent of IATA's receipt of payment of the concerned charges. Such remittance will be executed in accordance with the schedule set out in Annex 3. [Emphasis added.]

[39] The Contract is governed by Swiss law. However, given that no proof was made of Swiss law, Hamilton J. properly characterized the Contract on the basis of Quebec law: para. 57; see art. 2809 para. 2 *C.c.Q.* This approach was not questioned by the Court of Appeal, and I do not propose to do so here.

[40] The Contract establishes a relationship of mandate whereby IATA acts as mandatary for ICAA, the mandator. The relationship was, correctly in my view, characterized as such by Hamilton J. The Court of Appeal did not seriously dispute this characterization in saying that IATA has an obligation to ICAA in the nature of a debt and that “this is so irrespective of the characterization of the contract between IATA and ICAA as a mandate or some *sui generis* relationship”. Instrubel itself did not seem to take issue with this characterization at the hearing in this Court.

[41] I see no reason to question Hamilton J.'s conclusion that the Contract establishes a relationship of

<sup>2</sup> The Operators listed in Annex 4 of the Contract consist of various airlines authorized to use Iraq's airspace: p. 18. For greater clarity, I use the term “airlines” rather than “Operators” throughout these reasons.

**ATTENDU QUE** [l'ICAA] a demandé aux opérateurs<sup>2</sup> concernés de verser à l'IATA, agissant comme son agent, les redevances d'installations et de services de route pour les services fournis sur les routes prévues dans la publication d'information aéronautique (AIP) de l'Iraq; [Note en bas de page ajoutée.]

Le contrat prévoit également ce qui suit :

[TRADUCTION]

### 7.2 Remise des redevances à [l'ICAA]

L'IATA remet à [l'ICAA] les redevances d'installations et de services de route perçues pour le compte de [l'ICAA], déduction faite des frais d'administration convenus, dont les détails figurent à l'annexe 2 du présent contrat, et ce, uniquement à compter de la réception par l'IATA du paiement des redevances en question et dans la mesure où elle reçoit celles-ci. Cette remise est effectuée conformément à l'échéancier qui figure à l'annexe 3. [Je souligne.]

[39] Le contrat est régi par le droit suisse. Cependant, comme aucune preuve du droit suisse n'a été faite, le juge Hamilton a à bon droit qualifié le contrat au regard du droit québécois : par. 57; voir art. 2809 al. 2 *C.c.Q.* La Cour d'appel n'a pas remis en question cette approche et je n'ai pas l'intention de le faire ici.

[40] Le contrat établit une relation de mandat où l'IATA agit comme mandataire de l'ICAA, le mandant. C'est ainsi que le juge Hamilton a, à juste titre à mon avis, qualifié la relation. La Cour d'appel n'a pas sérieusement contesté cette qualification en affirmant que l'IATA avait envers l'ICAA une obligation de la nature d'une dette et qu'[TRADUCTION] « il en est ainsi, que l'on qualifie le contrat entre l'IATA et ICAA de mandat ou de quelque relation *sui generis* ». Instrubel ne semble pas non plus avoir contesté cette qualification à l'audience devant notre Cour.

[41] Je ne vois aucune raison de remettre en question la conclusion du juge Hamilton selon laquelle

<sup>2</sup> Les opérateurs énumérés à l'annexe 4 du contrat comprennent diverses compagnies aériennes autorisées à utiliser l'espace aérien iraquien : p. 18. Par souci de clarté, j'emploie l'expression « compagnies aériennes » plutôt qu'« opérateurs » dans les présents motifs.

mandate. The relationship between IATA and ICAA, both as appears from the Contract and from the reality on the ground, bears all the traditional hallmarks of a mandate. Mandate has two essential aspects: first, the mandator (ICAA) confers upon the mandatary (IATA) the power to represent him or her; and second, this representation must occur in the performance of a juridical act with a third person: art. 2130 para. 1 *C.C.Q.*; A. Popovici, *La couleur du mandat* (1995), at p. 18.

[42] This concept of representation is undeniably present here. IATA collects charges *on behalf of* ICAA, not on its own behalf: see preamble, arts. 1, 3 and 7.2 and Annex 1 of the Contract, and preamble and art. 1.1 of the Contract Amendment No. 1. These charges are due *to ICAA* from airlines that have the right to fly in the Iraqi airspace. IATA therefore represents ICAA in its dealings with third parties (airlines).

[43] The nature of IATA's role as regards third parties is also consistent with the existence of a mandate relationship with ICAA insofar as it involves the performance of juridical acts with third parties. IATA's role is not merely to collect payment from the airlines flying through Iraq's airspace. The Contract is clear that "IATA has the exclusive right to establish and operate the Route Facility Charges Billing and Collection System": art. 3 (emphasis added). Airlines are required to pay route facility charges to IATA "according to the provisions communicated by IATA": art. 6C. There is no doubt that, in entering into the Contract, ICAA entrusted IATA with the performance of juridical acts with the airlines flying through Iraq's airspace.

[44] IATA also has informational obligations consistent with those of a mandatary under art. 2139 *C.C.Q.*, since it must regularly render account to ICAA for the operation of the route facility charges collection system: art. 7.3 of the Contract. Thus,

le contrat établit une relation de mandat. La relation entre l'IATA et l'ICAA, tel qu'il appert du contrat et de la réalité sur le terrain, présente toutes les caractéristiques traditionnelles d'un mandat. Le mandat comporte deux aspects essentiels : premièrement, le mandant (l'ICAA) confère au mandataire (l'IATA) le pouvoir de le représenter, et, deuxièmement, cette représentation se fait dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers : art. 2130 al. 1 *C.c.Q.*; A. Popovici, *La couleur du mandat* (1995), p. 18.

[42] Cette notion de représentation est indéniablement présente en l'espèce. L'IATA perçoit les redevances *pour le compte* de l'ICAA, et non pour son propre compte : voir le préambule, les art. 1, 3 et 7.2 et l'annexe 1 du contrat, ainsi que le préambule et l'art. 1.1. de l'avenant n° 1 du contrat. Ces redevances sont dues *à l'ICAA* par les compagnies aériennes qui ont le droit de voler dans l'espace aérien iraquien. L'IATA représente donc l'ICAA dans ses rapports avec les tiers (les compagnies aériennes).

[43] La nature du rôle de l'IATA à l'égard des tiers s'accorde également avec l'existence d'une relation de mandat avec l'ICAA dans la mesure où elle implique l'accomplissement d'actes juridiques avec des tiers. Le rôle de l'IATA ne consiste pas simplement à percevoir les paiements des compagnies aériennes qui traversent l'espace aérien iraquien. Le contrat stipule clairement que [TRADUCTION] « l'IATA a le droit exclusif d'établir et d'exploiter le système de facturation et de perception des redevances d'installations et de services de route » : art. 3 (je souligne). Les compagnies aériennes sont tenues de payer à l'IATA les redevances d'installations et de services de route « conformément aux dispositions communiquées par l'IATA » : art. 6C. Il n'y a aucun doute qu'en concluant le contrat, l'ICAA a confié à l'IATA l'accomplissement d'actes juridiques avec les compagnies aériennes qui traversent l'espace aérien iraquien.

[44] L'IATA a en outre des obligations d'information conformes à celles d'un mandataire en application de l'art. 2139 *C.c.Q.*, car elle doit régulièrement rendre compte à l'ICAA relativement à l'exploitation du système de perception des redevances d'installations



while IATA has full financial control of the process, it must report to ICAA each month.

[45] Finally, the Contract could not be clearer that IATA's obligation with respect to the E&F Charges is to *remit* them to ICAA. This exact language is clearly used in the Contract. Such language is consistent with a mandatary's remittance obligations under art. 2185 para. 1 *C.C.Q.* Thus, I am in entire agreement with Hamilton J. that the relationship between IATA and ICAA is one of mandate. I am moreover of the view that this conclusion is central to the disposition of these appeals.

(1) Effects of the Mandate on the Parties' Patrimonies

[46] A relationship of mandate impacts parties' patrimonial situation. The effects of the acts concluded by the mandatary on behalf of the mandator are reflected directly in the mandator's patrimony: Popovici, at pp. 18-19 and 49; see also arts. 2146 and 2157 *C.C.Q.* The notion of representation is once again fundamental. The juridical acts that the mandatary performs with third parties are binding on the mandator. That reality will be reflected in the mandator's patrimony, since it is the mandator's patrimony, rather than the mandatary's, which becomes bound to the third parties' patrimonies. Where the mandate is performed properly, the mandatary assumes no obligation towards third parties.

[47] These principles have been affirmed by this Court in the past. In *Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580, the Court recognized that an asset purchased by a mandatary on a mandator's behalf is in fact owned by the mandator: p. 583. In that case, two companies had incorporated another company, Victuni, and mandated it to purchase land in its own name. The Court had to consider whether Victuni owned the land in question or whether it had an indebtedness equal to the value of the land to the two companies that had mandated it to make the purchase. The Court found that Victuni had bought the land in its own name but that it had done so in its capacity as

et de services de route : art. 7.3 du contrat. Ainsi, bien qu'elle ait le plein contrôle financier du processus, l'IATA doit rendre compte à l'ICAA tous les mois.

[45] Enfin, le contrat stipule on ne plus clairement que l'obligation de l'IATA à l'égard des redevances E&F consiste à *remettre* celles-ci à l'ICAA. Ces termes exacts sont clairement utilisés dans le contrat. De tels termes sont conformes aux obligations du mandataire de remettre en application de l'art. 2185 al. 1 *C.c.Q.* En conséquence, je souscris entièrement à l'opinion du juge Hamilton selon laquelle la relation entre l'IATA et l'ICAA est une relation de mandat. De plus, je suis d'avis que cette conclusion est centrale pour l'issue des présents pourvois.

(1) Effets du mandat sur le patrimoine des parties

[46] Une relation de mandat a une incidence sur la situation patrimoniale des parties. Les effets des actes accomplis par le mandataire pour le compte du mandant se reflètent directement dans le patrimoine du mandant : Popovici, p. 18-19 et 49; voir aussi les art. 2146 et 2157 *C.c.Q.* L'idée de représentation est, encore une fois, fondamentale. Les actes juridiques que le mandataire accomplit avec des tiers lient le mandant. Cette réalité se reflétera dans le patrimoine du mandant, puisque c'est son patrimoine, plutôt que celui du mandataire, qui devient lié à celui des tiers. Lorsque le mandat est bien exécuté, le mandataire n'assume aucune obligation envers les tiers.

[47] Ces principes ont été confirmés par notre Cour dans le passé. Dans *Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980] 1 R.C.S. 580, la Cour a reconnu qu'un bien acheté par un mandataire pour le compte d'un mandant appartient en fait au mandant : p. 583. Dans cette affaire, deux sociétés avaient constitué une autre société, Victuni, et avaient chargé celle-ci d'acheter un terrain en son propre nom. La Cour devait déterminer si Victuni était propriétaire du terrain en question ou si elle avait une dette ou obligation d'un montant égal à la valeur du terrain envers les deux sociétés qui l'avaient chargée de faire l'achat. La Cour a conclu que Victuni avait acheté le terrain en son propre nom, mais qu'elle l'avait fait en sa

mandatary for the two other companies, which were the real owners and for which Victuni held the land. Thus, it found that

[u]nder the general principles of the law of mandate, it is clear that the obligation of a mandatary towards the mandator is not a debt. The person who has bought property on behalf of a third party who wishes to remain unknown is no more indebted for the price paid than he is the owner of the property. The true owner is the mandator, and the obligation of the mandatary nominee is to render an account to the mandator and deliver over what he has received on his behalf. What he receives, even if it is money, does not belong to him: he is obliged to keep it separate from his own property. It is a crime for him to take control of it so as to make himself a debtor thereof instead of a mandatary. [Emphasis added; citation omitted; pp. 584-85.]

[48] In the instant case, the Court of Appeal did not apply *Victuni* on the ground that this Court had distinguished it in another case, *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286, at para. 27. I disagree with the Court of Appeal. The context of *Montmagny* was materially distinct, having nothing to do with the situation in *Victuni*, which was more similar to the situation now before this Court. Indeed, in order to resolve the issue in *Victuni*, the Court had to analyze and apply principles of civil law. As is clear from the beginning of the paragraph quoted above, the case was decided on the basis of those principles. It cannot be disregarded simply because the outcome concerned taxation. The Court's conclusions in *Victuni* regarding the law of mandate stand and must be given effect. In my view, *Victuni* is good law. It clearly stated that there is a general principle in the law of mandate that a mandatary's obligation towards a mandator is not a debt.

[49] Applying the principles enunciated in *Victuni* to this case, I find that when IATA deals with third parties (airlines), the effects of those dealings are reflected not in IATA's patrimony, but rather in ICAA's patrimony. For instance, the Contract is clear that IATA is not to be held liable for any loss of income or delay in payment where there is a dispute with an

qualité de mandataire des deux autres sociétés, qui étaient les vrais propriétaires du terrain et pour le compte desquelles Victuni détenait celui-ci. Elle a donc conclu ce qui suit :

En vertu des principes généraux du mandat il est clair que l'obligation d'un mandataire envers son mandant n'est pas une dette. Celui qui a acheté un immeuble pour le compte d'un tiers qui veut rester inconnu, n'est pas plus débiteur du prix payé qu'il n'est propriétaire de l'immeuble. Le vrai propriétaire c'est le mandant et l'obligation du mandataire prête-nom c'est de rendre compte au mandant et de lui remettre ce qu'il perçoit pour lui. Ce qu'il reçoit, même si c'est de l'argent, ne lui appartient pas, il est obligé de le tenir à part de ses biens. C'est un crime pour lui que de s'en emparer de façon à se constituer débiteur au lieu de mandataire. [Je souligne; référence omise; p. 584-585.]

[48] En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas appliqué l'arrêt *Victuni*, au motif que notre Cour l'avait distingué dans un autre dossier, *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286, par. 27. Je suis en désaccord avec la Cour d'appel. Le contexte de l'affaire *Montmagny* était substantiellement différent, n'ayant rien à voir avec la situation dans *Victuni*, qui ressemble davantage à la situation en l'espèce. En effet, pour trancher la question litigieuse dans *Victuni*, la Cour devait analyser et appliquer des principes de droit civil. Comme il ressort clairement du début du paragraphe précité, cette affaire a été tranchée sur la base de ces principes. On ne peut en faire abstraction simplement parce que son résultat concernait la fiscalité. Les conclusions de la Cour dans *Victuni* en ce qui concerne le droit du mandat demeurent et il faut leur donner effet. À mon avis, l'arrêt *Victuni* est bien fondé. Il y a clairement été statué qu'il existe un principe général en droit du mandat selon lequel l'obligation d'un mandataire envers le mandant n'est pas une dette.

[49] L'application à la présente affaire des principes énoncés dans *Victuni* m'amène à conclure que, lorsque l'IATA traite avec des tiers (les compagnies aériennes), les effets de ces opérations se reflètent non pas dans le patrimoine de l'IATA, mais plutôt dans celui de l'ICAA. À titre d'exemple, le contrat prévoit clairement que l'IATA ne doit pas être tenue

airline over a certain charge: art. 7.1. This is because the third party's relationship is with ICAA, not with IATA.

[50] I conclude from this that the seized property forms part of ICAA's patrimony.

(2) The Mandatary's Obligation Towards the Mandator Is Not a Debt

[51] Where, as in this case, a contract of mandate entails the transfer of goods or property between third parties and the mandatary, the mandatary's obligation towards the mandator is not a debt. A debt presupposes an owing patrimony. However, as I explained above, the mandatary's patrimony is not engaged under a contract of mandate. Rather, it is the mandator's patrimony that is affected: Popovici, at pp. 18-19. The mandatary acts as the "holder" (as opposed to the "owner") of the property, which he or she must hand over or, in the case of sums, remit to the mandator: arts. 2184 and 2185 para. 1 *C.C.Q.* As I previously mentioned, the Contract is explicit in this regard: "IATA will remit to [ICAA] the route facility charges collected on [ICAA]'s behalf".

[52] I therefore respectfully disagree with the Court of Appeal when it stated that IATA's obligation is "a debt and [that] this is so irrespective of the characterization of the contract between IATA and ICAA as a mandate or some *sui generis* relationship": para. 43. In my view, this disregards the consequences of the relationship of mandate. Furthermore, it is unclear what the Court of Appeal meant when it referred to the existence of "some *sui generis* relationship".

[53] I am in further disagreement with the Court of Appeal's assertion that ICAA never owned the debts due to it from the airlines: para. 43. The Contract is clear and limpid to the contrary. ICAA is the airlines' creditor — it is to ICAA that the airlines owe charges for using Iraq's airspace: art. 3. The right to the payments from the airlines has always belonged to ICAA. The payments therefore also belong to

responsable des pertes de revenus ou des retards de paiement lorsqu'il y a un différend avec une compagnie aérienne à propos d'une redevance en particulier : art. 7.1. Il en est ainsi parce que la relation du tiers est avec l'ICAA, et non avec l'IATA.

[50] Je conclus de ce qui précède que le bien saisi fait partie du patrimoine de l'ICAA.

(2) L'obligation du mandataire envers le mandant n'est pas une dette

[51] Lorsque, comme en l'espèce, un contrat de mandat implique le transfert de marchandises ou de biens entre des tiers et le mandataire, l'obligation du mandataire envers le mandant n'est pas une dette. Une dette présuppose un patrimoine débiteur. Cependant, comme je l'ai expliqué précédemment, le patrimoine du mandataire n'est pas en jeu dans un contrat de mandat. C'est plutôt le patrimoine du mandant qui est touché : Popovici, p. 18-19. Le mandataire agit comme « détenteur » (et non pas comme « propriétaire ») du bien, ou des sommes, qu'il doit remettre au mandant : art. 2184 et art. 2185 al. 1 *C.c.Q.* Comme je l'ai déjà mentionné, le contrat est explicite à cet égard : [TRADUCTION] « L'IATA remet à [l'ICAA] les redevances d'installations et de services de route perçues pour le compte de [l'ICAA] ».

[52] Par conséquent, avec égards, je ne souscris pas à l'affirmation de la Cour d'appel portant que l'obligation de l'IATA est [TRADUCTION] « une dette et [qu']il en est ainsi, que l'on qualifie le contrat entre l'IATA et l'ICAA de mandat ou de quelque relation *sui generis* » : par. 43. À mon avis, cela fait abstraction des conséquences de la relation de mandat. De plus, ce que la Cour d'appel voulait dire lorsqu'elle s'est référée à l'existence d'une « quelque relation *sui generis* » n'est pas clair.

[53] Je ne souscris pas non plus à l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'ICAA n'a jamais été propriétaire des dettes qu'avaient envers elle les compagnies aériennes : para. 43. Le contrat prévoit clairement et sans équivoque le contraire. L'ICAA est la créancière des compagnies aériennes — c'est à l'ICAA que ces dernières doivent des redevances pour l'utilisation de l'espace aérien iraquien : art. 3.

ICAA, although they are collected and held by IATA on its behalf.

[54] A mandatary's obligation towards a mandator is thus different in nature than a debt. The mandatary must hand over the property, or remit the sums, that he or she has received to the mandator. This explains why the mandatary may hold property entrusted to him or her without owning it: see *Victuni; Laplante v. The Queen*, 2017 TCC 118, 2017 D.T.C. 1071, at para. 72; *9172-0904 Québec inc. v. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 3397, [2010] R.J.D.T. 1091, at para. 45; *Laporte v. Lauzon*, 2007 QCCS 6226, [2008] R.J.Q. 478, at para. 73. The property is not available to the mandatary for reasons other than the performance of the mandate:

[TRANSLATION] Regardless of whether there is a trust or a mandate, what is important to defeat the trustee's seisin is that the property be held by the bankrupt for a third party, that it be identifiable as such in the bankrupt's hands and that it not be available to the bankrupt for purposes other than the performance of the mandate. [Emphasis added.]

(*Yachting & Sports Pigeon Inc.* (1995), 2 C.B.R. (4th) 236 (Que. Sup. Ct.), at para. 16)

The mandatary's patrimony is affected only in the sense that it is charged with the obligation to hand over the property, or remit the sums, to the mandator. The property, or the sums, never actually enter the mandatary's patrimony because they continue to belong to the mandator. This means that the mandatary's obligation cannot be a debt, since the mandatary owes nothing.

[55] The Contract provides that IATA's administrative fees for fulfilling the mandate are to be deducted from the gross amount received from the airlines and collected by IATA on ICAA's behalf: art. 7.2 and Annex 2. This is consistent with art. 2185 para. 1 *C.C.Q.*, which reads as follows:

**2185.** A mandatary is entitled to deduct what the mandator owes him by reason of the mandate from the sums he is required to remit.

Le droit aux paiements par les compagnies aériennes a toujours appartenu à l'ICAA. Les paiements appartiennent donc eux aussi à l'ICAA, même s'ils sont perçus et détenus par l'IATA pour son compte.

[54] L'obligation du mandataire envers le mandant est donc de nature différente de la dette. Le mandataire doit remettre le bien, ou les sommes, qu'il a reçus au mandant. Cela explique pourquoi le mandataire peut détenir, sans en être le propriétaire, le bien qui lui est confié : voir *Victuni; Laplante c. La Reine*, 2017 CCI 118, par. 72; *9172-0904 Québec inc. c. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 3397, [2010] R.J.D.T. 1091, par. 45; *Laporte c. Lauzon*, 2007 QCCS 6226, [2008] R.J.Q. 478, par. 73. Le bien n'est pas à la disposition du mandataire pour d'autres fins que l'exécution du mandat :

Qu'il s'agisse d'un trust ou d'un mandat, ce qui est important pour faire échec à la saisine du syndic, c'est que le bien soit tenu par le failli pour un tiers, qu'il soit identifiable comme tel entre ses mains et ne soit pas à sa disposition pour d'autres fins que l'exécution du mandat. [Je souligne.]

(*Yachting & Sports Pigeon Inc.* (1995), 2 C.B.R. (4th) 236 (C.S. Qc), par. 16)

Le patrimoine du mandataire est affecté seulement en ce que ce dernier est chargé de l'obligation de remettre le bien, ou les sommes, au mandant. Le bien, ou les sommes, n'entrent jamais véritablement dans le patrimoine du mandataire, parce qu'ils continuent d'appartenir au mandant. Cela signifie que l'obligation du mandataire ne saurait être une dette, car celui-ci ne doit rien.

[55] Le contrat stipule que les frais d'administration de l'IATA pour l'exécution du mandat seront déduits du montant brut reçu des compagnies aériennes et perçu par l'IATA pour le compte de l'ICAA : art. 7.2 et annexe 2. Cela s'accorde avec l'art. 2185 al. 1 *C.c.Q.*, rédigé en ces termes :

**2185.** Le mandataire a le droit de déduire, des sommes qu'il doit remettre, ce que le mandant lui doit en raison du mandat.

It is noteworthy that the wording of art. 2185 para. 1 *C.C.Q.* supports the position that the mandatary does not become the owner of the sums collected and does not owe a debt in an equivalent amount to the mandator. The use of the term “remit” is very telling. The mandatary has to remit what he or she has received. The legislature did not say that the mandatary has to “reimburse” what he or she has received, nor that the mandatary “owes” any money to the mandator. Indeed, it is only when the mandatary does not act in accordance with the mandate that he or she may owe a debt to the mandator. In such cases, the legislature is clear: the mandatary must “indemnify the mandator by paying” a certain amount (art. 2146 para. 2 *C.C.Q.*).

[56] In the present case, IATA has an obligation to remit the sums it collected to ICAA; this obligation is distinct from any debt it might owe to ICAA. Indeed, the property at issue here — the sums in the Swiss bank account — has always belonged and continues to belong to ICAA. The Quebec Superior Court would have had jurisdiction to issue the Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment only if the seized property was located in the province of Quebec: Emanuelli, at pp. 69 and 134. It is therefore necessary to determine the geographical location of the property.

D. *Where Was the Property Located at the Time of the Seizure Before Judgment by Garnishment?*

[57] In order to answer this question, it is necessary to consider the impact of banking law, if any, on the relationships and obligations described above. It is widely accepted that when a customer deposits money in a bank account, the customer is making a loan to the banking institution: N. L’Heureux and M. Lacoursière, *Droit bancaire* (5th ed. 2017), at pp. 120-21; M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2nd ed. 2013), at p. 239. The bank may deal with the sums as it sees fit (within regulatory constraints), but it remains liable to repay the amount to the customer.

[58] However, the deposit of the sums does not affect characterization. Money that is deposited remains property: N. Leclerc, *L’argent en monnaie*,

Il convient de souligner que le libellé de l’art. 2185 al. 1 *C.c.Q.* appuie la thèse selon laquelle le mandataire ne devient pas propriétaire des sommes perçues et qu’il n’a pas une dette d’un montant équivalent envers le mandant. L’emploi du mot « remettre » est très révélateur. Le mandataire doit remettre ce qu’il ou elle a reçu. Le législateur n’a pas dit que le mandataire doit « rembourser » ce qu’il a reçu ni que le mandataire « doit » de l’argent au mandant. En fait, c’est seulement lorsque le mandataire n’agit pas conformément au mandat qu’il ou elle peut avoir une dette envers le mandant. Dans de tels cas, le législateur est clair : le mandataire doit « indemniser le mandant en payant » une certaine somme (art. 2146 al. 2 *C.c.Q.*).

[56] En l’espèce, l’IATA a une obligation de remettre les sommes qu’elle a perçues à l’ICAA; cette obligation est distincte de toute dette qu’elle pourrait avoir envers l’ICAA. En effet, le bien en cause en l’espèce — les sommes détenues dans le compte bancaire suisse — a toujours appartenu à l’ICAA et continue de lui appartenir. La Cour supérieure du Québec n’aurait eu compétence pour délivrer le bref de saisie-arrêt avant jugement que si le bien saisi était situé dans la province de Québec : Emanuelli, p. 69 et 134. Il faut donc déterminer le lieu où se trouve le bien.

D. *Où était situé le bien au moment de la saisie-arrêt avant jugement?*

[57] Pour répondre à cette question, il faut examiner l’incidence du droit bancaire, s’il en est, sur les relations et les obligations décrites précédemment. Il est largement reconnu que lorsqu’un client dépose de l’argent dans un compte bancaire, le client consent un prêt à l’institution bancaire : N. L’Heureux et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (5<sup>e</sup> éd. 2017), p. 120-121; M. H. Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 239. La banque peut disposer des sommes comme bon lui semble (sous réserve des restrictions réglementaires applicables), mais elle demeure tenue de les rembourser au client.

[58] Cependant, le dépôt des sommes n’a aucune incidence sur la qualification. Un dépôt d’argent demeure un bien : N. Leclerc, *L’argent en monnaie*,



*un lexique: Des biens économiques en droit privé canadien* (2008), at p. 55. The banking contract has effect only as between the contracting parties: *Harp Investments Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1581 (Sup. Ct.), at p. 1585. I am of the view that, for the purposes of issuing a writ of seizure by garnishment, the patrimonial impact of the contract of mandate between IATA and ICAA remains unscathed by the fact that the sums to be remitted to the mandator were deposited in a bank account: *Harp*, at p. 1586. The sums belong to ICAA. While IATA may have a right of a personal nature to require repayment of the sums from the bank, it has ultimately never owned them — they continue to belong to ICAA.

[59] It is important to keep in mind that three types of contracts are in play here: first, the contract of mandate between IATA and ICAA; second, the agreements between IATA and the airlines concerning the collection of the charges; and finally, the loan between IATA and the bank. As mandatary, IATA collects and holds the sums on ICAA's behalf and may deposit them in a bank account. This operation results in IATA being the bank's lender. Such a status is far from being inconsistent with the law of mandate, since the deposit of sums in a bank account simply means that the mandatary is managing the property entrusted to him or her: art. 2136 *C.C.Q.*

[60] Banking law is certainly important. The world's economy is, in many respects, built upon banking, and banking law principles help to regulate the daily dealings of a commercial society. But banking law cannot be used to deny commercial realities whenever it is convenient to do so. The sums collected by IATA on behalf of ICAA never left ICAA's patrimony and thus continued to belong to it. The funds deposited remain identifiable and belong to ICAA. IATA acted only as an administrator of ICAA's property in depositing the funds. At best, IATA is the bank's lender.

[61] I am of the view that the bank account in this case, although in IATA's name, is for practical

*un lexique : Des biens économiques en droit privé canadien* (2008), p. 55. Le contrat bancaire n'a d'effet qu'entre les parties contractantes : *Harp Investments Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1581 (C.S.), p. 1585. J'estime qu'aux fins de la délivrance d'un bref de saisie-arrêt, le fait que les sommes à remettre au mandant aient été déposées dans un compte bancaire ne change rien à l'effet patrimonial du contrat de mandat entre l'IATA et l'ICAA : *Harp*, p. 1586. Les sommes appartiennent à l'ICAA. Bien que l'IATA puisse avoir un droit de nature personnelle d'exiger de la banque leur remboursement, elle n'a jamais ultimement été propriétaire de ces sommes; celles-ci continuent d'appartenir à l'ICAA.

[59] Il importe de garder à l'esprit que trois types de contrats sont en cause en l'espèce : d'abord, le contrat de mandat entre l'IATA et l'ICAA; ensuite, les ententes entre l'IATA et les compagnies aériennes en ce qui a trait à la perception des redevances; enfin, le prêt entre l'IATA et la banque. En tant que mandataire, l'IATA perçoit et détient les sommes pour le compte de l'ICAA et peut les déposer dans un compte bancaire. Par suite de cette opération, l'IATA devient le prêteur de la banque. Un tel rôle est loin d'être incompatible avec le droit du mandat, puisque le dépôt de sommes dans un compte bancaire signifie simplement que le mandataire administre le bien qui lui est confié : art. 2136 *C.c.Q.*

[60] Le droit bancaire est certainement important. L'économie mondiale repose à bien des égards sur l'activité bancaire et les principes de droit bancaire aident à régir les opérations quotidiennes d'une société commerciale. Cependant, le droit bancaire ne saurait être utilisé pour nier des réalités commerciales chaque fois qu'il nous convient de le faire. Les sommes perçues par l'IATA pour le compte de l'ICAA ne sont jamais sorties du patrimoine de l'ICAA et continuent donc de lui appartenir. Les fonds déposés demeurent identifiables et appartiennent à l'ICAA. L'IATA a agi seulement en tant qu'administrateur du bien de l'ICAA en déposant les fonds. Tout au plus, l'IATA est le prêteur de la banque.

[61] J'estime que le compte bancaire en l'espèce, bien qu'il soit au nom de l'IATA, équivaut en pratique à un

purposes equivalent to a trust account. IATA deposited the sums it collected on behalf of ICAA in that account. Indeed, IATA said as much in its Solemn Declaration: “IATA had in its possession an amount of USD166,652,878.55 that according to the books of IATA is held in trust for the benefit of the Iraqi Civil Aviation Authority” (A.R., vol. II, at p. 3 (emphasis added)). Until transferred to ICAA’s bank account in New York pursuant to the Contract (specifically art. 7.2), the sums in the Swiss bank account were held for the benefit of IATA’s mandator. IATA could not deal with the funds as it saw fit; it could only remit them in accordance with the terms of the Contract and its role as mandatary.

[62] I disagree with the Court of Appeal’s view of Hamilton J.’s analysis and its assertion that “had ICAA taken such position [that the account constituted a trust account], it would not have succeeded”: para. 44. I find nothing “incongruous” about the result reached by Hamilton J.: para. 49. While I accept that the intervening contract between a customer that deposits money and a bank is a loan, this fact has no bearing on the capacity in which the customer loans the money to the bank. Between the bank and the accountholder, the lender is the accountholder and the borrower is the bank. But this has no impact on the characterization of the relationship that the accountholder may have with a third party.

[63] Consider the following. What effect would it have had on the characterization of the relationship between IATA and ICAA — and on the ownership of the funds — if instead of depositing the money collected in a bank account, IATA had put the money — assuming that it was cash — in a safety deposit box at the same bank? In my view, it would not have made any difference at all, provided that the funds in the safety deposit box could be easily traced.

[64] On this issue of the funds’ traceability, I agree with Hamilton J.’s analysis. As he concluded, despite the comingling of funds in the account, the funds belonging to ICAA were readily identifiable:

compte en fiducie. L’IATA a déposé dans ce compte les sommes qu’elle a perçues pour le compte de l’ICAA. C’est d’ailleurs ce que l’IATA a affirmé dans sa déclaration solennelle : [TRADUCTION] « l’IATA avait en sa possession un montant de 166 652 878,55 \$ US qui, selon les documents comptables de l’IATA, est détenu en fiducie au profit de l’Iraqi Civil Aviation Authority » (d.a., vol. II, p. 3 (je souligne)). Jusqu’à ce qu’elles soient transférées dans le compte bancaire de l’ICAA à New York conformément au contrat (plus particulièrement l’art. 7.2), les sommes dans le compte bancaire suisse étaient détenues au profit du mandant de l’IATA. Cette dernière ne pouvait pas disposer des fonds comme bon lui semblait : elle ne pouvait que les remettre conformément aux stipulations du contrat et à son rôle de mandataire.

[62] Je suis en désaccord avec l’opinion de la Cour d’appel quant à l’analyse faite par le juge Hamilton et avec son affirmation voulant que [TRADUCTION] « si l’ICAA avait fait valoir un tel point de vue [selon lequel le compte constituait un compte en fiducie], elle n’aurait pas réussi » : para. 44. À mon avis, le résultat auquel est arrivé le juge Hamilton n’a rien d’[TRADUCTION] « incongru » : para. 49. Bien que j’accepte que le contrat entre un client qui dépose de l’argent et une banque soit un prêt, ce fait n’a aucune incidence sur la qualité en vertu de laquelle le client prête l’argent à la banque. Entre la banque et le titulaire du compte, le prêteur est le titulaire du compte et l’emprunteur est la banque. Cependant, cela n’a aucun effet sur la qualification de la relation que peut avoir le titulaire du compte avec un tiers.

[63] Considérons ce qui suit. Si au lieu de déposer l’argent perçu dans un compte bancaire, l’IATA avait mis l’argent — en presumant qu’il s’agissait d’argent comptant — dans un coffre à cette même banque, quel effet cela aurait-il eu sur la qualification de la relation entre l’IATA et l’ICAA, et sur la propriété des fonds? J’estime que cela n’aurait rien du tout changé, dans la mesure où les fonds mis dans le coffre étaient facilement traçables.

[64] Sur cette question de la traçabilité des fonds, je souscris à l’analyse du juge Hamilton. Comme il l’a conclu, malgré le regroupement des fonds dans le compte, les fonds appartenant à l’ICAA

paras. 58-59. The parties filed joint stipulations acknowledging that IATA maintained records of the E&F Charges collected on ICAA's behalf. IATA filed an affidavit confirming that it kept detailed records of ICAA's funds in the account. I therefore disagree with the Court of Appeal's analysis concerning the traceability of the funds: paras. 36-41. This is a question of fact, and Hamilton J.'s finding could not be interfered with absent a palpable and overriding error. In my view, the evidence was sufficient to conclude, as he did, that the funds remained identifiable and thus continued to belong to ICAA.

[65] A bank account — and sums deposited in it — is located at the branch where the account is held: Emanuelli, at p. 69. This is why a writ of seizure by garnishment must be served at that branch: L'Heureux and Lacoursière, at p. 182; see also Belleau et al., at No. 2-2344. In this case, the bank account in which IATA kept the sums it collected on ICAA's behalf was located in Switzerland, more specifically in Geneva. This is not surprising given that IATA has executive offices in Geneva. The geographical location of the property in dispute here is Switzerland.

[66] An *in rem* action directed at sums located in Switzerland is beyond the jurisdiction of the Quebec Superior Court, since it has jurisdiction only if the property in dispute is located in Quebec: art. 3152 *C.C.Q.*

[67] I add that the subsequent transfer of some of the funds to the trust account held by IATA's lawyers in Quebec does not change my conclusion. The sums were brought to Quebec pursuant to an agreement that was meant to have no bearing on the parties' rights. The moment at which the jurisdiction of the Quebec Superior Court must be considered is when the Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment was requested and issued. At that time, the sums were in Switzerland.

étaient facilement identifiables : par. 58-59. Les parties ont déposé des déclarations conjointes dans lesquelles elles reconnaissaient que l'IATA tenait des registres des redevances E&F perçues pour le compte de l'ICAA. L'IATA a déposé un affidavit confirmant qu'elle tenait des registres détaillés des fonds qu'avait l'ICAA dans le compte. Je suis donc en désaccord avec l'analyse de la Cour d'appel en ce qui a trait à la traçabilité des fonds : par. 36-41. Il s'agit d'une question de fait et la conclusion du juge Hamilton ne pouvait être modifiée en l'absence d'erreur manifeste et déterminante. À mon avis, la preuve était suffisante pour conclure, comme il l'a fait, que les fonds demeuraient identifiables et continuaient donc d'appartenir à l'ICAA.

[65] Un compte bancaire — et les sommes qui y sont déposées — est situé à la succursale où est détenu le compte : Emanuelli, p. 69. C'est pourquoi un bref de saisie-arrêt doit être signifié à cette succursale : L'Heureux et Lacoursière, p. 182; voir aussi Belleau et autres, n° 2-2344. En l'espèce, le compte bancaire dans lequel l'IATA gardait les sommes qu'elle percevait pour le compte de l'ICAA était situé en Suisse, et plus particulièrement à Genève. Cela n'est pas surprenant vu que l'IATA a des bureaux administratifs à Genève. Le bien en litige en l'espèce se trouve en Suisse.

[66] La Cour supérieure du Québec n'est pas compétente pour connaître d'une action *in rem* visant des sommes situées en Suisse, car elle n'a compétence que si le bien en litige est situé au Québec : art. 3152 *C.c.Q.*

[67] J'ajoute que le transfert subséquent de certains des fonds dans le compte en fiducie détenu par les avocats de l'IATA au Québec ne change pas ma conclusion. Les sommes ont été transférées au Québec conformément à une entente qui était censée n'avoir aucune incidence sur les droits des parties. Le moment auquel la compétence de la Cour supérieure du Québec doit être examinée est celui où le bref de saisie-arrêt avant jugement a été demandé et délivré. À ce moment-là, les sommes se trouvaient en Suisse.

VI. Conclusion

[68] Given that the property in dispute is located outside Quebec, I conclude that the Quebec Superior Court did not have jurisdiction to issue the Writ of Seizure Before Judgment by Garnishment.

[69] I would accordingly allow the appeals with costs throughout, and reinstate Hamilton J.'s judgment.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant/intervener the International Air Transport Association: McMillan, Montréal.*

*Solicitors for the appellants/intervenors the Republic of Iraq, the Ministry of Industry of the Republic of Iraq, the Ministry of Defence of the Republic of Iraq and the Salah Aldin State Establishment: LCM Attorneys Inc., Montréal.*

*Solicitors for the respondent: IMK, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.*

VI. Conclusion

[68] Vu que le bien en litige est situé à l'extérieur du Québec, je conclus que la Cour supérieure du Québec n'avait pas compétence pour délivrer le bref de saisie-arrêt avant jugement.

[69] J'accueillerais donc les pourvois avec dépens devant toutes les cours, et je rétablirais la décision du juge Hamilton.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante/intervenante International Air Transport Association : McMillan, Montréal.*

*Procureurs des appellants/intervenants Republic of Iraq, Ministry of Industry of the Republic of Iraq, Ministry of Defence of the Republic of Iraq et Salah Aldin State Establishment : LCM Avocats inc., Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : IMK, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.*

**Ramy Yared and Rody Yared** *Appellants*

v.

**Roger Karam** *Respondent***INDEXED AS: YARED v. KARAM****2019 SCC 62**

File No.: 38089.

2019: March 19; 2019: December 12.

Present: Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Family law — Family patrimony — Trusts — Partition of family patrimony — Family residence held under trust — Whether residence of family held in trust or rights which confer use of it included in family patrimony — Civil Code of Québec, art. 415.*

In 2011, K set up a trust to protect his family’s assets for the benefit of his and his wife T’s four children. In 2012, the trust acquired a residence with funds transferred by the spouses to the trust patrimony and the family moved in. The house was a residence of the family within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*, which sets out that the family patrimony includes the residences of the family or the rights which confer use of them. T filed for divorce in 2014 and passed away in 2015. The liquidators of her succession filed for a declaration that the value of the residence held by the trust should be included in the division of the family patrimony, half of which would therefore go to the estate of T. The trial judge decided that the value of the residence ought to be included in the family patrimony despite the fact that it was held under a trust and not owned directly by one of the spouses. The Court of Appeal allowed K’s appeal and declared that no value from the residence ought to be included in the family patrimony.

*Held* (Karakatsanis and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Brown, Rowe and Martin JJ.: Family residences held in trust are not, in principle, outside the scope of the composition of the family patrimony set out at art. 415 *C.C.Q.* By referring to the “rights which

**Ramy Yared et Rody Yared** *Appelants*

c.

**Roger Karam** *Intimé***RÉPERTORIÉ : YARED c. KARAM****2019 CSC 62**

N° du greffe : 38089.

2019 : 19 mars; 2019 : 12 décembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Martin.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC**

*Droit de la famille — Patrimoine familial — Fiducies — Partage du patrimoine familial — Résidence familiale détenue en fiducie — La résidence familiale détenue en fiducie ou les droits qui en confèrent l’usage sont-ils inclus dans le patrimoine familial? — Code civil du Québec, art. 415.*

En 2011, K a constitué une fiducie pour protéger les actifs de sa famille au profit des quatre enfants qu’il avait eus avec son épouse T. En 2012, la fiducie a acquis une résidence en utilisant des fonds transférés par les époux au patrimoine fiduciaire et la famille y a emménagé. Cette maison était une résidence de la famille au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*, qui prévoit que les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l’usage font partie du patrimoine familial. T a demandé le divorce en 2014 et elle est décédée en 2015. Les liquidateurs de sa succession ont sollicité un jugement déclarant que la valeur de la résidence détenue par la fiducie devrait être incluse dans le partage du patrimoine familial, dont la moitié ferait donc partie de la succession de T. Le juge de première instance a conclu que la valeur de la résidence devait être incluse dans le patrimoine familial, même s’il s’agissait d’un bien qui était détenu en fiducie et qui n’appartenait pas directement à l’un des époux. La Cour d’appel a accueilli l’appel de K et déclaré qu’aucune valeur attribuable à la résidence ne devait être incluse dans le patrimoine familial.

*Arrêt* (les juges Karakatsanis et Côté sont dissidentes) : L’appel est accueilli.

*Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Brown, Rowe et Martin* : Les résidences familiales détenues en fiducie ne sont pas, par principe, exclues de la composition du patrimoine familial décrit à l’art. 415 du *C.c.Q.*



confer use” of a family residence at art. 415 *C.C.Q.*, the legislator intended to include in the family patrimony the type of living arrangements where spouses, without being owners in title, nonetheless are in control of the family residence. Wide discretion should be accorded to the trier of fact when making the determination of what may or may not constitute a right which confers use. In this case, absent an overriding and palpable error in the trial judge’s determination that K held “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*, it was not open to the Court of Appeal to overturn his decision on appeal. His decision should be restored.

When applying art. 415 *C.C.Q.* to a family residence not directly owned by the spouses, the question is whether the record supports a finding of rights which confer use of the residence. What may or may not constitute a right which confers use within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* is dependent on the circumstances and will generally be determined in relation to the level of control exercised by either spouse with respect to the residence. Simple occupation of a property not owned by the spouses will not automatically give rise to “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* However, these rights are not limited to rights of use within the meaning of art. 1172 *C.C.Q.* or other real rights listed at art. 1119 *C.C.Q.* If the trial judge is satisfied, based on the evidence before him or her, that the spouses are in control of the residence, not merely by way of exercising control over the entitlement to the value of the assets but by controlling whom may benefit from the use of the property, it is open to him or her to include the value of the residence in the family patrimony based on art. 415 *C.C.Q.*, even when such residence was acquired directly by a trust or a corporation. Prior ownership and occupation of a family residence can be relevant to show that the spouses hold a right which confers use within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*; however, it is not, as a matter of law, a necessary condition.

When the constitution of a trust conflicts with the operation of the family patrimony, a court should resolve the matter by relying on the rules pertaining to both of these institutions rather than by lifting the trust veil by analogy with art. 317 *C.C.Q.* In Quebec law, trusts are not legal persons endowed with juridical personality. Contrary to a corporation, there is in the case of a trust no veil to lift nor any mastermind hiding behind a distinct juridical personality. In the case of a family residence, issues arising from indirect ownership or de facto control of the property can

En mentionnant les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » d’une résidence familiale à l’art. 415 du *C.c.Q.*, le législateur a voulu inclure dans le patrimoine familial le type d’arrangement en matière d’habitation où les époux, sans être les propriétaires en titre, exercent néanmoins le contrôle sur la résidence familiale. Il faut accorder au juge des faits un large pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de décider ce qui peut constituer ou non des droits qui confèrent l’usage. En l’espèce, en l’absence d’une erreur manifeste et dominante dans la conclusion du juge des faits que K détenait des « droits qui [. . .] confèrent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*, il n’était pas loisible à la Cour d’appel d’infirmar sa décision en appel. Sa décision devrait être rétablie.

Lorsque l’on applique l’art. 415 du *C.c.Q.* à une résidence familiale dont les époux ne sont pas directement propriétaires, la question à trancher est celle de savoir si la preuve permet de conclure à l’existence de droits qui en confèrent l’usage. Ce qui peut constituer ou non un droit qui confère l’usage au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.* dépend des circonstances et sera généralement déterminé en fonction du niveau de contrôle exercé par l’un ou l’autre des époux à l’égard de la résidence en cause. La simple occupation d’une résidence qui n’appartient pas aux époux ne donnera pas automatiquement lieu à des « droits qui en confèrent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.* Ces droits ne se limitent toutefois pas aux droits d’usage tel qu’ils sont décrits à l’art. 1172 du *C.c.Q.* ou aux autres droits réels énumérés à l’art. 1119 du *C.c.Q.* Si le juge des faits est convaincu, compte tenu de la preuve dont il dispose, que les époux exercent un contrôle sur la résidence, non seulement en exerçant le contrôle sur le droit à la valeur des biens, mais en contrôlant qui peut bénéficier de l’usage de la propriété, il peut en inclure la valeur dans le patrimoine familial par application de l’art. 415 du *C.c.Q.*, et ce, même lorsque la résidence a été acquise directement par une fiducie ou par une société. Le droit de propriété antérieur et l’occupation d’une résidence familiale peuvent être pertinents pour démontrer que les époux détiennent un droit qui en confère l’usage visé par l’art. 415 du *C.c.Q.*; il ne s’agit toutefois pas, en droit, de conditions nécessaires.

Lorsque la constitution d’une fiducie entre en conflit avec le fonctionnement du patrimoine familial, le tribunal devrait régler le conflit en s’appuyant sur les règles relatives à ces institutions plutôt qu’en levant le voile fiduciaire par analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.* En droit québécois, les fiducies ne sont pas des personnes morales dotées de la personnalité juridique. Contrairement au cas où une société est en cause, dans le cas d’une fiducie, il n’y a aucun voile à lever ni aucun cerveau dirigeant caché derrière une personnalité juridique distincte. Dans le cas

be resolved with the notion of “rights which confer use” set out in art. 415 *C.C.Q.* For this category of property, there is therefore no need to rely on art. 317 *C.C.Q.* by analogy so as to order an equitable partition of the family patrimony. Furthermore, more generally when property listed in art. 415 *C.C.Q.* is held in trust, arts. 421 and 422 *C.C.Q.* may allow the court to correct a potential inequity created by the operation of the trust. Again, it is not necessary to rely on an analogy with art. 317 *C.C.Q.* to reach an equitable result in these circumstances.

As a remedial set of rules that aims to foster economic equality between spouses, rules relating to family patrimony should be given a generous and liberal interpretation to favour the inclusion of property in the value to be partitioned between the spouses. This principle should guide the interpretation of art. 415 *C.C.Q.* and its application, even if the record does not demonstrate that one of the spouses was in a position of economic vulnerability. Care should be taken not to adopt an interpretation of the rules governing the family patrimony that would create a breach in the protection guaranteed by the law to vulnerable spouses.

Furthermore, the fact that the spouses were pursuing a legitimate objective in organizing their affairs the way they did is not a bar to inclusion of a residence not directly owned by them in the partition of the family patrimony. In so far as the intention to use a property as a residence of the family has been established, art. 415 *C.C.Q.* does not require any further demonstration of intention to avoid the rules of the family patrimony. These rules are protective public order rules, in that they are imposed by the legislature to safeguard the interests of vulnerable parties and to insure a certain equity within the institution of marriage. Accordingly, the operation of these rules will not depend on the behaviour, intention or good faith of the parties during their contractual relationship. This does not mean that the intention of the spouses is never relevant when applying art. 415 *C.C.Q.* to a family residence. The intention of the spouses is essential to characterize a property as a residence of the family within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*

The public order character of the rules governing the family patrimony does not eliminate the freedom of spouses to acquire, sell or choose never to own the property included in the family patrimony per art. 415 *C.C.Q.* Neither the

d’une résidence familiale, les questions découlant d’un droit de propriété indirect ou de l’exercice d’un contrôle de fait sur le bien peuvent être réglées en s’appuyant sur la notion de « droits qui en confèrent l’usage » énoncée à l’art. 415 du *C.c.Q.* Pour cette catégorie de biens, il n’est donc pas nécessaire de s’appuyer sur l’art. 317 du *C.c.Q.* par analogie pour ordonner un partage équitable du patrimoine familial. En outre, et plus généralement, lorsque des biens énumérés à l’art. 415 du *C.c.Q.* sont détenus en fiducie, les art. 421 et 422 du *C.c.Q.* permettent au tribunal de corriger une possible injustice créée par le mécanisme de la fiducie. Encore une fois, il n’est pas nécessaire de s’appuyer sur une analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.* pour arriver à un résultat équitable dans ces circonstances.

En tant qu’ensemble de règles correctives visant à promouvoir l’égalité économique entre les époux, les règles relatives au patrimoine familial devraient recevoir une interprétation généreuse et libérale de manière à favoriser l’inclusion des biens dans la valeur à partager entre les époux. Ce principe devrait guider l’interprétation de l’art. 415 du *C.c.Q.* ainsi que son application, même si la preuve ne démontre pas que l’un des époux est vulnérable sur le plan économique. Il faut veiller à ne pas adopter une interprétation des règles régissant le patrimoine familial pouvant porter atteinte à la protection que la loi garantit aux époux vulnérables.

De plus, le fait que les époux avaient un objectif légitime pour organiser leurs affaires comme ils l’ont fait n’empêche pas l’inclusion d’une résidence dont ils ne sont pas directement propriétaires dans le partage du patrimoine familial. Dans la mesure où il est établi que les époux avaient l’intention d’utiliser un bien à titre de résidence de la famille, l’art. 415 du *C.c.Q.* n’exige aucune autre manifestation de l’intention d’éluder les règles du patrimoine familial. Ces règles sont des règles d’ordre public de protection, en ce qu’elles sont imposées par le législateur pour protéger les intérêts des parties vulnérables et pour assurer une certaine équité au sein de l’institution du mariage. Ainsi, l’application de ces règles ne dépend pas du comportement, de l’intention ou de la bonne foi des parties pendant leur relation contractuelle. Cela ne signifie pas pour autant que l’intention des époux n’est jamais pertinente lorsqu’il s’agit d’appliquer l’art. 415 du *C.c.Q.* à une résidence familiale. En fait, l’intention des époux est essentielle pour considérer un bien comme une résidence de la famille au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*

Le caractère d’ordre public des règles régissant le patrimoine familial n’élimine pas la liberté des époux d’acquérir ou de vendre les biens inclus dans le patrimoine familial aux termes de l’art. 415 du *C.c.Q.* ou de choisir

constitution of the family patrimony nor its partition alters the rights of ownership held by each spouse in relation to their property. Spouses generally remain free to manage and dispose of their property included in the family patrimony, although certain specific rules will nonetheless limit their freedom to do so. Spouses also need not acquire property falling under the family patrimony provisions, and neither spouse is obligated to own the property enumerated in s. 415 *C.c.Q.*

*Per* Karakatsanis and Côté JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. While family patrimony provisions are intended to protect economically disadvantaged spouses, spouses are free to acquire and dispose of property as they wish, even if this means that they do not acquire property falling within the family patrimony. Included in the spouses' freedom to choose how they arrange their affairs is the option to live in a residence held by a trust. Where spouses opt for the various advantages and disadvantages associated with the legal institution of the trust, it may be that they will not acquire property that is subject to the family patrimony.

Where spouses reside in a property owned by a trust, there may be situations in which this arrangement gives rise to "rights which confer use" of the property under art. 415 *C.c.Q.* When such questions arise, the situation must be analyzed on the basis of the legislative provisions governing both the institutions of the trust and the family patrimony. There is agreement with the majority's rejection of the reliance on an analogy with the lifting of the corporate veil under art. 317 *C.c.Q.* To determine whether a right which confers use exists where a residence is owned by a trust, courts must consider the circumstances surrounding the establishment of the trust, its intended purpose, and the rights and obligations of the trustees and beneficiaries under the terms of the trust deed.

There is disagreement with the majority, which would hold that the level of control attributed to a trustee will determine whether there is a right which confers use. As a general rule, though the powers with which the trustee is charged under the *Civil Code of Québec* are significant, they do not constitute a right which confers use. The trustee has the control and exclusive administration of the trust patrimony but such a role imposes duties and obligations. These powers must be exercised in the best interest of the beneficiaries and in keeping with the purpose of the trust. Powers must not be conflated with rights. It is rather the interests of the beneficiary that are more likely to give

de ne jamais en devenir propriétaire. Ni la constitution du patrimoine familial ni son partage ne modifient les droits de propriété de chaque époux relativement à ses biens. Les époux demeurent habituellement libres de gérer leurs biens inclus dans le patrimoine familial et d'en disposer, même si certaines règles particulières limitent néanmoins leur liberté de le faire. Les époux ne sont par ailleurs pas tenus d'acquérir des biens visés par les dispositions relatives au patrimoine familial, et rien n'oblige les époux à posséder les biens énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.*

*Les juges Karakatsanis et Côté (dissidentes) :* L'appel devrait être rejeté. Bien que les dispositions portant sur le patrimoine familial visent à protéger les époux désavantagés sur le plan économique, les époux sont libres d'acquérir des biens et d'en disposer à leur guise, même si cela signifie qu'ils n'en acquièrent aucun qui fasse partie du patrimoine familial. Le choix de vivre dans une résidence détenue par une fiducie relève aussi de la liberté des époux de choisir de quelle façon ils gèrent leurs affaires. En choisissant de recourir aux divers avantages et désavantages associés à l'institution légale qu'est la fiducie, il se peut que les époux n'acquièrent aucun bien régi par les règles du patrimoine familial.

Lorsque des époux habitent une résidence dont une fiducie est propriétaire, il peut arriver que cet arrangement donne lieu à des « droits qui en confèrent l'usage » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Lorsque de telles questions se posent, la situation doit être analysée en fonction des dispositions législatives qui régissent les deux institutions que sont la fiducie et le patrimoine familial. Il y a accord avec les juges majoritaires pour rejeter l'appui sur l'analogie avec la levée du voile corporatif codifiée à l'art. 317 du *C.c.Q.* Pour déterminer s'il existe un droit qui confère l'usage d'une résidence lorsque celle-ci appartient à une fiducie, les tribunaux doivent examiner les circonstances de la constitution de la fiducie, le but qu'elle est censée atteindre et les droits et obligations des fiduciaires et des bénéficiaires prévus par l'acte de fiducie.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires qui affirment que le niveau de contrôle attribué à un fiduciaire détermine s'il existe un droit qui confère l'usage. En règle générale, même si le fiduciaire est investi de pouvoirs importants en vertu du *Code civil du Québec*, ils ne constituent pas un droit qui confère l'usage. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire, mais un tel rôle est assorti de devoirs et d'obligations. Ces pouvoirs doivent être exercés dans le meilleur intérêt des bénéficiaires et conformément au but de la fiducie. Il ne faut pas confondre les pouvoirs et les droits. Ce sont plutôt les intérêts des bénéficiaires qui sont les plus susceptibles

rise to a right which confers use under art. 415 *C.C.Q.* It is important to look both to the trust deed and to the *Civil Code of Québec* in order to gain a full picture of the protections afforded to the beneficiaries. The interpretation of the trust deed pursuant to the rules of contractual interpretation must include an analysis of the parties' objectives in establishing the trust, along with the trustee's obligations and the rights of beneficiaries under the terms of the deed. While a deed may entrust a trustee with significant powers, these are circumscribed by the trust provisions of the *Civil Code of Québec*. For instance, a trustee must perform his or her duties in keeping with the purpose of the trust and cannot do so for his or her own benefit or in an arbitrary manner.

There is also disagreement with the majority that the intention of the spouses in setting up a trust should have no bearing on the determination of whether there are any rights which confer use. The intention in establishing a trust will be relevant insofar as it informs the purpose of the trust. Where a trust has no legitimate purpose beyond evading the family patrimony rules, the powers actually exercised by the trustee might exceptionally be construed, on the facts of that case, as a right which confers use. For instance, where a residence owned by a trust previously belonged to one of the spouses and there has been no change in circumstances in the intervening years apart from the transfer to the trust, a right which confers use may exist under art. 415 *C.C.Q.* Such a situation may indicate that the transfer to the trust had the purpose of evading the family patrimony provisions. However, where the trust has a valid purpose and acquires the residence directly, a closer analysis of the terms of the trust deed and the surrounding circumstances will be necessary.

The arrangement in the instant case is anything but artificial as the record discloses no intention to evade the family patrimony provisions and there is unchallenged evidence that the trust was established for the long-term benefit of the children. The trial judge was content with a literal reading of the trust deed and conflated powers with rights. As such, the trial judge erred in finding that K alone held a right which conferred use. If such a right existed, it was held only by T as beneficiary of the trust or was jointly held by both spouses as a result of a tacit agreement between them and the trust.

de donner lieu à un droit qui confère l'usage au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Il est toutefois important d'examiner à la fois l'acte de fiducie et le *Code civil du Québec* pour avoir un portrait d'ensemble des protections accordées aux bénéficiaires. L'interprétation de l'acte de fiducie à la lumière des règles d'interprétation des contrats doit inclure une analyse des objectifs poursuivis par les parties au moment de constituer la fiducie, ainsi que des obligations du fiduciaire et des droits des bénéficiaires prévus à l'acte de fiducie. Si un acte de fiducie peut bel et bien conférer d'importants pouvoirs à un fiduciaire, ceux-ci sont circonscrits par les dispositions du *Code civil du Québec* sur la fiducie. Par exemple, un fiduciaire est tenu d'exercer ses fonctions dans le respect du but de la fiducie et il ne peut pas les exercer pour son propre bénéfice ou de façon arbitraire.

Il y a aussi désaccord avec les juges majoritaires pour qui l'intention des époux au moment de constituer la fiducie ne devrait avoir aucune incidence sur la détermination de l'existence ou non de droits qui confèrent l'usage. L'intention au moment de constituer la fiducie est pertinente dans la mesure où elle clarifie l'objet de la fiducie. Si une fiducie n'a aucun objet légitime autre que celui d'éluider les règles du patrimoine familial, les pouvoirs réellement exercés par le fiduciaire peuvent exceptionnellement être considérés, selon les faits de l'affaire, comme un droit qui confère l'usage. Par exemple, lorsqu'une résidence appartenant à une fiducie a antérieurement appartenu à l'un ou l'autre des époux et que les circonstances n'ont pas changé au cours des années qui ont précédé et suivi le transfert de la résidence à la fiducie, il peut exister un droit qui confère l'usage de la résidence familiale au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Une telle situation peut indiquer que le transfert à la fiducie avait pour but d'éluider les règles du patrimoine familial. Cependant, lorsque la fiducie a un objet valable et acquiert la résidence directement, il est nécessaire de procéder à une analyse plus approfondie des modalités de l'acte de fiducie et des circonstances qui l'entourent.

L'arrangement en cause en l'espèce n'a rien d'artificiel puisque le dossier ne révèle aucune intention d'éluider les règles du patrimoine familial et que la preuve non contestée démontre que la fiducie a été constituée dans l'intérêt à long terme des enfants. Le juge de première instance s'est contenté d'une interprétation littérale de l'acte de fiducie et il a confondu les pouvoirs et les droits. Ainsi, il a commis une erreur en concluant que seul K détenait un droit qui conférerait l'usage de la résidence. Si un tel droit existait, il était détenu soit exclusivement par T, à titre de bénéficiaire de la fiducie, soit conjointement par les deux époux, suivant une entente tacite intervenue entre eux et la fiducie.

## Cases Cited

By Rowe J.

**Referred to:** *G.B. v. Si.B.*, 2015 QCCA 1223; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *M.T. v. J.-Y.T.*, 2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781; *Droit de la famille — 112948*, 2011 QCCA 1744, [2011] R.J.Q. 1729; *Droit de la famille — 172765*, 2017 QCCA 1844; *Droit de la famille — 1463*, [1991] R.J.Q. 2514; *Droit de la famille — 121301*, 2012 QCCA 1018, aff'g *Droit de la famille — 112467*, 2011 QCCS 4229; *Droit de la famille — 162780*, 2016 QCCS 5562; *D.L. v. L.G.*, 2006 QCCA 1125; *Droit de la famille — 142245*, 2014 QCCA 1660, aff'g *Droit de la famille — 133443*, 2013 QCCS 6099; *Droit de la famille — 1931*, [1994] R.J.Q. 378, aff'd [1996] R.D.F. 6; *Droit de la famille — 10174*, 2010 QCCS 312, aff'd *Droit de la famille — 102269*, 2010 QCCA 1586; *Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711; *Droit de la famille — 10977*, 2010 QCCA 892; *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93, aff'd 2000 CanLII 2002; *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465; *J.-Y.H. v. C.B.*, 2005 CanLII 14832; *Droit de la famille — 171064*, 2017 QCCS 2076; *Droit de la famille — 2420*, [1996] R.D.F. 363; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Droit de la famille — 19582*, 2019 QCCA 647; *Droit de la famille — 131166*, 2013 QCCS 2194, aff'd *Droit de la famille — 1487*, 2014 QCCA 123; *Droit de la famille — 121905*, 2012 QCCS 3977; *L.G. v. D.L.*, 2005 CanLII 22738; *J. (Y.) v. B. (M.)*, 1999 CanLII 10838, aff'd 2000 CanLII 10021; *Poulin v. Dumas*, 2014 QCCA 676.

By Côté J. (dissenting)

*Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711; *Trust général du Canada v. Service alimentaire exclusif inc.*, [1984] C.A. 145; *Québec (Curateur public) v. A.N. (Succession de)*, 2014 QCCS 616; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184; *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93; *D.L. v. L.G.*, 2006 QCCA 1125; *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465; *Droit de la famille — 1646*, [1992] R.D.F. 463; *N.R. v. R.P.*, [2003] R.D.F. 831; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014.

## Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, art. 981e.

## Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

**Arrêts mentionnés :** *G.B. c. Si.B.*, 2015 QCCA 1223; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *M.T. c. J.-Y.T.*, 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781; *Droit de la famille — 112948*, 2011 QCCA 1744, [2011] R.J.Q. 1729; *Droit de la famille — 172765*, 2017 QCCA 1844; *Droit de la famille — 1463*, [1991] R.J.Q. 2514; *Droit de la famille — 121301*, 2012 QCCA 1018, conf. *Droit de la famille — 112467*, 2011 QCCS 4229; *Droit de la famille — 162780*, 2016 QCCS 5562; *D.L. c. L.G.*, 2006 QCCA 1125; *Droit de la famille — 142245*, 2014 QCCA 1660, conf. *Droit de la famille — 133443*, 2013 QCCS 6099; *Droit de la famille — 1931*, [1994] R.J.Q. 378, conf. par [1996] R.D.F. 6; *Droit de la famille — 10174*, 2010 QCCS 312, conf. par *Droit de la famille — 102269*, 2010 QCCA 1586; *Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711; *Droit de la famille — 10977*, 2010 QCCA 892; *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93, conf. par 2000 CanLII 2002; *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465; *J.-Y.H. c. C.B.*, 2005 CanLII 14832; *Droit de la famille — 171064*, 2017 QCCS 2076; *Droit de la famille — 2420*, [1996] R.D.F. 363; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Droit de la famille — 19582*, 2019 QCCA 647; *Droit de la famille — 131166*, 2013 QCCS 2194, conf. par *Droit de la famille — 1487*, 2014 QCCA 123; *Droit de la famille — 121905*, 2012 QCCS 3977; *L.G. c. D.L.*, 2005 CanLII 22738; *J. (Y.) c. B. (M.)*, 1999 CanLII 10838, conf. par 2000 CanLII 10021; *Poulin c. Dumas*, 2014 QCCA 676.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711; *Trust général du Canada c. Service alimentaire exclusif inc.*, [1984] C.A. 145; *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, 2014 QCCS 616; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184; *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93; *D.L. c. L.G.*, 2006 QCCA 1125; *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465; *Droit de la famille — 1646*, [1992] R.D.F. 463; *N.R. c. R.P.*, [2003] R.D.F. 831; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014.

## Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 981e.



*Civil Code of Québec*, S.Q. 1980, c. 39, arts. 454, 462.2.  
*Civil Code of Québec*, arts. 9, 317, 391, 404, 405, 406, 414, 415, 416, 421, 422, 423, 516, 911, 912, 1119, 1121, 1172, 1260, 1261, 1262, 1265, 1278, 1282 para. 1, 1283, 1284, 1294, 1295, 1306, 1307, 1310, 1425, 1426.

#### Authors Cited

Beaulne, Jacques. *Droit des fiducies*, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour par André J. Barette. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.

Brierley, John E. C. “Powers of Appointment in Quebec Civil Law” (1992), 95 *R. du N.* 131.

Bruneau, Diane. “La fiducie et le droit civil” (1996), 18 *R.P.F.S.* 755.

Cantin Cumyn, Madeleine. *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1980.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Dubreuil, Christianne, et Brigitte Lefebvre. “L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple” (1999), 40 *C. de D.* 345.

Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.

Labonté, Christian. “Le patrimoine familial”, mise à jour par Christiane Lalonde, dans *Droit de la famille québécois*, vol. 3, par Jean-Pierre Senécal, dir. Farnham, Que.: Éditions FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour mai 2019, envoi n° 454).

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2018.

Lefebvre, Brigitte. “Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales: quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial” (2014), 116 *R. du N.* 389.

Loranger, Julie. “Le fiduciaire: entre le tyran et le serviteur”, dans Service de la formation continue — Barreau du Québec, vol. 324, *Développements récents en successions et fiducies*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010, 69.

Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2014.

*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Property*, by France Allard et al., eds., Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2012, “*jus ad rem*”.

Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

Roland, Henri, et Laurent Boyer. *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 1998.

*Code civil du Québec*, art. 9, 317, 391, 404, 405, 406, 414, 415, 416, 421, 422, 423, 516, 911, 912, 1119, 1121, 1172, 1260, 1261, 1262, 1265, 1278, 1282 al. 1, 1283, 1284, 1294, 1295, 1306, 1307, 1310, 1425, 1426.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1980, c. 39, art. 454, 462.2.

#### Doctrine et autres documents cités

Beaulne, Jacques. *Droit des fiducies*, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour par André J. Barette, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

Brierley, John E. C. « Powers of Appointment in Quebec Civil Law » (1992), 95 *R. du N.* 131.

Bruneau, Diane. « La fiducie et le droit civil » (1996), 18 *R.P.F.S.* 755.

Cantin Cumyn, Madeleine. *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.

Dubreuil, Christianne, et Brigitte Lefebvre. « L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple » (1999), 40 *C. de D.* 345.

Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

Labonté, Christian. « Le patrimoine familial », mise à jour par Christiane Lalonde, dans *Droit de la famille québécois*, vol. 3, par Jean-Pierre Senécal, dir., Farnham (Qc), Éditions FM, 1985 (feuilles mobiles mises à jour mai 2019, envoi n° 454).

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018.

Lefebvre, Brigitte. « Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial » (2014), 116 *R. du N.* 389.

Loranger, Julie. « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans Service de la formation continue — Barreau du Québec, vol. 324, *Développements récents en successions et fiducies*. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 69.

Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons : Property*, by France Allard et al., eds., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, « *jus ad rem* ».

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

Roland, Henri, et Laurent Boyer. *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998.

Senécal, Jean-Pierre. *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du Projet de loi 146*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (St-Pierre, Mainville and Gagné JJ.A.), 2018 QCCA 320, [2018] J.Q. n° 1465 (QL), 2018 CarswellQue 1400 (WL Can.), setting aside a decision of Gaudet J., 2016 QCCS 5581, [2016] J.Q. n° 16001 (QL), 2016 CarswellQue 10844 (WL Can.). Appeal allowed, Côté and Karakatsanis JJ. dissenting.

*Stewart Litvack and Louis Dessureault*, for the appellants.

*Antoine Aylwin and Michael Adams*, for the respondent.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

[1] ROWE J. — The appellants, Mr. Ramy and Rody Yared, are the liquidators of the succession of their sister, Ms. Taky Yared, who passed away in April 2015. In July 2016, they sought a declaration in Superior Court that the value of the family residence should be included in the division of the family patrimony. At the time of Ms. Yared’s death, this residence was held under a trust controlled by her husband, the respondent Mr. Roger Karam.

[2] The question raised by this case concerns the proper interaction between these two institutions of Quebec civil law: the family patrimony created by art. 414 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.” or “*Civil Code*”) and the trust under art. 1260 C.C.Q. In substance, this Court must decide if the value of a family residence held under a trust controlled by one of the spouses is included in the family patrimony, even in the absence of fraud or bad faith. The trial judge declared that the value of the residence was to be included in the family patrimony, relying on an analogy with the lifting of the corporate veil at art. 317 C.C.Q. and on the “rights which confer use” of art. 415 C.C.Q. The Court of Appeal reversed

Senécal, Jean-Pierre. *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du Projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges St-Pierre, Mainville et Gagné), 2018 QCCA 320, [2018] J.Q. n° 1465 (QL), 2018 CarswellQue 1400 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Gaudet, 2016 QCCS 5581, [2016] J.Q. n° 16001 (QL), 2016 CarswellQue 10844 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Côté et Karakatsanis sont dissidentes.

*Stewart Litvack et Louis Dessureault*, pour les appelants.

*Antoine Aylwin et Michael Adams*, pour l’intimé.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Brown, Rowe et Martin rendu par

[1] LE JUGE ROWE — Les appelants, MM. Ramy et Rody Yared, sont les liquidateurs de la succession de leur sœur, M<sup>me</sup> Taky Yared, qui est décédée en avril 2015. En juillet 2016, ils ont sollicité auprès de la Cour supérieure un jugement déclaratoire selon lequel la valeur de la résidence familiale devrait être incluse dans le partage du patrimoine familial. Au moment du décès de M<sup>me</sup> Yared, cette résidence était détenue par une fiducie contrôlée par son mari, M. Roger Karam, l’intimé.

[2] La question soulevée en l’espèce concerne l’interaction appropriée entre les deux institutions du droit civil québécois que sont le patrimoine familial créé par l’art. 414 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « *Code civil* ») et la fiducie décrite à l’art. 1260 du C.c.Q. Essentiellement, la Cour doit décider si la valeur d’une résidence familiale détenue par une fiducie contrôlée par l’un des époux est incluse dans le patrimoine familial, même en l’absence de fraude ou de mauvaise foi. Se fondant sur une analogie entre la levée du voile corporatif dont il est question à l’art. 317 du C.c.Q. et la mention à l’art. 415 du C.c.Q. des « droits qui [. . .] confèrent l’usage », le juge de première instance a déclaré que la valeur de

that decision and declared that no value from the family residence ought to be included in the family patrimony.

[3] The trial judge did not err in his conclusion. Although I would not rely on art. 317 *C.C.Q.* by analogy, in my view the “rights which confer use” of the family residence at art. 415 *C.C.Q.* provided a sound basis for him to declare that the value of the residence ought to be included in the family patrimony. Absent an overriding and palpable error in his determination that Mr. Karam held “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*, it was not open to the Court of Appeal to overturn this decision on appeal. I would therefore set aside the decision of the Court of Appeal and reinstate the declaratory relief granted by the trial judge.

#### I. Facts

[4] The respondent, Mr. Karam and Ms. Yared were married in 1998. They had four children, born between 2001 and 2010. In August 2011, the Karam family moved to Montreal following the announcement of tragic news. Ms. Yared was diagnosed with an incurable cancer and her days were numbered. In light of this, Mr. Karam set up a trust to protect the family assets for the benefit of the four children. It is not contested that at the time, Mr. Karam acted in good faith and had no intention to avoid the rules of family patrimony.

[5] The [TRANSLATION] “Taki Family Trust” (“the trust”) was constituted before a notary on October 4, 2011 (Exhibit A-1, A.R., vol. II, at p. 110). The settlor is Ms. Tammie Dion, the wife of one of the appellants and sister-in-law of Mr. Karam. The trustees are Mr. Karam himself and his mother, Ms. Amal Hanache-Karam. The trust deed also conferred extensive powers of “Appointer” on Mr. Karam, providing for him *inter alia* to name new beneficiaries, including himself. The initial beneficiaries were Ms. Yared and the four children.

la résidence devait être incluse dans le patrimoine familial. La Cour d’appel a infirmé cette décision et déclaré qu’aucune valeur attribuable à la résidence familiale ne devait être incluse dans le patrimoine familial.

[3] Le juge de première instance n’a pas tiré de conclusion erronée. Bien que je ne m’appuierais pas sur l’art. 317 du *C.c.Q.* par analogie, j’estime que les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » de la résidence familiale dont il est question à l’art. 415 du *C.c.Q.* constituaient une assise solide pour conclure que la valeur de la résidence devait être incluse dans le patrimoine familial. En l’absence d’une erreur manifeste et dominante dans la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Karam détenait des « droits qui [. . .] confèrent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*, il n’était pas loisible à la Cour d’appel d’infirmar cette décision en appel. Je suis donc d’avis d’annuler l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance.

#### I. Faits

[4] L’intimé, M. Karam, et M<sup>me</sup> Yared se sont mariés en 1998. Ils ont eu quatre enfants, nés entre 2001 et 2010. En août 2011, la famille Karam s’est installée à Montréal après l’annonce d’une nouvelle tragique. M<sup>me</sup> Yared a reçu un diagnostic de cancer incurable, et ses jours étaient comptés. Dans ce contexte, M. Karam a constitué une fiducie au profit des quatre enfants pour protéger les actifs familiaux. Personne ne conteste que, à ce moment-là, M. Karam a agi de bonne foi et qu’il n’avait aucune intention d’éluder les règles du patrimoine familial.

[5] La « Fiducie famille Taki » (« la fiducie ») a été créée devant un notaire le 4 octobre 2011 (pièce A-1, d.a., vol. II, p. 110). Le constituant est M<sup>me</sup> Tammie Dion, l’épouse d’un des appelants et la belle-sœur de M. Karam. Les fiduciaires sont M. Karam lui-même et sa mère, M<sup>me</sup> Amal Hanache-Karam. De plus, l’acte de fiducie nomme M. Karam « électeur », ce qui lui confère d’importants pouvoirs, notamment la faculté d’élire de nouveaux bénéficiaires, y compris lui-même. Les bénéficiaires initiaux étaient M<sup>me</sup> Yared et les quatre enfants.

[6] Upon the constitution of the trust, the settlor transferred a silver ingot valued at \$45 to the trust patrimony. In June 2012, the trust acquired a residence on Docteur-Penfield Avenue in Montreal for \$2,350,000 with funds transferred by the spouses to the trust patrimony. Mr. Karam stated that his intention was to acquire a house that would serve both as the family residence and as an investment protected under the trust for the benefit of his children. The family moved in and it is not contested that at the relevant times, this house was a residence of the family within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* Indeed, regardless of the potential investment value of the property, if either of the spouses had been owner in title there would be no dispute that the house would be part of the family patrimony. In fact, Mr. Karam conceded that the furniture in the residence was included in the family patrimony as movable property furnishing or decorating the family residence.

[7] Two years later, in June 2014, Ms. Yared left the residence and filed for divorce. In August of the same year, she divided her estate by notarial will by way of four trusts established for the benefit of each of the four children. In April 2015, Ms. Yared died without having obtained a divorce.

[8] Following Ms. Yared's death, Mr. Karam commenced proceedings to contest the validity of her will. A few months later, he unilaterally renounced his powers to elect new beneficiaries under art. 4.2 of the trust deed in a notarized document, the [TRANSLATION] "Act of Renunciation and Cancellation by the Appointer Concerning the 'Taki Family Trust'". According to his testimony, Mr. Karam proceeded to this renunciation after the appellants expressed some concerns about the children's interest in the trust. In July 2016, the appellants filed for a declaration that the value of the residence held by the trust should be included in the division of the family patrimony, half of which would therefore go to the estate of Ms. Yared. If the appellants do not obtain such a declaration, the estate of Ms. Yared will be of little value.

[6] Au moment de la constitution de la fiducie, la constituante a transféré au patrimoine fiduciaire un lingot d'argent d'une valeur de 45 \$. En juin 2012, la fiducie a acquis une résidence sur l'avenue du Docteur-Penfield, à Montréal, pour la somme de 2 350 000 \$ en utilisant des fonds transférés par les époux au patrimoine fiduciaire. M. Karam a affirmé que son intention était d'acquérir une maison qui servirait de résidence familiale et qui constituerait un investissement protégé par la fiducie au profit de ses enfants. La famille y a emménagé, et il n'est pas contesté que, à l'époque pertinente, cette maison était une résidence de la famille au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* En effet, indépendamment de la valeur d'investissement potentielle de la résidence, si l'un ou l'autre des époux en avait été le propriétaire en titre, l'inclusion de la maison dans le patrimoine familial n'aurait pas été contestée. En fait, M. Karam a reconnu que les meubles dans la résidence étaient inclus dans le patrimoine familial à titre de meubles la garnissant ou l'ornant.

[7] Deux ans plus tard, soit en juin 2014, M<sup>me</sup> Yared a quitté la résidence et a demandé le divorce. En août de la même année, elle a partagé son patrimoine par testament notarié en établissant quatre fiducies au profit de chacun des quatre enfants. En avril 2015, M<sup>me</sup> Yared est décédée sans avoir obtenu le divorce.

[8] Après le décès de M<sup>me</sup> Yared, M. Karam a entamé des procédures en vue de contester la validité du testament de cette dernière. Quelques mois plus tard, dans un acte notarié intitulé « Acte de renonciation et radiation par l'électeur concernant la "Fiducie famille Taki" », il a unilatéralement renoncé à sa faculté d'élire de nouveaux bénéficiaires en vertu de l'art. 4.2 de l'acte de fiducie. Selon son témoignage, M. Karam a signé cette renonciation après que les appelants eurent exprimé certaines craintes quant aux droits des enfants à l'égard de la fiducie. En juillet 2016, les appelants ont sollicité un jugement déclarant que la valeur de la résidence détenue en fiducie devrait être incluse dans le partage du patrimoine familial et que la moitié de cette valeur devrait donc faire partie de la succession de M<sup>me</sup> Yared. Si les appelants n'obtiennent pas le jugement déclaratoire demandé, la valeur de la succession de M<sup>me</sup> Yared sera modeste.

## II. Decisions Below

### A. *Superior Court of Quebec (Gaudet J., 2016 QCCS 5581)*

[9] The trial judge decided that the value of the residence ought to be included in the family patrimony despite the fact that it was held under a trust and not owned directly by one of the spouses. In his view, this follows from the fact that spouses cannot contract out of the public order rules regarding the family patrimony, regardless of their intentions (para. 55 (CanLII)). If one of them has effective control of a family residence even where that is through a trust or a corporation, its value must be divided as part of the patrimony upon dissolution of the marriage (paras. 52-53).

[10] The trial judge relied on two provisions of the *Civil Code* to arrive at this conclusion. First, he considered that the lifting of the corporate veil codified at art. 317 *C.C.Q.* could be applied by analogy when the constitution of a trust would have the effect of trumping or displacing the rules of the family patrimony (paras. 30-36). Second, he relied on the wording of art. 415 *C.C.Q.*, which provides that “the residences of the family or the rights which confer use of them” are included in the family patrimony. In his view, these rights are not strictly limited to the rights of use defined by art. 1172 *C.C.Q.* and can include any arrangement by which the spouses can occupy a residence as if they are the owners (paras. 39-41).

[11] Critical to his conclusion was the trial judge’s factual finding that Mr. Karam had effective, almost complete control of the family residence as the trustee and appointer of the trust under which it was held (para. 51). This finding was based on the following discretionary powers granted to Mr. Karam under the trust deed: (1) the power to appoint new beneficiaries, including himself; (2) the power to destitute any beneficiaries; and (3) the power to decide to which beneficiaries and in what proportion the revenues and capital of the trust would be paid

## II. Décisions des tribunaux d’instances inférieures

### A. *Cour supérieure du Québec (le juge Gaudet, 2016 QCCS 5581)*

[9] Le juge de première instance a conclu que la valeur de la résidence devait être incluse dans le patrimoine familial, même s’il s’agissait d’un bien détenu en fiducie et qui n’appartenait pas directement à l’un des époux. Selon lui, une telle conclusion découle du fait que des époux ne peuvent se soustraire par contrat à l’application des règles d’ordre public relatives au patrimoine familial, et ce, peu importe leurs intentions (par. 55 (CanLII)). Si l’un d’entre eux exerce un contrôle effectif sur une résidence familiale — même lorsque ce contrôle est exercé par l’intermédiaire d’une fiducie ou d’une société —, la valeur de cette résidence doit être incluse dans le calcul aux fins du partage du patrimoine au moment de la dissolution du lien matrimonial (par. 52-53).

[10] Le juge de première instance s’est appuyé sur deux dispositions du *Code civil* pour tirer cette conclusion. Premièrement, il a estimé que la levée du voile corporatif codifiée à l’art. 317 du *C.c.Q.* pouvait s’appliquer par analogie lorsque la constitution d’une fiducie a pour effet de supplanter les règles du patrimoine familial (par. 30-36). Deuxièmement, il s’est appuyé sur le libellé de l’art. 415 du *C.c.Q.*, qui prévoit que « les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l’usage » font partie du patrimoine familial. Selon lui, ces droits ne se limitent pas strictement aux droits d’usage définis à l’art. 1172 du *C.c.Q.* et peuvent comprendre tout arrangement permettant aux époux d’occuper une résidence comme s’ils en étaient les propriétaires (par. 39-41).

[11] Le juge de première instance a conclu — et c’est là un facteur déterminant dans sa conclusion de fait — que M. Karam avait le contrôle effectif, quasi total, de la résidence familiale à titre de fiduciaire et d’électeur de la fiducie par l’intermédiaire de laquelle elle était détenue (par. 51). Cette conclusion de fait reposait sur les pouvoirs discrétionnaires suivants accordés à M. Karam par l’acte de fiducie : (1) la faculté d’élire de nouveaux bénéficiaires, y compris lui-même; (2) le pouvoir de destituer tout bénéficiaire; et (3) le pouvoir de déterminer les bénéficiaires pouvant



(paras. 44-47). In this regard, the trial judge further held that Mr. Karam’s subsequent renunciation of his power to elect new beneficiaries under art. 4.2 of the trust deed was immaterial as this was invalid per art. 1294 *C.C.Q.*, as well as because it had been done after the dissolution of the marriage and, in any case, it left unaffected the other important powers granted to Mr. Karam (paras. 58-60).

B. *Court of Appeal of Quebec (2018 QCCA 320)*

[12] Writing for a unanimous court, St-Pierre J.A. allowed the appeal and declared that no value from the residence on Docteur-Penfield Avenue ought to be included in the family patrimony of Ms. Yared and Mr. Karam. In her view, in the absence of an intention to avoid the rules of the family patrimony, the contractual freedom of spouses who decide to reside in a property held in a trust for investment purposes ought to be respected (paras. 51-59 (CanLII)).

[13] In this regard, St-Pierre J.A. concluded that the trial judge committed various reviewable errors (para. 50). In her reasons, she focused on three issues: (1) the analogy with art. 317 *C.C.Q.*; (2) the application of existing rules governing both the family patrimony and the trust, including “rights which confer use” per art. 415 *C.C.Q.*; and (3) the determination that the value of these rights was equal to the value of the house.

[14] With regards to the “lifting of the trust veil” based on art. 317 *C.C.Q.*, St-Pierre J.A. expressed the view that this analogy was [TRANSLATION] “problematic, unsound and inappropriate” (at para. 74) and that the concept ought to be rejected from the outset (para. 75). In her view, the fact that a trust is not endowed with juridical personality and that it involves a relationship between different parties — the settlor, trustee and beneficiary — is a bar to the application, by analogy, of art. 317 *C.C.Q.* to a trust (paras. 71-73).

recevoir une partie des revenus ou du capital de la fiducie, ainsi que les parts de chacun (par. 44-47). À cet égard, le juge de première instance a également conclu que la renonciation ultérieure de M. Karam à sa faculté d’élire de nouveaux bénéficiaires en vertu de l’art. 4.2 de l’acte de fiducie n’était pas pertinente, puisqu’elle était invalide selon l’art. 1294 du *C.c.Q.*, et puisqu’elle avait eu lieu après la dissolution du mariage et puisque, de toute façon, elle n’avait aucune incidence sur les autres pouvoirs importants qui lui avaient été accordés (par. 58-60).

B. *Cour d’appel du Québec (2018 QCCA 320)*

[12] Dans un arrêt unanime, la juge St-Pierre a accueilli l’appel et déclaré qu’aucune valeur attribuable à la résidence de l’avenue du Docteur-Penfield ne devait être incluse dans le patrimoine familial de M<sup>me</sup> Yared et M. Karam. Selon elle, en l’absence d’une intention d’éluder les règles du patrimoine familial, il faut respecter la liberté contractuelle des époux qui décident d’habiter dans une résidence détenue par une fiducie à des fins d’investissement (par. 51-59 (CanLII)).

[13] À cet égard, la juge St-Pierre a conclu que le juge de première instance avait commis diverses erreurs susceptibles de révision (par. 50). Dans ses motifs, la juge a mis l’accent sur trois éléments : (1) l’analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.*; (2) l’application de règles existantes régissant le patrimoine familial et la fiducie, y compris la mention à l’art. 415 du *C.c.Q.* des « droits qui [. . .] confèrent l’usage »; et (3) la conclusion que la valeur de ces droits équivalait à la valeur de la résidence.

[14] En ce qui a trait à la « levée du voile fiduciaire » fondée sur l’art. 317 du *C.c.Q.*, la juge St-Pierre a indiqué que l’analogie était « problématique, boiteuse et non indiquée » (par. 74) et que ce concept devait être rejeté dès le départ (par. 75). Selon elle, le fait que les fiducies ne possèdent pas de personnalité juridique et qu’elles reposent sur l’interaction entre des parties différentes — le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire — empêche l’application, par analogie, de l’art. 317 du *C.c.Q.* à une fiducie (par. 71-73).

[15] Rather than relying on this analogy, St-Pierre J.A. held that the trial judge was required to apply existing rules governing the family patrimony and trusts. In her view, the value of a family residence held under a trust that is legally constituted should not be included in the family patrimony, unless it belonged to one of the spouses prior to the constitution of the trust. In this case, it is possible that the “rights which confer use” of the residence may be included in the family patrimony per art. 415 *C.C.Q.* when constitution of the trust had no impact on the living arrangements of the family (paras. 90-91). Furthermore, St-Pierre J.A. noted that arts. 421 and 422 *C.C.Q.* already allowed for corrective measures in the division of the family patrimony where there has been misappropriation or some other injustice (para. 92).

[16] On this basis, St-Pierre J.A. determined that the record did not provide a basis for the trial judge to conclude that Mr. Karam held “rights which confer use” of the residence, let alone that he was the sole holder of these rights (paras. 103-4). Although it was not necessary to dispose of the appeal, St-Pierre J.A. further held that the trial judge ruled beyond the conclusions sought in the application when he determined that the value of the rights of use was equal to the full value of the residence (para. 108).

### III. Analysis

#### A. *The Trust in Quebec Civil Law*

[17] The *Civil Code* defines a trust as a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right (art. 1261 *C.C.Q.*). The concept of a patrimony without a holder was introduced in Quebec law following the adoption of the *Civil Code*, in an effort to adapt the common law trust to the framework of civil law (see S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2nd ed. 2014) at pp. 26-28). In short, contrary to a common law trust, the trust in Quebec civil law does not result from the

[15] La juge St-Pierre a conclu que le juge de première instance, plutôt que de s’appuyer sur cette analogie, aurait dû appliquer les règles relatives au patrimoine familial et aux fiducies. Selon elle, la valeur d’une résidence familiale détenue par une fiducie légalement constituée ne devrait pas être incluse dans le patrimoine familial, à moins que cette résidence n’ait appartenu à l’un ou l’autre des époux avant la constitution de la fiducie. Dans ce cas, il est possible que les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » de la résidence soient inclus dans le patrimoine familial en application de l’art. 415 du *C.c.Q.*, si la constitution de la fiducie n’a eu aucune répercussion sur les arrangements de la famille quant à son lieu de résidence (par. 90-91). De plus, la juge St-Pierre a noté que les art. 421 et 422 du *C.c.Q.* permettaient déjà de prendre des mesures correctives au moment du partage du patrimoine familial en cas de détournement ou de toute autre injustice (par. 92).

[16] Pour ces motifs, la juge St-Pierre a conclu que la preuve ne comportait pas d’assise permettant au juge de première instance de conclure que M. Karam détenait des « droits qui [. . .] confèrent l’usage » de la résidence, et encore moins qu’il était l’unique titulaire de ces droits (par. 103-104). Même s’il n’était pas nécessaire qu’elle tranche la question pour disposer du pourvoi, la juge St-Pierre a également conclu que le juge de première instance s’était prononcé au-delà des conclusions recherchées dans la demande en jugeant que la valeur des droits d’usage équivalait à la totalité de la valeur de la résidence (par. 108).

### III. Analyse

#### A. *La fiducie en droit civil québécois*

[17] Le *Code civil* définit la fiducie comme étant un patrimoine d’affectation autonome et distinct de ceux du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d’entre eux n’a de droit réel (art. 1261 du *C.c.Q.*). Le concept de patrimoine sans titulaire a été introduit dans le droit québécois après l’adoption du *Code civil*, dans le but d’adapter le concept de fiducie de common law au système de droit civil (voir S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 26-28). Essentiellement, contrairement à une fiducie de common law, celle

division of ownership but rather from the transfer of property in a patrimony created for a particular purpose and not held by anyone. The transferred property is administered by the trustee for this purpose, yet neither the trustee, the beneficiary nor the settlor own what has been transferred into the trust patrimony.

[18] Upon the trust's creation, the trustee has control and exclusive administration of the patrimony (art. 1278 para. 1 *C.C.Q.*). He or she is charged with the full administration of the property held in the trust (art. 1278 para. 2 *C.C.Q.*). By virtue of this, the trustee is vested with extensive powers that he is required to use to secure appropriation of the patrimony, as defined by the trust deed (arts. 1260, 1278 and 1306 *C.C.Q.*). He may *inter alia* sell the property, charge it with a real right or change its destination in order to perform his obligations as administrator of the trust (art. 1307 *C.C.Q.*). Hence, although the trustee is not the owner of the property, his control over the trust patrimony is similar to ownership, as the Minister of Justice explained upon the adoption of art. 1261 *C.C.Q.*:

[TRANSLATION] Moreover, the property making up the trust patrimony is not property without an owner that can be appropriated by simple occupation, since the trustee has control and detention of it. Nor is the property liable to be paralyzed as a result of having no owner. The broad powers of the trustee, acting in that capacity, will in fact allow the trustee to ensure not only the preservation of the property, but also its free movement, as if he or she were its owner. These powers will also allow the trustee to perform any kind of act relating to the managed property, including exercising the rights attached to it.

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 750)

[19] If provided by the trust deed, the trustee may also have the power to appoint beneficiaries and determine what they receive from the trust (art. 1282 para. 1 *C.C.Q.*). This power of appointment is exercised as the trustee (or settlor) sees fits; however, he

de droit civil québécois ne découle pas d'un partage de la propriété d'un bien, mais plutôt du transfert de biens à un patrimoine créé à une fin particulière et dépourvu de titulaire. Les biens transférés sont administrés par le fiduciaire à cette fin. Pourtant, ni ce dernier, ni le bénéficiaire, ni le constituant ne sont propriétaires de ce qui a été transféré dans le patrimoine fiduciaire.

[18] À la création de la fiducie, le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine (art. 1278 al. 1 du *C.c.Q.*). Il est chargé de la pleine administration des biens en fiducie (art. 1278 al. 2 du *C.c.Q.*). De ce fait, le fiduciaire est investi de vastes pouvoirs qu'il doit utiliser afin de veiller à l'affectation du patrimoine, comme il est prévu dans l'acte de fiducie (art. 1260, 1278 et 1306 du *C.c.Q.*). Il peut notamment vendre les biens, les grever d'un droit réel ou en changer la destination pour exécuter ses obligations d'administrateur de la fiducie (art. 1307 du *C.c.Q.*). Ainsi, bien que le fiduciaire ne soit pas le propriétaire des biens, le contrôle qu'il exerce sur le patrimoine fiduciaire s'apparente à celui qu'autorise le droit de propriété, comme l'a expliqué le ministre de la Justice au moment de l'adoption de l'art. 1261 du *C.c.Q.* :

Par ailleurs, les biens composant le patrimoine fiduciaire ne sont pas des biens sans maître susceptibles d'être appropriés par simple occupation, puisque le fiduciaire en a la maîtrise et la détention. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'être paralysés du fait qu'il n'y a pas de propriétaire. Les pouvoirs étendus du fiduciaire agissant *ès qualités*, vont en effet lui permettre non seulement d'en assurer la conservation, mais aussi la libre circulation, comme s'il en était propriétaire. Ces pouvoirs lui permettent, d'ailleurs, d'accomplir toute espèce d'actes relatifs aux biens gérés, y compris l'exercice des droits qui leur sont rattachés.

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 750)

[19] Si l'acte de fiducie le prévoit, le fiduciaire peut également avoir la faculté d'élire des bénéficiaires et de déterminer la part qu'ils reçoivent de la fiducie (art. 1282 al. 1 du *C.c.Q.*). Le fiduciaire (ou le constituant) use de cette faculté d'élire comme il l'entend.

may not do so in a completely arbitrary manner or in a way that runs counter to purpose or stipulations of the trust deed (J. Beaulne, *Droit des fiducies* (3rd ed. 2015), at p. 229; *G.B. v. Si.B.*, 2015 QCCA 1223, at para. 53 (CanLII)). Furthermore, art. 1283 *C.C.Q.* provides that the person having the power to appoint the beneficiaries or determine their shares cannot exercise this power for his or her own benefit, which would normally preclude him from electing himself as a beneficiary (*Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184, at para. 88 (CanLII)). Authors are of the view that this limitation at art. 1283 *C.C.Q.* can however be set aside when a trustee having the power to appoint is himself a beneficiary under the trust deed (Beaulne, at pp. 229-30; D. Bruneau, “La fiducie et le droit civil” (1996), 18 *R.P.F.S.* 755, at p. 776; J. E. C. Brierley, “Powers of Appointment in Quebec Civil Law” (1992), 95 *R. du N.* 131, at p. 161-62).

#### B. *The Family Patrimony*

[20] Per art. 414 *C.C.Q.*, marriage results in the establishment of a family patrimony, which consists of property described in art. 415 *C.C.Q.* and owned by one or the other spouses. Upon dissolution of marriage, the value of this family patrimony is divided in equal shares between the spouses (art. 416 *C.C.Q.*), unless the court exercises the remedial power provided by art. 422 *C.C.Q.* to order unequal partition. As Baudouin J.A. explained in *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904, at p. 909, we must bear in mind that the family patrimony entails the creation, upon dissolution of marriage, of a personal claim against the other spouse rather than a competing right of ownership.

[21] Article 415 *C.C.Q.* provides that residences of the family owned by one of the spouses or the rights which confer use of them are included in the value of the family patrimony. As explained in the above section, neither a beneficiary nor a trustee owns the property held under a trust. In my view, the question before this Court is in what circumstances a family residence held under a trust can nonetheless be included in the value of the family patrimony on the basis of the “rights which confer use” within the

Il ne peut cependant pas l’exercer d’une façon totalement arbitraire ou d’une manière qui va à l’encontre de l’objet ou des stipulations de l’acte de fiducie (J. Beaulne, *Droit des fiducies* (3<sup>e</sup> éd. 2015), p. 229; *G.B. c. Si.B.*, 2015 QCCA 1223, par. 53 (CanLII)). De plus, l’art. 1283 du *C.c.Q.* prévoit que celui qui a la faculté d’élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part ne peut exercer cette faculté à son propre avantage, ce qui l’empêcherait normalement de se désigner lui-même bénéficiaire (*Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184, par. 88 (CanLII)). Selon certains auteurs, cette restriction prévue à l’art. 1283 du *C.c.Q.* peut toutefois être contournée lorsqu’un fiduciaire ayant ce pouvoir est lui-même bénéficiaire aux termes de l’acte de fiducie (Beaulne, p. 229-230; D. Bruneau, « La fiducie et le droit civil » (1996), 18 *R.P.F.S.* 755, p. 776; J. E. C. Brierley, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law » (1992), 95 *R. du N.* 131, p. 161-162).

#### B. *Patrimoine familial*

[20] Aux termes de l’art. 414 du *C.c.Q.*, le mariage emporte constitution d’un patrimoine familial formé des biens décrits à l’art. 415 du *C.c.Q.* appartenant à l’un ou l’autre des époux. En cas de dissolution du mariage, la valeur de ce patrimoine familial est divisée à parts égales entre les époux (art. 416 du *C.c.Q.*), à moins que le tribunal exerce le pouvoir de réparation prévu à l’art. 422 du *C.c.Q.* afin d’ordonner un partage inégal. Comme l’explique le juge Baudouin dans *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904, p. 909, nous devons garder à l’esprit que le patrimoine familial emporte la création, à la dissolution du mariage, d’un droit de créance personnel à l’encontre de l’autre époux plutôt qu’un droit de propriété concurrent.

[21] Selon l’art. 415 du *C.c.Q.*, les résidences de la famille dont l’un des époux est propriétaire ou les droits qui en confèrent l’usage sont inclus dans la valeur du patrimoine familial. Comme il est expliqué dans la section précédente, ni le bénéficiaire ni le fiduciaire n’est propriétaire des biens en fiducie. Selon moi, la question que la Cour est appelée à trancher est celle de savoir dans quelles circonstances une résidence familiale faisant partie du patrimoine d’une fiducie peut néanmoins être incluse dans la valeur du

meaning of art. 415 *C.C.Q.* Before turning to this matter, I find it necessary to restate two core principles of law on the family patrimony.

[22] The first relates to the approach that a court should take when interpreting and applying the rules relating to the family patrimony in ambiguous cases. As LeBel J. wrote for a unanimous court in *M.T. v. J.-Y.T.*, 2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781, at para. 16, the introduction of the family patrimony in Quebec family law is “consistent with a general trend in Canada to protect vulnerable spouses”. As a remedial set of rules that aims to foster economic equality between spouses, it should therefore be given a generous and liberal interpretation to favour the inclusion of property in the value to be partitioned between the spouses (*Droit de la famille — 112948*, 2011 QCCA 1744, [2011] R.J.Q. 1729, at para. 60; *Droit de la famille — 977*, at p. 909; *Droit de la famille — 172765*, 2017 QCCA 1844, at paras. 102-13 (CanLII)).

[23] This principle should guide our interpretation of art. 415 *C.C.Q.* and its application in this and similar cases, even if the record does not demonstrate that one of the spouses was in a position of economic vulnerability. Contrary to what counsel for Mr. Karam suggested in his oral submissions (transcript, at pp. 55-58), the fact that this case does not raise issues of inequality between spouses is immaterial for the resolution of the larger question raised by the appeal. Indeed, we should be careful not to adopt an interpretation of the rules governing the family patrimony that would create a breach in the protection guaranteed by the law to vulnerable spouses.

[24] The second principle relates to the public order character of the rules governing the family patrimony. The *Civil Code* is clear: spouses cannot contract out of these rules. Article 391 *C.C.Q.* provides that spouses cannot derogate from the provisions of chapter IV on the effect of marriage, which includes the provisions on the family patrimony.

patrimoine familial sur le fondement des « droits qui en confèrent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.* Toutefois, avant de me pencher sur cette question, je juge qu’il est nécessaire de rappeler deux principes fondamentaux du droit applicable en matière de patrimoine familial.

[22] Le premier principe concerne l’approche qu’un tribunal devrait adopter lorsqu’il interprète et applique les règles du patrimoine familial dans des cas ambigus. Comme l’a écrit le juge LeBel au par. 16 de l’arrêt unanime *M.T. c. J.-Y.T.*, 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781, l’introduction du patrimoine familial dans le droit de la famille québécois « s’inscrit dans un mouvement général de protection des conjoints vulnérables au Canada ». En tant qu’ensemble de règles correctives visant à promouvoir l’égalité économique entre les époux, elles devraient recevoir une interprétation généreuse et libérale de manière à favoriser l’inclusion des biens dans la valeur à partager entre les époux (*Droit de la famille — 112948*, 2011 QCCA 1744, [2011] R.J.Q. 1729, par. 60; *Droit de la famille — 977*, p. 909; *Droit de la famille — 172765*, 2017 QCCA 1844, par. 102-113 (CanLII)).

[23] Ce principe devrait guider notre interprétation de l’art. 415 du *C.c.Q.* ainsi que son application en l’espèce et dans des cas semblables, même si la preuve ne démontre pas que l’un des époux est vulnérable sur le plan économique. Contrairement à ce qu’a soutenu l’avocat de M. Karam dans ses observations orales (transcription, p. 55-58), le fait que la présente affaire ne soulève aucune question relativement à l’inégalité entre les époux est sans importance pour répondre à la question plus large soulevée par le pourvoi. En effet, nous devons veiller à ne pas adopter une interprétation des règles régissant le patrimoine familial pouvant porter atteinte à la protection que la loi garantit aux époux vulnérables.

[24] Le deuxième principe concerne le fait que les règles régissant le patrimoine familial sont d’ordre public. Le *Code civil* est clair : les époux ne peuvent s’y soustraire par contrat. Aux termes de l’art. 391 du *C.c.Q.*, les époux ne peuvent pas déroger aux dispositions du chapitre IV portant sur les effets du mariage, lesquelles comprennent les dispositions sur



Article 423 *C.C.Q.* further specifies that spouses may not renounce in advance, by contract of marriage or otherwise, their rights in the family patrimony, while allowing them to do so in certain circumstances, notably upon the dissolution of marriage, and under stringent conditions. On this basis, Quebec courts have consistently held that the rules of the family patrimony are of public order and cannot be avoided by spouses through various kinds of contractual arrangements (see, for example, *Droit de la famille — 977*, at p. 908; *Droit de la famille — 1463*, [1991] R.J.Q. 2514 (C.A.), at pp. 2516-17; *Droit de la famille — 121301*, 2012 QCCA 1018, at para. 46 (CanLII); *Droit de la famille — 162780*, 2016 QCCS 5562, at paras. 54-55 (CanLII)). This well-settled principle is not disputed by the parties. Rather, it is the scope and the effect of these public order rules that is at the heart of the debate.

[25] Mr. Karam correctly points out that the public order character of the rules governing the family patrimony does not eliminate the freedom of spouses to acquire, sell or choose never to own the property included in the family patrimony per art. 415 *C.C.Q.* (R.F., at paras. 23-29). Indeed, neither the constitution of the family patrimony nor its partition alters the rights of ownership held by each spouse in relation to their property. It follows that spouses generally remain free to manage and dispose of their property included in the family patrimony, keeping in mind that certain specific rules will nonetheless limit their freedom to do so (*Droit de la famille — 977*, at p. 908).

[26] As pointed out by Justice Côté, spouses are free to arrange their personal affairs as they see fit; they need not acquire property falling under the family patrimony provisions. Thus, as St-Pierre J.A. remarked, neither spouse is obligated to own the property enumerated in art. 415 *C.C.Q.* (para. 58). A married couple can lease rather than own their family residence or their car. It is trite that such living arrangements do not *per se* offend the public order rules of family patrimony. The question raised by this appeal is whether this logic extends to a family

le patrimoine familial. L'article 423 du *C.c.Q.* précise en outre que les époux ne peuvent pas renoncer à l'avance, par contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial, bien qu'une telle renonciation soit permise dans certaines circonstances, notamment à la dissolution du mariage, et sous réserve de conditions strictes. Sur ce fondement, les tribunaux québécois ont jugé de façon constante que les règles du patrimoine familial sont d'ordre public et qu'elles ne peuvent être éludées par les époux au moyen de divers types d'ententes contractuelles (voir, par exemple, *Droit de la famille — 977*, p. 908; *Droit de la famille — 1463*, [1991] R.J.Q. 2514 (C.A.), p. 2516-2517; *Droit de la famille — 121301*, 2012 QCCA 1018, par. 46 (CanLII); *Droit de la famille — 162780*, 2016 QCCS 5562, par. 54-55 (CanLII)). Les parties ne contestent pas ce principe bien établi. Ce sont plutôt la portée et l'effet de ces règles d'ordre public qui sont au cœur du litige.

[25] Avec raison, M. Karam souligne que si les règles régissant le patrimoine familial sont bien d'ordre public, cela n'élimine pas pour autant la liberté des époux d'acquérir ou de vendre les biens inclus dans le patrimoine familial aux termes de l'art. 415 du *C.c.Q.* ou de choisir de ne jamais en devenir propriétaire (m.i., par. 23-29). En effet, ni la constitution du patrimoine familial ni son partage ne modifient les droits de propriété de chaque époux relativement à ses biens. Par conséquent, les époux demeurent habituellement libres de gérer leurs biens inclus dans le patrimoine familial et d'en disposer, tout en gardant à l'esprit que certaines règles particulières limitent néanmoins leur liberté de le faire (*Droit de la famille — 977*, p. 908).

[26] Comme le note la juge Côté, les époux sont libres d'organiser leurs affaires personnelles comme bon leur semble; ils ne sont pas tenus d'acquérir des biens visés par les dispositions relatives au patrimoine familial. Ainsi, comme l'a souligné la juge St-Pierre, rien n'oblige les époux à posséder les biens énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.* (par. 58). Un couple marié peut louer plutôt qu'acheter sa résidence familiale ou sa voiture. Il est par ailleurs bien établi que de tels arrangements ne contreviennent pas en soi aux règles d'ordre public relatives au patrimoine familial.

residence acquired by way of a trust controlled by one or both spouses. Because the legislator included the “rights which confer use” of a family residence in addition to direct ownership, in my view it does not.

[27] Before discussing the “rights which confer use” per art. 415 *C.C.Q.*, I wish to make a few comments on the “lifting of the trust veil” by analogy with art. 317 *C.C.Q.*, since the trial judge and the Court of Appeal disagreed on the applicability of this notion. First, I agree with St-Pierre J.A. that the analogy with art. 317 *C.C.Q.* is, on its face, tenuous (para. 74). As she explains, this provision [TRANSLATION] “is intended to prevent a person from making improper use of a legal person, of which he or she is in fact the directing mind, in such a way as to interpose the existence of that legal person as a defence to try to avoid personal liability” (para. 69). But in Quebec law, trusts are not legal persons endowed with juridical personality. Rather, they are the result of a relationship among three actors — the settlor, trustee and beneficiary — who gravitate around a distinct and autonomous patrimony. It follows that, contrary to a corporation, there is in the case of a trust no veil to lift nor any mastermind hiding behind a distinct juridical personality. In this regard, I agree with the general proposition set out by St-Pierre J.A. that when the constitution of a trust conflicts with the operation of the family patrimony, the court should resolve the matter by relying on the rules pertaining to both of these institutions rather than by analogy with art. 317 *C.C.Q.* (paras. 50, 76 and 87).

[28] In the case of a family residence, issues arising from indirect ownership or de facto control of the property can, as I will explain in the section below, be resolved with the notion of “rights which confer use” set out in art. 415 *C.C.Q.* For this category of property, there is therefore no need to rely on

La question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si cette logique vaut également pour une résidence familiale acquise par l’intermédiaire d’une fiducie contrôlée par un des époux ou par les deux. Comme le législateur mentionne les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » d’une résidence familiale en plus de la propriété directe, j’estime qu’il faut répondre par la négative à cette question.

[27] Avant de traiter des « droits qui [. . .] confèrent l’usage » mentionnés à l’art. 415 du *C.c.Q.*, je tiens à formuler quelques remarques sur la « levée du voile fiduciaire » invoquée par analogie à l’art. 317 du *C.c.Q.*, puisque le juge de première instance et la Cour d’appel étaient en désaccord quant à l’applicabilité de cette notion. Tout d’abord, je suis d’accord avec la juge St-Pierre que l’analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.* est, à première vue, boiteuse (par. 74). Comme elle l’a expliqué, cette disposition « vise à empêcher qu’une personne utilise à mauvais escient la personne morale, dont elle est par ailleurs l’âme dirigeante, de manière à interposer l’existence de celle-ci comme moyen de défense pour tenter de se soustraire à sa responsabilité personnelle » (par. 69). Or, en droit québécois, les fiducies ne sont pas des personnes morales dotées de la personnalité juridique. Elles découlent plutôt d’une relation entre trois acteurs — le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire — qui gravitent autour d’un patrimoine d’affectation autonome et distinct. Ainsi, contrairement au cas où une société est en cause, dans le cas d’une fiducie, il n’y a aucun voile à lever ni aucun cerveau dirigeant caché derrière une personnalité juridique distincte. À cet égard, je souscris à la proposition générale énoncée par la juge St-Pierre selon laquelle lorsque la constitution d’une fiducie entre en conflit avec le fonctionnement du patrimoine familial, le tribunal devrait régler ce conflit en s’appuyant sur les règles relatives à ces deux institutions, plutôt qu’en procédant par analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.* (par. 50, 76 et 87).

[28] Dans le cas d’une résidence familiale, les questions découlant d’un droit de propriété indirecte ou de l’exercice d’un contrôle de fait sur le bien peuvent, comme je l’expliquerai ci-après, être réglées en s’appuyant sur la notion de « droits qui confèrent l’usage » énoncée à l’art. 415 du *C.c.Q.*

art. 317 *C.C.Q.* by analogy so as to order an equitable partition of the family patrimony.

[29] Also, more generally when property listed in art. 415 *C.C.Q.* is held in trust, arts. 421 and 422 *C.C.Q.* may allow the court to correct a potential inequity created by the operation of the trust. Again, it is not necessary to rely on an analogy with art. 317 *C.C.Q.* to reach an equitable result in these circumstances.

[30] If property listed at art. 415 *C.C.Q.* is transferred to a trust, the court can order a compensatory payment based on art. 421 *C.C.Q.*, provided that the transfer occurred within a year of various reference points (institution of proceedings for either divorce, separation from bed and board or annulment of marriage, or death) or earlier in the case of fraud or bad faith. This is the case because, as we have seen, property transferred to a trust is removed from the patrimony of the original owner and held in a distinct and autonomous patrimony. The property is therefore alienated within the meaning of art. 421 *C.C.Q.* and is thus subject to a compensatory payment. This would apply to furniture and family vehicles (as well as residences of the family) transferred to a trust.

[31] If such property is not transferred but rather acquired directly through a trust, the court cannot order a compensatory payment based on art. 421 *C.C.Q.* since there is strictly speaking no alienation. In such cases, art. 422 *C.C.Q.* would nonetheless allow the court to order an unequal partition in order to compensate for the loss of value in the family patrimony, provided that the operation amounts to an economic fault (*M.T. v. J.-Y.T.*, at para. 28). As I will explain below, what is often the most valuable items listed at art. 415 *C.C.Q.* — the residence(s) of the family — can be included in the family patrimony whether the residence is transferred into or acquired directly by the trust. Thus, in such cases, there will be sufficient value in the patrimony for an unequal partition to

Pour cette catégorie de biens, il n'est donc pas nécessaire de s'appuyer sur l'art. 317 du *C.c.Q.* par analogie pour ordonner un partage équitable du patrimoine familial.

[29] En outre, plus généralement, lorsque des biens énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.* sont détenus en fiducie, les art. 421 et 422 du *C.c.Q.* permettent au tribunal de corriger une possible injustice créée par le mécanisme de la fiducie. Encore une fois, il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur une analogie avec l'art. 317 du *C.c.Q.* pour arriver à un résultat équitable dans ces circonstances.

[30] Si des biens énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.* sont transférés à une fiducie, le tribunal peut ordonner un paiement compensatoire en application de l'art. 421 du *C.c.Q.*, pourvu que le transfert ait eu lieu dans l'année précédant divers points de référence (l'introduction d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en annulation de mariage, ou le décès de l'un des époux) ou, plus tôt, en cas de fraude ou de mauvaise foi. Il en est ainsi, car, comme nous l'avons vu, les biens transférés à une fiducie ne font plus partie du patrimoine du propriétaire initial et font partie d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct. Les biens ont donc été aliénés comme le prévoit l'art. 421 du *C.c.Q.* et peuvent donner lieu à un paiement compensatoire. Cette disposition s'appliquerait aux meubles et aux voitures familiales (ainsi qu'aux résidences de la famille) transférés à une fiducie.

[31] Si de tels biens ne sont pas transférés, mais sont plutôt acquis directement par l'intermédiaire d'une fiducie, le tribunal ne peut pas ordonner un paiement compensatoire en application de l'art. 421 du *C.c.Q.*, puisque, à proprement parler, il n'y a eu aucune aliénation. Dans de tels cas, l'art. 422 du *C.c.Q.* permettrait tout de même au tribunal d'ordonner un partage inégal pour compenser la perte de valeur dans le patrimoine familial, pourvu qu'il s'agisse d'une faute économique (*M.T. c. J.-Y.T.*, par. 28). Comme je l'expliquerai plus loin, les objets énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.* ayant souvent la plus grande valeur — soit la ou les résidences de la famille — peuvent être inclus dans le patrimoine familial, que la résidence soit transférée à la fiducie

constitute a meaningful remedy when furniture or family vehicles are acquired directly by a trust.

[32] As indicated above, the idea of a “lifting of the trust veil” as envisioned by analogy to art. 317 *C.C.Q.* ought to be rejected by this Court. However, this is not to say that the existence of a trust is a bar to the operation of the three remedies listed above — the rights which confer use, the compensatory payment and the unequal partition — in the context of property held in trust. In all three situations, the effects of the trust will be effectively “lifted” to enable the operation of the remedy. However, given that the analogy to art. 317 *C.C.Q.* is faulty, the Court should refrain from referring to the operation of these remedies as a “lifting of the trust veil”. The legal basis for considering the value of such property in an equitable partition of the family patrimony is not art. 317 *C.C.Q.* but rather the relevant provisions relating to the family patrimony.

C. *The Rights Which Confer Use per Article 415 C.C.Q.*

[33] By referring to the “rights which confer use” of a family residence at art. 415 *C.C.Q.*, the legislator intended to include in the family patrimony the type of living arrangement where spouses, without being owners in title, nonetheless are in control of the family residence. Although the legislative debates leading to the adoption of art. 462.2 of the *Civil Code of Québec (C.C.Q. (1980))* (which became art. 415 *C.C.Q.*) do not discuss the notion of rights which confer use, the context in which this provision was adopted suggests that the intention was to cover a broad range of situations beyond ownership. Indeed, the notion of rights which confer use of a family residence was debated on the same day in relation to another provision, art. 454 *C.C.Q. (1980)* (which became art. 406 *C.C.Q.*), which limits the faculty to alienate a family residence owned by one

ou directement acquise par celle-ci. Ainsi, dans de tels cas, la valeur du patrimoine sera suffisante pour qu’un partage inégal constitue une réparation adéquate lorsque les voitures familiales ou les meubles sont acquis directement par une fiducie.

[32] Comme je l’ai déjà indiqué, le concept de « levée du voile fiduciaire » envisagé par analogie à l’art. 317 du *C.c.Q.* doit être rejeté par la Cour. Cela ne signifie pas pour autant que l’existence d’une fiducie empêche d’appliquer les trois mesures de réparations mentionnées précédemment — soit la prise en compte des droits qui confèrent l’usage, le paiement compensatoire et le partage inégal — dans le contexte d’une résidence dont une fiducie est propriétaire. Dans les trois situations, les effets de la fiducie seront « levés » dans les faits pour permettre l’application de la mesure de réparation. Toutefois, comme l’analogie avec l’art. 317 du *C.c.Q.* est fautive, la Cour devrait s’abstenir de faire référence à l’application de ces mesures de redressement comme à une « levée du voile fiduciaire ». Le fondement juridique pour tenir compte de la valeur d’une telle résidence dans le contexte d’un partage équitable du patrimoine familial n’est pas l’art. 317 du *C.c.Q.*, mais bien les dispositions pertinentes relatives au patrimoine familial.

C. *Droits qui confèrent l’usage visés à l’art. 415 du C.c.Q.*

[33] En mentionnant les « droits qui [...] confèrent l’usage » d’une résidence familiale à l’art. 415 du *C.c.Q.*, le législateur a voulu inclure dans le patrimoine familial le type d’arrangement où les époux, sans être les propriétaires en titre, exercent néanmoins le contrôle sur la résidence familiale. Bien que les débats législatifs ayant mené à l’adoption de l’art. 462.2 du *Code civil du Québec* de 1980 (« *C.c.Q. (1980)* ») (devenu l’art. 415 du *C.c.Q.*) ne traitent pas du concept des droits qui confèrent l’usage, le contexte dans lequel cette disposition a été adoptée donne à penser que l’intention était de couvrir un large éventail de situations allant au-delà de la détention d’un droit propriété. En effet, le concept des droits qui confèrent l’usage d’une résidence familiale a bien fait l’objet d’un débat au cours de la journée où ont eu lieu les débats législatifs,

of the spouses. At the time, legislators were concerned by the fact that corporations were sometimes used to avoid these restrictions on the sale of a family residence. To counter this practice, the reference to the notion of “rights which confer use” was added to art. 454 *C.C.Q.* (1980) (now art. 406 *C.C.Q.*) to protect family residences indirectly owned through a corporation (as to the foregoing, see B. Lefebvre, “Les droits qui confèrent l’usage des résidences familiales: quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial” (2014), 116 *R. du N.* 389, at pp. 392-94; J.-P. Senécal, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du Projet de loi 146* (1989), at p. 38).

[34] Since the adoption of art. 462.2 *C.C.Q.* (1980) (now 415 *C.C.Q.*), Quebec courts have often relied on the “rights which confer use” to partition the value of family residences held through corporations controlled by one of the spouses. For example, in *D.L. v. L.G.*, 2006 QCCA 1125, at paras. 22-29 (CanLII), the Quebec Court of Appeal ruled that the value of a family farm that had been transferred to a corporation for fiscal reasons ought to be included in the partition of the family patrimony based on the rights of use. See also *Droit de la famille — 142245*, 2014 QCCA 1660, at paras. 13-14 (CanLII); *Droit de la famille — 1931*, [1994] R.J.Q. 378 (Sup. Ct.), at p. 381, aff’d [1996] R.D.F. 6 (C.A.); *Droit de la famille — 10174*, 2010 QCCS 312, at para. 48-52 (CanLII), aff’d *Droit de la famille — 102269*, 2010 QCCA 1586 (CanLII).

[35] Quebec courts have applied the same logic in the case of family residences held in trust. In *Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711, the Superior Court relied on the “rights which confer use” of art. 415 *C.C.Q.* to conclude that a family residence transferred to a trust controlled by both spouses was included in the family patrimony. In this case, the court ruled that as trustees, the spouses had conferred upon themselves an

mais relativement à une autre disposition, à savoir l’art. 454 du *C.c.Q.* (1980) (devenu l’art. 406 du *C.c.Q.*), qui limite la faculté d’aliéner une résidence familiale dont l’un des époux est propriétaire. À cette époque, les législateurs étaient préoccupés par le fait que l’on avait parfois recours à des sociétés pour se soustraire à ces restrictions relatives à la vente d’une résidence familiale. Pour contrer cette pratique, la référence à la notion de « droits qui [. . .] confèrent l’usage » a été ajoutée à l’art. 454 du *C.c.Q.* (1980) (devenu l’art. 406 du *C.c.Q.*) afin de protéger les résidences familiales détenues indirectement par l’intermédiaire d’une société (en ce qui concerne ce qui précède, voir B. Lefebvre, « Les droits qui confèrent l’usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial » (2014), 116 *R. du N.* 389, p. 392-394; J.-P. Senécal, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du Projet de loi 146* (1989), p. 38).

[34] Depuis l’adoption de l’art. 462.2 du *C.c.Q.* (1980) (devenu l’art. 415 du *C.c.Q.*), les tribunaux québécois se sont souvent appuyés sur les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » pour partager la valeur des résidences familiales détenues par l’intermédiaire de sociétés contrôlées par l’un des époux. Par exemple, dans l’arrêt *D.L. c. L.G.*, 2006 QCCA 1125, par. 22-29 (CanLII), la Cour d’appel du Québec a conclu que la valeur d’une ferme familiale qui avait été transférée à une société à des fins fiscales devait être prise en compte lors du partage du patrimoine familial en raison des droits d’usage. Voir aussi *Droit de la famille — 142245*, 2014 QCCA 1660, par. 13-14 (CanLII); *Droit de la famille — 1931*, [1994] R.J.Q. 378 (C.S.), p. 381, conf. par [1996] R.D.F. 6 (C.A.); *Droit de la famille — 10174*, 2010 QCCS 312, par. 48-52 (CanLII), conf. par *Droit de la famille — 102269*, 2010 QCCA 1586 (CanLII).

[35] Les tribunaux québécois ont appliqué la même logique dans le cas de résidences familiales détenues par une fiducie. Dans la décision *Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711, la Cour supérieure s’est appuyée sur les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » mentionnés à l’art. 415 du *C.c.Q.* pour conclure qu’une résidence familiale transférée à une fiducie contrôlée par les deux époux faisait partie du patrimoine familial. Dans cette affaire, la cour a



implicit and non-written right of use of the residence within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* (paras. 71, 81 and 100). See also *Droit de la famille — 10977*, 2010 QCCA 892, at para. 16 (CanLII); *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93 (Sup. Ct.), at p. 97, aff'd on this point 2000 CanLII 2002 (C.A.).

[36] In other instances, courts have determined that certain rights to use a residence were not captured by arts. 415 or 406 *C.C.Q.* This was so for a residence provided by an employer through an employment contract, even where the employee was a minority shareholder of the employer (*Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465 (Sup. Ct.); *J.-Y.H. v. C.B.*, 2005 CanLII 14832 (Que. Sup. Ct.), at para. 25). Similarly, courts usually do not include rights conferred by a lease agreement within art. 415 *C.C.Q.*, although the issue has been debated in doctrine and jurisprudence (*Droit de la famille — 171064*, 2017 QCCS 2076, at para. 176; *Droit de la famille — 2420*, [1996] R.D.F. 363 (Sup. Ct.)). In these cases, while the spouses had a right to use the family residence, they did not control it in any meaningful way.

[37] What may or may not constitute a “right which confers use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* is therefore dependent on the circumstances and will generally be determined in relation to the level of control exercised by either spouse with respect to the residence. As such, I agree with my colleague that simple occupation of a property not owned by the spouses will not automatically give rise to “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* However, given the purpose of the family patrimony and the rationale for including the “rights which confer use” in the text of art. 415 *C.C.Q.*, it is preferable to accord wide discretion to the trier of fact when making such a determination. Rather than providing a formal definition of the “rights which confer use”, I would make the following remarks in relation to the arguments raised in the present case.

jugé que, à titre de fiduciaires, les époux s'étaient implicitement conféré à eux-mêmes un droit d'usage non écrit de la résidence au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* (par. 71, 81 et 100). Voir aussi *Droit de la famille — 10977*, 2010 QCCA 892, par. 16 (CanLII); *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93 (C.S.), p. 97, conf. sur ce point par 2000 CanLII 2002 (C.A.).

[36] Dans d'autres cas, les tribunaux ont déterminé que certains droits qui confèrent l'usage d'une résidence n'étaient pas visés par les art. 415 ou 406 du *C.c.Q.* Cela a été le cas pour une résidence fournie par un employeur suivant un contrat de travail, même si l'employé était un actionnaire minoritaire de l'employeur (*Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465 (C.S.); *J.-Y.H. c. C.B.*, 2005 CanLII 14832 (C.S. Qc), par. 25). De même, les tribunaux considèrent habituellement que les droits conférés par un bail ne sont pas visés par l'art. 415 du *C.c.Q.*, même si la question a fait l'objet de débats dans la doctrine et la jurisprudence (*Droit de la famille — 171064*, 2017 QCCS 2076, par. 176; *Droit de la famille — 2420*, [1996] R.D.F. 363 (C.S.)). Dans ces affaires, bien que les époux avaient le droit d'utiliser la résidence familiale, ils n'exerçaient aucun véritable contrôle sur elle.

[37] Ce qui peut constituer ou non des « droits qui [. . .] confèrent l'usage » d'une résidence familiale au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* dépend donc des circonstances et sera généralement déterminé en fonction du niveau de contrôle exercé par l'un ou l'autre des époux à l'égard de la résidence en cause. Ainsi, je suis d'accord avec ma collègue pour dire que la simple occupation d'une résidence qui n'appartient pas aux époux ne donnera pas automatiquement lieu à des « droits qui [. . .] confèrent [un] usage » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Cependant, compte tenu de l'objectif du patrimoine familial et de la raison de l'inclusion des « droits qui [. . .] confèrent l'usage » dans le libellé de cette disposition, il est préférable d'accorder au juge des faits un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de rendre une telle décision. Plutôt que de proposer une définition formelle des « droits qui [. . .] confèrent l'usage », je formulerai les remarques suivantes concernant les arguments soulevés en l'espèce.

(1) Rights Which Confer Use Are Not Limited to Real Rights

[38] Mr. Karam argues that given the particular characteristics of patrimonies by appropriation, the rights which confer use under art. 415 *C.C.Q.* cannot be relied on to partition the value of a family residence held under a trust. In his view, art. 415 *C.C.Q.* refers to the right of use within the meaning of art. 1172 *C.C.Q.*, that is a dismemberment of the right of ownership by which one can temporarily use the property of another and take its fruits and revenues, to the extent of one's needs. Since art. 1261 *C.C.Q.* clearly establishes that neither the trustee, nor the settlor, nor the beneficiaries have any real right in the trust patrimony, it follows that a family residence held under a trust cannot fall within the scope of art. 415 *C.C.Q.* on the basis of the "rights which confer use" (R.F., at paras. 46 and 51-52). With respect, this narrow interpretation of art. 415 *C.C.Q.* cannot be accepted.

[39] First, it runs contrary to the approach the court should take in interpreting the rules of the family patrimony. Rather than fostering a broad application of the regime, requiring a proof of rights of use within the meaning of art. 1172 *C.C.Q.* (or any other dismemberments of the right of ownership) would significantly restrict the ability of a trial judge to order an equitable partition of the family patrimony in cases where one spouse, while not the owner in title of a residence, has the authority to exercise control over the other spouse's use of the residence. Moreover, such an interpretation of "rights which confer use" would have the effect of legitimizing the trust as a vehicle to avoid the application of art. 415 *C.C.Q.* to family residences, which is precisely the type of result the legislature sought to avoid with similar wording in art. 406 *C.C.Q.*

[40] Second, when read alongside art. 406 *C.C.Q.*, it is clear that the rights which confer use referred to in art. 415 *C.C.Q.* are not limited to dismemberments of the right of ownership. In art. 406 *C.C.Q.*, the first paragraph provides that holders of real rights of

(1) Les droits qui confèrent l'usage ne se limitent pas aux droits réels

[38] M. Karam fait valoir que, compte tenu des caractéristiques particulières des patrimoines d'affectation, les droits qui confèrent l'usage mentionnés à l'art. 415 du *C.c.Q.* ne peuvent être invoqués pour partager la valeur d'une résidence familiale détenue par une fiducie. Selon lui, l'art. 415 du *C.c.Q.* renvoie au droit d'usage au sens de l'art. 1172 du *C.c.Q.*, soit à un démembrement du droit de propriété qui permet à une personne de se servir temporairement du bien d'autrui et d'en percevoir les fruits et revenus, jusqu'à concurrence de ses besoins. Il ajoute que l'art. 1261 du *C.c.Q.* établit expressément que ni le fiduciaire, ni le constituant, ni les bénéficiaires n'ont de droit réel sur le patrimoine fiduciaire; une résidence familiale détenue par une fiducie ne saurait donc être visée par l'art. 415 du *C.c.Q.* du fait de la mention des « droits qui [. . .] confèrent l'usage » qui s'y trouve (m.i., par. 46 et 51-52). Avec égards, cette interprétation étroite de l'art. 415 du *C.c.Q.* ne peut être retenue.

[39] Premièrement, elle va à l'encontre de l'approche que le tribunal doit adopter pour interpréter les règles relatives au patrimoine familial. Plutôt que de favoriser une application large du régime, exiger la preuve de l'existence de droits d'usage au sens de l'art. 1172 du *C.c.Q.* (ou de tout autre démembrement du droit de propriété) restreindrait considérablement la capacité du juge des faits d'ordonner un partage équitable du patrimoine familial dans les cas où un époux, même s'il n'est pas propriétaire d'une résidence, détient le pouvoir de contrôler l'usage qu'en fait l'autre époux. De plus, une telle interprétation des « droits qui [. . .] confèrent l'usage » aurait pour effet de légitimer la fiducie comme moyen de soustraire les résidences familiales à l'application de l'art. 415 du *C.c.Q.*, ce qui est précisément le type de résultat que le législateur a cherché à éviter en utilisant un libellé semblable à l'art. 406 du *C.c.Q.*

[40] Deuxièmement, lorsqu'ils sont interprétés conjointement avec l'art. 406 du *C.c.Q.*, il est évident que les droits qui confèrent l'usage dont il est question à l'art. 415 du *C.c.Q.* ne se limitent pas aux démembrements du droit de propriété. Le premier

usufruct, emphyteusis or use are subject to arts. 404 and 405 *C.C.Q.*, which protect the family residence. In the second paragraph, the legislature specified that similar protection applies to other rights which confer use of the family residence, i.e. not the real rights listed in the previous paragraph:

**406.** The usufructuary, the emphyteuta and the user are subject to the rules of articles 404 and 405.

Neither spouse may, without the consent of the other, dispose of rights held by another title conferring use of the family residence.

[41] The interpretation of the “rights which confer use” at art. 415 *C.C.Q.* based on the text of art. 406 *C.C.Q.* is supported by doctrine and jurisprudence (see Senécal, at pp. 38-39; C. Labonté, “Le patrimoine familial”, in *Droit de la famille québécois* (loose-leaf), vol. 3, by J.-P. Senécal, at pp. 3/2282 to 3/2286; *Droit de la famille — 3511* (Sup. Ct.), at p. 96). I would add that it is consistent with the presumption that the same expression within a statute conveys the same meaning (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 353-54).

[42] The “rights which confer use” under art. 415 *C.C.Q.* are therefore not limited to rights of use within the meaning of art. 1172 *C.C.Q.* or other real rights listed at art. 1119 *C.C.Q.* It follows that family residences held in trust are not, in principle, outside the scope of art. 415 *C.C.Q.*

(2) Whether the Residence Is Acquired Directly or Transferred to a Trust Is Not Determinative

[43] While my colleague and St-Pierre J.A. share the view that the “rights which confer use” at art. 415 *C.C.Q.* can apply to a residence held in trust by one of the spouses, their reasons suggest that this would

alinéa de l’art. 406 du *C.c.Q.* prévoit que les titulaires des droits réels que constituent l’usufruit, l’emphytéose ou l’usage sont assujettis aux règles des art. 404 et 405 du *C.c.Q.* qui protègent la résidence familiale. Au deuxième alinéa, le législateur précise qu’une protection semblable s’applique à la résidence familiale dans le cas d’autres droits qui en confèrent l’usage, c.-à-d. les droits réels qui ne sont pas énumérés à l’alinéa précédent :

**406.** L’usufruitier, l’emphytéote et l’usager sont soumis aux règles des articles 404 et 405.

L’époux autrement titulaire de droits qui lui confèrent l’usage de la résidence familiale ne peut non plus en disposer sans le consentement de son conjoint.

[41] L’interprétation des « droits qui [. . .] confèrent l’usage » dont il est question à l’art. 415 du *C.c.Q.* en fonction du libellé de l’art. 406 du *C.c.Q.* trouve appui dans la doctrine et la jurisprudence (voir Senécal, p. 38-39; C. Labonté, « Le patrimoine familial », dans *Droit de la famille québécois* (feuilles mobiles), vol. 3, par J.-P. Senécal, p. 3/2282 à 3/2286; *Droit de la famille — 3511* (C.S.), p. 96). J’aimerais ajouter que cette interprétation est conforme à la présomption qu’une même expression utilisée dans une même loi revêt la même signification (P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *L’interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 353-354).

[42] Les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » dont il est question à l’art. 415 du *C.c.Q.* ne se limitent donc pas aux droits d’usage tel qu’ils sont décrits à l’art. 1172 du *C.c.Q.* ou aux autres droits réels énumérés à l’art. 1119 du *C.c.Q.* Par conséquent, les résidences familiales détenues par une fiducie ne sont pas, par principe, hors de la portée de l’art. 415 du *C.c.Q.*

(2) La question de savoir si la résidence est acquise directement ou transférée à une fiducie n’est pas déterminante

[43] Bien que ma collègue et la juge St-Pierre soient toutes deux d’avis que les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » visés à l’art. 415 du *C.c.Q.* peuvent s’appliquer à une résidence détenue par une fiducie contrôlée

be the case only when the residence is transferred to the trust, rather than acquired directly by it (C.A. reasons, at para. 91). Such an approach gives rise to the question: Why should the consequences of acquiring a family residence through a trust in order to avoid undesirable tax treatment be any different than transferring the property from the spouse's estate for the same purpose? With respect, I see no meaningful difference between these two situations.

[44] In most cases cited by the appellants on this particular issue, the family residence had been the property of the spouses prior to its transfer to either a trust or a corporation (*D.L.*; *Droit de la famille — 10174*; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501). In *D.L.*, the Court of Appeal insisted on the occupation of the residence prior to its transfer to show that, despite the lack of formal arrangement with the corporation that owned the residence, the couple enjoyed “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* (paras. 23-26).

[45] I agree that prior ownership and occupation of a family residence can be relevant to show that the spouses hold a right which confers use within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* This will be the case when, as in *D.L.*, the record shows that the transfer of the property to either a trust or a corporation had no impact on the living arrangements of the spouses, who continue to occupy the residence as if they were still the owners. However, prior ownership is not, as a matter of law, a necessary condition for a finding of “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* If the trial judge is satisfied, based on the evidence before him or her, that the spouses are in control of the residence, not merely by way of exercising control over the entitlement to the value of the assets but by controlling whom may benefit from the use of the property, it is open to him or her to include the value of the residence in the family patrimony based on art. 415 *C.C.Q.*, even when such residence was acquired directly by a trust or a corporation.

par un des époux, leurs motifs donnent à penser qu'il en serait ainsi seulement lorsque la résidence est transférée à la fiducie, et non lorsqu'elle est acquise directement par celle-ci (motifs de la C.A., par. 91). Une telle approche soulève la question suivante : pourquoi les conséquences de l'acquisition d'une résidence familiale par l'entremise d'une fiducie afin d'éviter un traitement fiscal indésirable devraient-elles être différentes de celles du transfert d'une telle résidence du patrimoine d'un conjoint dans le même but? Avec égards, je ne vois aucune différence significative entre ces deux situations.

[44] Dans la plupart des cas relevés par les appelants quant à cette question précise, la résidence familiale a appartenu aux époux avant son transfert à une fiducie ou à une société (*D.L.*; *Droit de la famille — 10174*; *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501). Dans l'arrêt *D.L.*, la Cour d'appel a insisté sur l'occupation de la résidence avant son transfert pour montrer que, malgré l'absence d'une entente formelle avec la société propriétaire de la résidence, le couple jouissait de « droits qui [. . .] confèrent l'usage » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* (par. 23-26).

[45] Je conviens que le droit de propriété antérieur et l'occupation d'une résidence familiale peuvent être pertinents pour démontrer que les époux détiennent un droit qui en confère l'usage visé par l'art. 415 du *C.c.Q.* Ce sera le cas lorsque, comme dans l'affaire *D.L.*, la preuve démontre que le transfert du bien à une fiducie ou à une société n'a eu aucune répercussion sur les arrangements de vie des époux, qui ont continué d'occuper la résidence comme s'ils en étaient encore les propriétaires. Cependant, le droit de propriété antérieur d'une résidence ne constitue pas, en droit, une condition nécessaire pour conclure à l'existence de « droits qui en confèrent l'usage » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Si le juge des faits est convaincu, compte tenu de la preuve dont il dispose, que les époux exercent un contrôle sur la résidence, non seulement en exerçant le contrôle sur le droit à la valeur des biens, mais en contrôlant qui peut bénéficier de l'usage de la propriété, il peut en inclure la valeur dans le patrimoine familial par application de l'art. 415 du *C.c.Q.*, et ce, même lorsque la résidence a été acquise directement par une fiducie ou par une société.

(3) The Absence of Intention to Avoid the Family Patrimony Is Irrelevant With Respect to the “Rights Which Confer Use” at Article 415 C.C.Q.

[46] Central to Mr. Karam’s submissions is the fact that the trust was set up for a legitimate objective and that at no time was he acting with the intention of avoiding the rules of the family patrimony. According to him, to include the value of the residence in the family patrimony in the absence of bad faith or fraudulent intention would be to transform unduly a rule of protective public order into a rule of directive public order (R.F., at para. 36). In my view, this reasoning is based on a misunderstanding of the difference between protective and directive public order rules and on the operation of such mandatory rules more generally.

[47] I would agree with Mr. Karam that the rules of the family patrimony are protective public order rules, in that they are imposed by the legislature to safeguard the interests of vulnerable parties and to insure a certain equity within the institution of marriage (C. Dubreuil and B. Lefebvre, “L’ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple” (1999), 40 *C. de D.* 345, at p. 351). However, it does not follow from this characterization that the operation of these rules will depend on the behavior, intention or good faith of the parties during their contractual relationship, as Mr. Karam suggests (R.F., at para. 32).

[48] In *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, at pp. 528-30, Justice L’Heureux-Dubé explained that the difference between protective and directive public order rules arises from the possibility, in the case of protective public order rules, to renounce the protection offered by the law once the right is acquired. This is consistent with art. 423 *C.C.Q.*, which provides that spouses can renounce their rights in the family patrimony only upon the death of the other spouse, the judgment of divorce, separation from bed and board or nullity of marriage. As the Court of Appeal recently stated, [TRANSLATION] “[t]he courts recognize that ‘any renunciation made otherwise than in the form prescribed by article 423 *C.C.Q.* is prohibited and contrary to public order’. Such a renunciation

(3) L’absence d’intention d’éluder les règles du patrimoine familial n’a pas d’incidence sur les « droits qui [. . .] confèrent l’usage » d’une résidence familiale visés à l’art. 415 du C.c.Q.

[46] Le fait que la fiducie ait été créée à des fins légitimes et qu’il n’a, en aucun temps, eu l’intention d’éluder les règles du patrimoine familial est un élément central des observations de M. Karam. Selon lui, inclure la valeur de la résidence dans le patrimoine familial en l’absence de mauvaise foi ou d’intention frauduleuse reviendrait à transformer indûment une règle d’ordre public de protection en une règle d’ordre public de direction (m.i., par. 36). À mon avis, ce raisonnement est fondé sur une incompréhension de la différence entre les règles d’ordre public de direction et celles de protection ainsi que, de manière plus générale, de l’application de ces règles impératives.

[47] Je conviens avec M. Karam que les règles du patrimoine familial sont des règles d’ordre public de protection, en ce qu’elles sont prescrites par le législateur pour protéger les intérêts des parties vulnérables et pour assurer une certaine équité au sein de l’institution du mariage (C. Dubreuil et B. Lefebvre, « L’ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple » (1999), 40 *C. de D.* 345, p. 351). Toutefois, cette qualification ne signifie pas que l’application de ces règles dépend du comportement, de l’intention ou de la bonne foi des parties pendant leur relation contractuelle, comme le laisse entendre M. Karam (m.i., par. 32).

[48] Dans l’arrêt *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, p. 528-530, la juge L’Heureux-Dubé a expliqué que la différence entre les règles d’ordre public de protection et les règles d’ordre public de direction réside dans la possibilité, dans le cas des règles d’ordre public de protection, de renoncer à la protection offerte par la loi une fois le droit acquis. Cette distinction s’accorde avec l’art. 423 du *C.c.Q.*, qui prévoit qu’un époux ne peut renoncer à ses droits dans le patrimoine familial qu’à compter du décès de son conjoint ou du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage. Comme l’a récemment indiqué la Cour d’appel, « [l]a jurisprudence reconnaît que “toute renonciation autrement que selon la forme prescrite à



‘must be clear, precise and explicit’. Moreover, a spouse may withdraw his or her renunciation as long as the court has not recorded it” (*Droit de la famille — 19582*, 2019 QCCA 647, at para. 24 (CanLII) (footnotes omitted); see also *Droit de la famille — 131166*, 2013 QCCS 2194, at paras. 70-76, aff’d *Droit de la famille — 1487*, 2014 QCCA 123, at paras. 60-62 (CanLII); *Droit de la famille — 112467*, 2011 QCCS 4229, at paras. 45-48 (CanLII), aff’d *Droit de la famille — 121301*, at paras. 44-48 (CanLII)).

[49] It does not follow, as Mr. Karam suggests, that spouses are free to organize their affairs in a way that displaces the mandatory rules imposed by the legislature, provided that they did not intend to avoid these rules or did not act in bad faith. If we were to include this subjective element as a requirement for the operation of mandatory rules, it would necessarily put the burden on the party claiming the protection of the law to demonstrate that the co-contracting party knew about this rule and was trying to evade it. This would run contrary to the purpose of protective public order rules. I am not aware of any authority, jurisprudential or doctrinal, suggesting that mandatory rules are triggered only by one’s intention to evade them.

[50] I therefore share the view of the trial judge when he writes that the [TRANSLATION] “question is thus not so much what the Defendant’s objective was in creating the trust, but rather whether the interposition of the trust patrimony would here have the *consequence* of avoiding the imperative family patrimony rules” (para. 55 (emphasis in original)). Having regard to the contrary opinion, this is also how we should understand the comment made by the Court of Appeal in *Droit de la famille — 13681*, at para. 31 (CanLII), where Fournier J.A. writes that [TRANSLATION] “[t]he creation of a trust must not have the consequence of avoiding the application of public order provisions, such as those pertaining to the family patrimony”. In this case, the spouses had transferred all their assets to two trusts constituted based on the advice of their accountant and their tax lawyer in an effort to protect their assets

l’article 423 *C.c.Q.* est interdite et contraire” à l’ordre public. Une telle renonciation “doit être claire, précise et explicite”. De plus, l’époux peut rétracter sa renonciation tant que le tribunal n’en a pas donné acte » (*Droit de la famille — 19582*, 2019 QCCA 647, par. 24 (CanLII) (notes en bas de page omises); voir aussi *Droit de la famille — 131166*, 2013 QCCS 2194, par. 70-76, conf. par *Droit de la famille — 1487*, 2014 QCCA 123, par. 60-62 (CanLII); *Droit de la famille — 112467*, 2011 QCCS 4229, par. 45-48 (CanLII), conf. par *Droit de la famille — 121301*, par. 44-48 (CanLII)).

[49] Cela ne veut pas dire pour autant, comme le prétend M. Karam, que les époux sont libres d’organiser leurs affaires de manière à écarter les règles obligatoires prescrites par le législateur, pourvu qu’ils n’aient pas eu l’intention d’éluder ces règles ou qu’ils n’aient pas agi de mauvaise foi. Si cet élément subjectif devait constituer une exigence pour l’application des règles obligatoires, il incomberait forcément à la partie qui demande la protection de la loi de démontrer que la partie cocontractante était au courant de cette règle et qu’elle cherchait à l’éluder. Une telle interprétation irait à l’encontre de l’objet des règles d’ordre public de protection. Je ne connais d’ailleurs aucun précédent jurisprudential ou doctrinal indiquant que les règles obligatoires ne s’appliquent que lorsqu’une personne tente de les éviter.

[50] Je partage donc le point de vue du juge de première instance lorsqu’il écrit que la « question n’est donc pas tant de savoir quel était l’objectif du Défendeur en créant la fiducie, mais plutôt de savoir si l’interposition du patrimoine fiduciaire aurait ici pour *conséquence* d’éviter les règles impératives du patrimoine familial » (par. 55 (en italique dans l’original)). Avec égard pour l’opinion contraire, nous devrions accorder la même signification à la remarque formulée par la Cour d’appel dans l’arrêt *Droit de la famille — 13681*, par. 31 (CanLII), lorsque le juge Fournier écrit que « [l]a constitution d’une fiducie ne doit pas avoir pour conséquence d’éviter l’application de dispositions d’ordre public telles que celles relatives au patrimoine familial ». Dans cette affaire, les époux avaient transféré la totalité de leurs actifs à deux fiducies constituées suivant les recommandations de leur comptable et de leur fiscaliste dans le but de protéger ces actifs et

and minimize their taxes (see *Droit de la famille — 121905*, 2012 QCCS 3977, at paras. 48, 54 and 71 (CanLII)). The remark of Fournier J.A. was made in that context and is not limited, as St-Pierre J.A. suggests, to spouses who deliberately attempt to avoid the rules of the family patrimony (C.A. reasons, at para. 81).

[51] In fact, in other cases where the courts have included in the family patrimony the value of a residence not directly owned by the spouses, the record did not show an intention to avoid these mandatory rules. In *D.L.*, the family residence had been transferred to a corporation controlled by the spouses for purely fiscal reasons and at no point did the Court of Appeal or the trial judge suggest that there was an attempt to avoid the operation of the family patrimony (paras. 23-26; *L.G. v. D.L.*, 2005 CanLII 22738 (Que. Sup. Ct.), at paras. 22-24 and 47). The same is true in *Droit de la famille — 133443*, 2013 QCCS 6099, where the trial judge applied *D.L.* to partition the value of a family residence held by a farmers' association. In this case, the record was clear that the association was created for fiscal purposes and to facilitate a transfer of property from a father to his son (paras. 28-31 (CanLII), aff'd *Droit de la famille — 142245*, at paras. 13-14). Again, at no point was intention, behavior or good faith relevant for the application of art. 415 *C.C.Q.*

[52] When applying art. 415 *C.C.Q.* to a family residence not directly owned by the spouses, the question is therefore relatively simple: Does the record support a finding of rights which confer use of the residence? If so, the fact that the spouses were pursuing a legitimate objective in organizing their affairs the way that they did is not a bar to inclusion of the residence in the partition of the family patrimony.

[53] This is not to say that the intention of the spouses is never relevant when applying art. 415 *C.C.Q.* to a family residence. In fact, the intention of the spouses is essential to characterize a property as a "residence of the family" within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* (see, for example, *J. (Y.) v. B. (M.)*, 1999 CanLII 10838

de réaliser des économies d'impôt (voir *Droit de la famille — 121905*, 2012 QCCS 3977, par. 48, 54 et 71 (CanLII)). La remarque du juge Fournier a été formulée dans ce contexte et ne se limite pas, comme le donne à penser la juge St-Pierre, aux époux qui tentent délibérément d'éviter les règles du patrimoine familial (motifs de la C.A., par. 81).

[51] En fait, dans d'autres affaires où les tribunaux ont inclus la valeur d'une résidence dont les époux n'étaient pas directement propriétaires dans le patrimoine familial, la preuve ne montrait pas une intention d'éviter ces règles obligatoires. Dans l'arrêt *D.L.*, la résidence familiale avait été transférée à une société contrôlée par les époux à des fins purement fiscales. La Cour d'appel et le juge de première instance n'ont jamais donné à penser que les époux avaient tenté d'éviter l'application des règles du patrimoine familial (par. 23-26; *L.G. c. D.L.*, 2005 CanLII 22738 (C.S. Qc), par. 22-24 et 47). Il en va de même dans la décision *Droit de la famille — 133443*, 2013 QCCS 6099, où la juge de première instance a appliqué l'arrêt *D.L.* pour partager la valeur d'une résidence familiale détenue par une société agricole. Dans cette affaire, la preuve démontrait clairement que la société avait été créée pour des raisons fiscales et pour faciliter le transfert d'un bien d'un père à son fils (par. 28-31 (CanLII), conf. par *Droit de la famille — 142245*, par. 13-14). Encore une fois, l'intention, le comportement ou la bonne foi n'étaient pas pertinents pour l'application de l'art. 415 du *C.c.Q.*

[52] Lorsque l'on applique l'art. 415 du *C.c.Q.* à une résidence familiale dont les époux ne sont pas directement propriétaires, la question à trancher est relativement simple : la preuve permet-elle de conclure à l'existence de droits qui en confèrent l'usage? Si tel est le cas, le fait que les époux avaient un objectif légitime pour organiser leurs affaires comme ils l'ont fait n'empêche pas l'inclusion de la résidence dans le partage du patrimoine familial.

[53] Il ne faut pas croire pour autant que l'intention des époux n'est jamais pertinente lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 415 du *C.c.Q.* à une résidence familiale. En fait, l'intention des époux est essentielle pour considérer un bien comme une « résidence[. . .] de la famille » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* (voir,

(Que. Sup. Ct.), at paras. 32-39, aff'd 2000 CanLII 10021 (C.A.), at paras 17-19). But in so far as the intention to use a property as a residence of the family has been established, art. 415 *C.C.Q.* does not require any further demonstration of intention.

#### D. *Application to This Case*

[54] Applying the principles stated above to the facts of this case, I find that the trial decision did not contain a reviewable error that justified the intervention of the Court of Appeal. While I agree with St-Pierre J.A. that the application of art. 317 *C.C.Q.* by analogy is not appropriate to dispose of the matter, the trial judge also anchored his decision in the “rights which confer use” of art. 415 *C.C.Q.* (paras. 39-40). Thus, insofar as the reference to art. 317 *C.C.Q.* was an error of law, this was of no consequence for the result.

[55] Furthermore, it was open to the trial judge to consider whether or not the circumstances of the case, and in particular the content of the trust deed, supported a finding of rights which conferred use of the family residence. As explained above, that the residence on Docteur-Penfield Avenue was acquired directly by the trust and partly for investment purposes is not a bar to a finding of rights which confer use. The main question remaining is whether the trial judge erred in his determination that Mr. Karam was the sole holder of rights which confer use of a family residence within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* Absent a finding of palpable and overriding error in this determination, the Court of Appeal could not intervene and substitute its own view.

#### (1) The Finding of Rights Which Confer Use

[56] In my view, the factual determinations of the trial judge were amply supported by the evidence.

par exemple, *J. (Y.) c. B. (M.)*, 1999 CanLII 10838 (C.S. Qc), par. 32-39, conf. par 2000 CanLII 10021 (C.A.), par. 17-19). Cependant, dans la mesure où il est établi que les époux avaient l'intention d'utiliser un bien à titre de résidence de la famille, l'art. 415 du *C.c.Q.* n'exige aucune autre manifestation de l'intention.

#### D. *Application à l'espèce*

[54] Je conclus de l'application des principes mentionnés précédemment aux faits de l'espèce que la décision de première instance ne contenait aucune erreur susceptible de révision justifiant l'intervention de la Cour d'appel. Bien que je sois d'accord avec la juge St-Pierre pour dire que l'application par analogie de l'art. 317 du *C.c.Q.* n'est pas appropriée pour trancher l'affaire, le juge de première instance a également fondé sa décision sur les « droits qui [...] confèrent l'usage » visés à l'art. 415 du *C.c.Q.* (par. 39-40). Par conséquent, même si la référence à l'art. 317 du *C.c.Q.* constituait une erreur de droit, celle-ci n'a eu aucune incidence sur le résultat.

[55] De plus, il était loisible au juge de première instance de se demander si les circonstances de l'espèce, et en particulier le contenu de l'acte de fiducie, permettaient ou non de conclure à l'existence de droits qui conféraient l'usage de la résidence familiale. Comme je l'ai déjà expliqué, le fait que la résidence sur l'avenue du Docteur-Penfield a été acquise directement par la fiducie, et en partie à des fins d'investissement, n'empêche pas de conclure à l'existence de droits qui conféraient l'usage. La principale question qu'il reste à trancher est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que M. Karam était l'unique titulaire de droits qui conféraient l'usage d'une résidence familiale au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* En l'absence d'une erreur manifeste et dominante relativement à cette conclusion, la Cour d'appel ne pouvait intervenir et substituer sa propre conclusion.

#### (1) Conclusion à l'existence de droits qui confèrent l'usage

[56] J'estime que les conclusions de fait tirées par le juge de première instance étaient amplement

The trial judge based his conclusions on the interpretation of the trust deed, and in particular the clauses relating to the power of Mr. Karam as a trustee and “appointer” of the trust. In his view, [TRANSLATION] “it is clear that the entire Trust Deed is structured so as to give the Defendant almost total control over the Trust and the property held by it. This emerges clearly from all of its provisions” (para. 51). More specifically, the trial judge relied on paras. 4.2 and 4.3 of the trust deed, which granted the following discretionary powers to Mr. Karam (paras. 45-47; A.R., vol. II, at pp. 117-19):

- Appoint new beneficiaries, including himself.
- Destitute any beneficiaries, including his children and wife.
- Determine how the revenues and capital of the trust would be distributed.

[57] The trial judge referred to other stipulations that reinforced his view that Mr. Karam was in full control of the trust, and by extension of the house acquired through it (paras. 49-50). He noted, *inter alia*, that para. 2.4 indicated the intention of the settlor to see the decisions of the appointer (Mr. Karam) respected by the beneficiaries and the other trustee, his mother. Furthermore, while my colleague is of the view that the sole purpose of the trust was to invest in the property for the benefit of the four children, it is clear that the family promptly moved in and used the property as a family residence, and that the trust gave Mr. Karam extensive powers over the property. I concede that certain stipulations of the trust deed listed by the trial judge are of questionable validity, more specifically art. 6, by which the trustee is under no obligation to maintain or increase the capital of the trust, or art. 8.10 by which the trustee can continue to perform his duty despite a conflict of interest. The validity of these stipulations was, however, not challenged before any court; they are immaterial, given the other aspects of the trust deed analyzed by the trial judge. It is not for this Court to speculate whether Mr. Karam’s powers as drafted would have sustained the scrutiny of the trial judge’s review had this issue been litigated. I see no basis to conclude

étayées par la preuve. Il les a fondées sur l’interprétation de l’acte de fiducie, et plus particulièrement sur les dispositions relatives au pouvoir de M. Karam à titre de fiduciaire et d’« électeur » de la fiducie. Selon lui, « il est clair que tout l’Acte de fiducie est structuré de manière à conférer au Défendeur un contrôle quasi total sur la Fiducie et sur les biens détenus par celle-ci. Cela ressort clairement de l’ensemble de ses dispositions » (par. 51). Plus précisément, le juge de première instance a invoqué les art. 4.2 et 4.3 de l’acte de fiducie, lesquels accordaient à M. Karam les pouvoirs discrétionnaires suivants (par. 45-47; d. a., vol. II, p. 117-119) :

- Élire de nouveaux bénéficiaires, y compris lui-même.
- Destituer tout bénéficiaire, y compris ses enfants et son épouse.
- Déterminer comment les revenus et le capital de la fiducie seraient distribués.

[57] Le juge de première instance a fait référence à d’autres dispositions qui renforçaient son opinion selon laquelle la fiducie et, par extension, la maison acquise par son intermédiaire étaient entièrement contrôlées par M. Karam (par. 49-50). Il a entre autres souligné que, selon l’art. 2.4, l’intention du constituant était de faire en sorte que les décisions de l’électeur (M. Karam) soient respectées par les bénéficiaires et par l’autre fiduciaire, la mère de M. Karam. En outre, bien que ma collègue soit d’avis que la fiducie n’a été créée qu’à des fins d’investissement dans la propriété au bénéfice des quatre enfants, il est clair que la famille y a rapidement emménagé et l’a utilisée comme résidence familiale, et que la fiducie conférait à M. Karam des pouvoirs étendus à l’égard de la propriété. Je conviens que la validité de certaines des dispositions de l’acte de fiducie énumérées par le juge de première instance est douteuse, plus particulièrement l’art. 6, selon lequel le fiduciaire n’est aucunement tenu de maintenir ou d’accroître le capital de la fiducie, ou l’art. 8.10, qui prévoit que le fiduciaire peut continuer d’exercer sa fonction, même s’il se trouve en conflit d’intérêts. Cependant, aucune partie n’a contesté la validité de ces clauses devant un tribunal. Elles ne sont en outre pas pertinentes, étant donné les autres aspects de

that the trial judge committed a palpable and overriding error in determining that Mr. Karam possessed “rights which confer use” within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* and was in full control of the residence, not only as to its use, but also as to entitlement to the value of the property.

[58] St-Pierre J.A.’s understanding of the record is diametrically opposed to this. In her view, there was no evidence on the record to prove either the existence of rights which conferred use or that Mr. Karam was the sole holder of these rights. In her view, the evidence before the trial judge regarding the relationship between the trust and the spouses was limited to the following elements (para. 98):

- The trust was constituted by both spouses for a common purpose to which they had freely consented.
- The trust deed reflected the intention of the spouses who had received professional advice on the matter.
- The property on Docteur-Penfield Avenue was acquired by the trust as an investment.
- This property was eventually occupied by the spouses and their children, but the record says no more on this.

[59] If we set aside the interpretation of the trust deed for a moment, the view by St-Pierre J.A. that the record did not contain any proof of rights which confer use is somewhat surprising. Who else, if not Mr. Karam and his family, would have had a right to use this property? The reality is that the occupation of the residence on Docteur-Penfield Avenue by Mr. Karam and his family was neither illegal, nor based on the tolerance of a third party nor precarious

l’acte de fiducie sur lesquels a porté l’analyse du juge de première instance. Il n’appartient pas à la Cour de spéculer quant à la question de savoir si les pouvoirs de M. Karam, tels qu’ils sont énoncés, auraient passé le test d’un examen par le juge du procès si elle avait été débattue. Je ne vois par ailleurs aucune raison de conclure que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que M. Karam détenait des « droits qui [. . .] confér[ai]ent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.* et qu’il avait le plein contrôle de la résidence, non seulement quant à son usage, mais également quant au droit à la valeur de la propriété.

[58] La compréhension qu’a eue la juge St-Pierre du dossier est diamétralement opposée. Selon elle, aucune preuve au dossier ne démontrait l’existence de droits qui conféraient l’usage de la résidence ou le fait que M. Karam était l’unique titulaire de ces droits. À son avis, la preuve dont disposait le juge de première instance quant à la relation entre la fiducie et les époux se limitait aux éléments suivants (par. 98) :

- La constitution de la fiducie était le résultat d’une démarche conjointe des époux afin de réaliser un objectif commun à l’égard duquel chacun avait donné un consentement libre et éclairé.
- Le contenu de l’acte de fiducie reflétait l’intention des époux, qui avaient reçu des conseils professionnels en ces matières.
- La résidence de l’avenue du Docteur-Penfield avait été acquise par la fiducie à titre d’investissement.
- Cette résidence avait finalement été occupée par les époux et leurs enfants, mais sans que la preuve en révèle davantage.

[59] Si nous mettons de côté pendant un instant l’interprétation de l’acte de fiducie, l’opinion de la juge St-Pierre voulant que le dossier ne contienne aucune preuve de l’existence de droits qui confèrent l’usage de la résidence est quelque peu surprenante. Qui d’autre, si ce n’est M. Karam et sa famille, aurait eu un droit d’usage à l’égard de cette résidence? En réalité, l’occupation de la résidence sur l’avenue du Docteur-Penfield par M. Karam et sa famille n’était



in any other way. The record is clear, and the trial judge so found, that their occupation of the house was legitimate and firmly grounded in the rights that resulted from a trust that Mr. Karam controlled entirely. In fact, according to Mr. Karam himself, the acquisition of a residence for the family was precisely what they intended when they constituted the trust (A.R., vol. II, at pp. 66 and 82-84). In this context, it was entirely reasonable for the trial judge to infer that the trust controlled by Mr. Karam granted rights which conferred use of the residence within the meaning of art. 415 *C.C.Q.*

[60] In short, it was in fact their residence and they could stay there as long as Mr. Karam, who was in full control of the trust, saw this arrangement as a good way to manage the assets of the family. Therefore, I cannot subscribe to the views of St-Pierre J.C.A. when she writes that [TRANSLATION] “[t]he evidence adduced provides no basis for affirming the existence of such ‘rights which confer use of [it]’ on a balance of probabilities” (para. 104). The record as a whole amply supports the trial judge’s findings and conclusion.

[61] As for the determination of the trial judge that Mr. Karam was the sole holder of these rights, this resulted from his interpretation of the trust deed and more specifically of the extended powers of appointer granted to Mr. Karam. Again, I see no reviewable error. The fact that Ms. Yared and her children were beneficiaries of the trust does not change this as there was no assurance, under the trust deed, that they would receive anything at all or even remain beneficiaries of the trust. The status of the beneficiaries was precarious. Once again, it depended on the exercise of Mr. Karam’s discretionary powers. While my colleague seems assured that the rights of Ms. Yared and her children would have been protected had Mr. Karam decided to remove them and/or name himself as beneficiary, this was not part of the pleadings before us nor before the courts below. I will refrain from speculating as to what might have been.

ni illégale, ni fonction de la tolérance d’un tiers, ni par ailleurs précaire. Il ressort clairement du dossier, et le juge de première instance l’a reconnu, qu’ils occupaient la maison en toute légitimité en vertu de droits qui leur étaient clairement conférés par une fiducie dont M. Karam avait totalement le contrôle. En fait, selon M. Karam lui-même, ils ont constitué la fiducie avec l’intention précise de faire l’acquisition d’une résidence familiale (d. a., vol. II, p. 66 et 82-84). Dans ce contexte, il était tout à fait raisonnable que le juge de première instance déduise que la fiducie contrôlée par M. Karam lui accordait des droits qui conféraient l’usage de la résidence au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*

[60] Bref, c’était en fait leur résidence, et ils pouvaient y rester aussi longtemps que M. Karam, qui avait le contrôle total de la fiducie, considérait cet arrangement comme une bonne manière de gérer les actifs de la famille. Par conséquent, je ne peux souscrire au point de vue de la juge St-Pierre lorsqu’elle écrit que « [I]a preuve administrée ne comporte pas d’assises permettant d’affirmer par prépondérance des probabilités l’existence de tels “droits qui en confèrent l’usage” » (par. 104). Dans son ensemble, le dossier appuie amplement les conclusions et la décision du juge de première instance.

[61] La conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Karam était l’unique titulaire de ces droits a découlé pour sa part de son interprétation de l’acte de fiducie et, plus précisément, des vastes pouvoirs accordés à M. Karam à titre d’électeur. Encore une fois, je ne vois aucune erreur susceptible de révision. Le fait que M<sup>me</sup> Yared et ses enfants étaient les bénéficiaires de la fiducie n’y change rien, car l’acte de fiducie ne garantissait pas qu’ils recevraient quelque chose ou même qu’ils conserveraient leur statut de bénéficiaires de la fiducie. Ce statut était précaire. Encore là, il dépendait de l’exercice des pouvoirs discrétionnaires de M. Karam. Même si ma collègue semble convaincue que les droits de M<sup>me</sup> Yared et de ses enfants auraient été protégés si M. Karam avait décidé de leur retirer leur statut ou de se nommer lui-même bénéficiaire, cette question n’a été plaidée ni devant nous ni devant les cours d’instances inférieures. Je vais donc m’abstenir de spéculer sur ce qui aurait pu arriver.

(2) Mr. Karam’s Renunciation to His Powers as Appointer

[62] According to the Court of Appeal, the trial judge erred by failing to consider that Mr. Karam never used his powers of appointer to the beneficiaries’ detriment and later renounced those powers (para. 100). Without discussing the arguments raised by the trial judge in relation to Mr. Karam’s renunciation, St-Pierre J.A. then proceeded in her conclusions to confirm this modification of the trust deed (para. 111). At the hearing in this Court, both parties agreed that at no point had the Court of Appeal been asked to confirm the validity of the [TRANSLATION] “Act of Renunciation” of July 12, 2016 (transcript, at pp. 20-21 and 81).

[63] As the trial judge noted, the renunciation by Mr. Karam of his powers as appointer amounted to a modification of the constituting act of the trust. According to art. 1294 and 1295 *C.C.Q.*, this can be done only by a court after notice is given to the interested parties, including the settlor, the trustees and the beneficiaries, except in certain narrow circumstances that do not apply here (para. 58). In my view, it was not open to the Court of Appeal to modify the trust deed according to the [TRANSLATION] “Act of Renunciation”, given that neither party had asked the courts below to do so and given that the conditions provided in art. 1295 *C.C.Q.* were not met. Thus, the trial judge did not err when he attached no significance to Mr. Karam’s renunciation of his powers as appointer in his interpretation of the trust deed.

(3) The Valuation of the Rights Which Confer Use

[64] The Court of Appeal also held that the trial judge could not declare that the value of the rights which confer use was equal to the full value of the residence, since this question was not before him (paras. 108-9). On this, I am persuaded by the appellants that given the nature of the problem before

(2) Renonciation par M. Karam à ses pouvoirs à titre d’électeur

[62] Selon la Cour d’appel, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que M. Karam n’a jamais usé de ses pouvoirs d’électeur au détriment des bénéficiaires et qu’il a ensuite renoncé à ces pouvoirs (par. 100). Sans analyser les arguments avancés par le juge de première instance relativement à la renonciation de M. Karam, la juge St-Pierre a ensuite confirmé dans ses conclusions cette modification apportée à l’acte de fiducie (par. 111). À l’audience devant la Cour, les deux parties ont convenu que personne n’a jamais demandé à la Cour d’appel de confirmer la validité de l’« acte de renonciation » du 12 juillet 2016 (transcription, p. 20-21 et 81).

[63] Comme l’a souligné le juge de première instance, la renonciation de M. Karam à ses pouvoirs à titre d’électeur représentait une modification de l’acte constitutif de la fiducie. Selon les art. 1294 et 1295 du *C.c.Q.*, une telle modification ne peut être apportée que par le tribunal, après qu’un avis a été donné aux parties intéressées, y compris le constituant, les fiduciaires et les bénéficiaires, sauf dans certaines circonstances bien précises qui ne s’appliquent pas en l’espèce (par. 58). J’estime que la Cour d’appel n’était pas habilitée à modifier l’acte de fiducie conformément à l’« acte de renonciation », puisqu’aucune des parties n’avait demandé aux tribunaux d’instances inférieures de le faire et puisqu’il n’était pas satisfait aux conditions énoncées à l’art. 1295 du *C.c.Q.* Ainsi, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur lorsque, dans son interprétation de l’acte de fiducie, il n’a pas accordé d’importance à la renonciation de M. Karam à ses pouvoirs à titre d’électeur.

(3) Évaluation des droits qui confèrent l’usage

[64] La Cour d’appel a également conclu que le juge de première instance ne pouvait pas déclarer que la valeur des droits qui confèrent l’usage équivalait à la totalité de la valeur de la résidence, puisqu’il n’avait pas été saisi de cette question (par. 108-109). À cet égard, je suis convaincu par l’argument des

him, it was well within the jurisdiction of the trial judge to slightly modify the declaration sought in the application in order to properly dispose of the issue (A.F., at paras. 131-34). In the context of an application for declaratory judgement, this does not amount to ruling *ultra petita* (*Poulin v. Dumas*, 2014 QCCA 676, at para. 3 (CanLII)). Of course, this reasoning does not apply to the question raised in the above section on Mr. Karam's renunciation. The exercise of the power granted by art. 1294 *C.C.Q.* to modify an act constituting a trust is beyond the authority of a court if it is not expressly asked to do so by one of the parties.

[65] We should also remember that the parties are waiting for a definitive answer on the current issue in order to decide how they will conduct a parallel litigation on the validity of Ms. Yared's will. If the trial judge had failed to declare how the value of these rights which confer use was to be determined, the value of Ms. Yared's estate would remain impossible to estimate and the parties would perhaps have had to seek another declaratory judgement on this narrow issue. Since the trial judge had all the evidence he needed to determine how the rights which confer use ought to be valued, it was justified for him to make a declaration to this effect. Based on the jurisprudence on this issue and on the circumstances of this case, it was also open to the trial judge to conclude that the rights which confer use were equal to the full value of the residence (*Droit de la famille — 142245*, at paras. 13-14; *Droit de la famille — 10174*, at para. 52). I see no basis for appellate intervention on this question.

(4) The Fairness of the Result for Mr. Karam

[66] As a final point, I wish to address the issue of fairness that was raised by the respondent and by the Court of Appeal. As they both point out, if we determine that the full value of the residence is to be included in the family patrimony, it could follow

appelants qui soutiennent que, compte tenu de la nature du problème qui lui était soumis, le juge de première instance avait la compétence requise pour modifier légèrement le jugement déclaratoire sollicité de manière à statuer convenablement sur la question en litige (m.a., par. 131-134). Dans le contexte d'une demande de jugement déclaratoire, une telle modification ne revient pas à statuer *ultra petita* (*Poulin c. Dumas*, 2014 QCCA 676, par. 3 (CanLII)). Bien entendu, ce raisonnement ne s'applique pas à la question soulevée au paragraphe précédent concernant la renonciation de M. Karam. L'exercice du pouvoir accordé par l'art. 1294 du *C.c.Q.* permettant de modifier un acte constituant une fiducie outrepassa la compétence d'un tribunal si aucune des parties ne demande expressément au tribunal de le faire.

[65] Rappelons-nous également que les parties attendent une réponse définitive à la question en litige afin de décider de la manière dont ils procéderont dans le cadre d'une instance parallèle concernant la validité du testament de M<sup>me</sup> Yared. Si le juge de première instance n'avait pas déterminé la façon dont la valeur des droits qui confèrent l'usage de la résidence devait être évaluée, il serait toujours impossible d'estimer la valeur de la succession de M<sup>me</sup> Yared, et les parties auraient peut-être été obligées de solliciter un autre jugement déclaratoire sur cette question précise. Comme le juge de première instance disposait de tous les éléments de preuve dont il avait besoin pour déterminer comment évaluer les droits qui confèrent l'usage de la résidence, il était légitime qu'il se prononce à cet égard. Selon la jurisprudence sur cette question et les circonstances de l'espèce, le juge de première instance pouvait aussi conclure que la valeur des droits qui confèrent l'usage équivalait à la totalité de la valeur de la résidence (*Droit de la famille — 142245*, par. 13-14; *Droit de la famille — 10174*, par. 52). Je ne vois aucune raison d'intervenir en appel sur cette question.

(4) Caractère équitable du résultat pour M. Karam

[66] En dernier lieu, j'aimerais me pencher sur la question de l'équité qui a été soulevée par l'intimé et par la Cour d'appel. Comme tous deux l'ont souligné, si nous concluons que la totalité de la valeur de la résidence doit être incluse dans le patrimoine

that the children of Mr. Karam, theoretically, could inherit half of that value while remaining the sole beneficiaries of the trust (C.A. reasons, at para. 101; R.F., at paras. 119-20). In such a way, they could claim 150 percent of the value of the residence, while Mr. Karam would end up with nothing other than a large debt. That result would indeed be unfair for Mr. Karam.

[67] This eventuality, however, is premised on the assumption that Mr. Karam would be unable to exercise his powers as trustee and appointer to dispose of the property in order to pay the debt that would result from the partition of the family patrimony and recuperate the other half of that value. This was briefly discussed during the hearing, but I would note that the validity of the trust deed, the powers of Mr. Karam or his faculty to exercise those powers was not addressed fully before any court. In the end, I am of the view that, should Mr. Karam and his children find themselves unable to reach a common solution that is equitable and respectful of the rights of each other, the courts will be able to avoid the unfair result noted above, notably by using the power granted by art. 1294 *C.C.Q.*, to modify the trust deed.

[68] My colleague, in her reasons at paras. 132-38, has taken issue with the foregoing. In my colleague's view, art. 1294 *C.C.Q.* cannot be relied on by Mr. Karam to avoid the possibility of being obliged to transfer half the value of the property to Ms. Yared's estate, while also being liable to the beneficiaries for the property. In the end, this is a matter for the Superior Court to deal with should Mr. Karam bring an application before it. I leave it to that court to dispose of it properly under the *Civil Code*.

[69] What is relevant to a proper disposition of the matter before this Court is that the point made by my colleague focuses on what is an ancillary question. The issue in this appeal is whether Ms. Yared (or her estate) is entitled to a half interest in the property by virtue of the division of the family patrimony. That

familial, il pourrait s'ensuivre que les enfants de M. Karam, en théorie, héritent de la moitié de cette valeur tout en demeurant les seuls bénéficiaires de la fiducie (motifs de la C.A., par. 101; m.i., par. 119-120). De cette manière, ils pourraient réclamer 150 p. 100 de la valeur de la résidence, alors que M. Karam ne se retrouverait avec rien d'autre qu'une dette substantielle. Ce résultat serait effectivement injuste pour M. Karam.

[67] Une telle éventualité repose toutefois sur l'hypothèse selon laquelle M. Karam ne pourrait pas exercer ses pouvoirs à titre de fiduciaire et d'électeur lui permettant de disposer de la résidence afin de payer la dette qui découlerait du partage du patrimoine familial et de récupérer l'autre moitié de la valeur de la résidence. Une telle situation a fait l'objet d'une brève discussion pendant l'audience, mais j'aimerais souligner qu'aucun tribunal n'a examiné en profondeur la validité de l'acte de fiducie, les pouvoirs de M. Karam ou sa faculté d'exercer ces pouvoirs. En définitive, je suis d'avis que si M. Karam et ses enfants ne réussissent pas à trouver une solution commune qui est équitable et respectueuse des droits de chacun, les tribunaux seront en mesure d'éviter le résultat injuste décrit précédemment, notamment en utilisant le pouvoir que leur confère l'art. 1294 du *C.c.Q.* de modifier l'acte de fiducie.

[68] Aux paragraphes 132-138 de ses motifs, ma collègue conteste ce qui précède. Selon elle, M. Karam ne peut se fonder sur l'art. 1294 du *C.c.Q.* pour éviter la possibilité qu'il soit obligé de transférer la moitié de la valeur de la propriété à la succession de M<sup>me</sup> Yared, tout en étant responsable de la propriété envers les bénéficiaires. En définitive, il appartiendra à la Cour supérieure de statuer sur cette question si M. Karam y présente une demande à ce sujet. Je laisse donc le soin à cette cour de trancher correctement la question suivant les règles prévues au *Code civil*.

[69] Ce qui est pertinent pour trancher correctement la question dont la Cour est saisie, c'est que l'argument de ma collègue porte sur une question accessoire. Il s'agit en l'espèce de savoir si M<sup>me</sup> Yared (ou sa succession) a droit à la moitié de la valeur de la propriété en conséquence du partage du patrimoine

does not depend on the operation of art. 1294 *C.C.Q.*. Rather it turns on art. 415 *C.C.Q.*, which is a *rule of public order* under the *Civil Code*. A rule of public order cannot be undermined or denied based on a point of the nature made by my colleague.

[70] Taken to its logical conclusion, my colleague’s reasoning at para. 137 would seem to suggest that because it is awkward for Mr. Karam to unwind the arrangement by which Ms. Yared would be cut out of the family patrimony, one should therefore give effect to the arrangement that would cut out Ms. Yared (in this instance her estate) from her share of the family patrimony. That is not how my colleague puts it, but that is the implication of her position.

[71] I would recall the wording of art. 9 *C.C.Q.*: “In the exercise of civil rights, derogations may be made from those rules of this Code which supplement intention, but not from those of public order.” What is at issue here is whether such derogation is to be given effect. I would say no. In my view Ms. Yared’s right to a share of the family patrimony cannot be denied by the use of a trust, essentially for the same reasons that it could not be denied by the interposition of a corporation. Neither of these devices should be allowed to circumvent a rule of public order, in this case the division of the family patrimony between husband and wife.

#### IV. Conclusion

[72] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court with costs to the appellants throughout.

The reasons of Côté and Karakatsanis JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

#### I. Overview

[73] This appeal concerns the interaction between the provisions of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”)

familial. Cela n’est pas tributaire de l’application de l’art. 1294 du *C.c.Q.*, mais dépend plutôt de l’art. 415 du *C.c.Q.*, une *règle d’ordre public* suivant le *Code civil*. Une telle règle ne peut être minée ou niée sur la base d’un argument de la nature de celui qu’exprime ma collègue.

[70] Poussé à sa conclusion logique, le raisonnement de ma collègue au par. 137 de ses motifs semble indiquer que, parce qu’il serait peu commode pour M. Karam de se défaire de l’arrangement en vertu duquel M<sup>me</sup> Yared serait retranchée du patrimoine familial, il faudrait donner effet à l’arrangement qui la priverait (en l’occurrence sa succession) de sa part du patrimoine familial. Ce n’est pas ce que dit ma collègue, mais c’est ce que laisse entendre sa position.

[71] Je rappellerais le libellé de l’art. 9 du *C.c.Q.* : « Dans l’exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l’ordre public. » En l’espèce, il s’agit de savoir s’il serait bien fondé de donner effet à une telle dérogation. Je suis d’avis que non. Selon moi, le droit de M<sup>me</sup> Yared à une part du patrimoine familial ne peut lui être nié au moyen d’une fiducie, essentiellement pour les mêmes raisons qu’il ne pourrait lui être nié en interposant une société. Il serait mal avisé que ces instruments puissent servir à contourner une règle d’ordre public, en l’occurrence le partage du patrimoine familial entre des époux.

#### IV. Conclusion

[72] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir celui de la Cour supérieure, avec dépens en faveur des appelants devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Côté et Karakatsanis rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

#### I. Aperçu

[73] Le présent pourvoi concerne l’interaction entre les dispositions du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »)



governing the institution of the family patrimony and those governing the institution that is the civil law trust. This Court is asked to determine whether the family patrimony can include a family residence or the “rights which confer use” of it under art. 415 *C.C.Q.* when the residence is owned by a discretionary trust controlled by one of the spouses.

[74] In 2011, Roger Karam and Taky Yared, a married couple, established the *Fiducie famille Taki* (Taki Family Trust) (“Trust”). The purpose of the Trust was to provide for the couple’s four children in light of Ms. Yared’s recent terminal cancer diagnosis: [TRANSLATION] “. . . for the benefit and welfare of the Beneficiaries, the whole shielded from the vagaries of life” (A.R., vol. II, at p. 110). Mr. Karam was named both as co-trustee of the Trust, along with his elderly mother, and as the sole “*Électeur*”, or appointer, under the Trust, while Ms. Yared and the four children were named as beneficiaries. Although Mr. Karam had the power to appoint and remove beneficiaries under the Trust Deed, at no point did he exercise that power during the relevant period.

[75] In 2012, the Trust purchased a mixed-purpose property allowing for both residential and commercial uses (“Residence”), in which the family resided from the time of purchase and for the remainder of the spouses’ cohabitation. In June 2014, Ms. Yared left the Residence and shortly thereafter served divorce proceedings on Mr. Karam. In August 2014, she executed a last will and testament bequeathing the entirety of her estate to the four children.<sup>1</sup> Ms. Yared died on April 6, 2015.

[76] On July 19, 2016, the appellants, in their capacity as liquidators of Ms. Yared’s estate, served an application for a declaratory judgment to have the Residence declared part of the family patrimony under the *Civil Code of Québec*. The trial judge concluded that the value of the Residence formed part of the family patrimony, relying on an analogy with the lifting of the corporate veil under art. 317 *C.C.Q.* and on the notion of “rights which confer use” at

régissant l’institution du patrimoine familial et celles régissant l’institution de la fiducie de droit civil. La Cour est appelée à décider si le patrimoine familial peut comprendre une résidence familiale ou les « droits qui en confèrent l’usage » au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*, lorsque la résidence appartient à une fiducie discrétionnaire contrôlée par un des époux.

[74] En 2011, Roger Karam et Taky Yared, un couple marié, ont constitué la *Fiducie famille Taki* (« fiducie »). Cette dernière avait pour objet de pourvoir aux besoins des quatre enfants du couple étant donné le diagnostic de cancer terminal reçu par M<sup>me</sup> Yared peu de temps auparavant, et existait donc « pour le bénéfice et le Bien-être des Bénéficiaires, le tout à l’abri des aléas de la vie » (d.a., vol. II, p. 110). M. Karam a été désigné cofiduciaire de la fiducie, conjointement avec sa mère âgée, ainsi que seul « électeur » de la fiducie, alors que M<sup>me</sup> Yared et les quatre enfants ont été nommés bénéficiaires. Même si, selon l’acte de fiducie, M. Karam avait le pouvoir d’élire et de destituer les bénéficiaires, il n’a exercé ce pouvoir à aucun moment au cours de la période visée.

[75] En 2012, la fiducie a acheté une propriété à usages mixtes permettant l’utilisation commerciale et résidentielle (« résidence »). La famille y a habité à compter de la date d’achat jusqu’à la fin de la cohabitation des époux. En juin 2014, M<sup>me</sup> Yared a quitté la résidence et a, peu après, signifié des procédures de divorce à M. Karam. En août 2014, elle a signé un testament, léguant la totalité de ses biens aux quatre enfants<sup>1</sup>. M<sup>me</sup> Yared est décédée le 6 avril 2015.

[76] Le 19 juillet 2016, les appelants, à titre de liquidateurs de la succession de M<sup>me</sup> Yared, ont présenté une demande en jugement déclaratoire afin de faire déclarer que la valeur de la résidence était incluse dans le patrimoine familial suivant le *Code civil du Québec*. S’appuyant sur une analogie avec la levée du voile corporatif codifiée à l’art. 317 du *C.c.Q.* ainsi que sur la notion de « droits qui [. . .] confèrent l’usage » visée à l’art. 415 du *C.c.Q.*, le

<sup>1</sup> The validity of this will is disputed in proceedings that are suspended pending this decision (Que. Sup. Ct., 500-17-093260-167).

<sup>1</sup> La validité de ce testament est contestée dans des procédures faisant l’objet d’un sursis jusqu’au prononcé de la présente décision (C.S. Qc, 500-17-093260-167).

art. 415 *C.C.Q.* (2016 QCCS 5581). The Court of Appeal overturned that decision and declared that neither the Residence nor any rights which conferred use of it formed part of the family patrimony (2018 QCCA 320).

[77] I would dismiss the appeal. I share in my colleague’s rejection of the trial judge’s reliance on the “lifting of the corporate veil”, and would agree that questions arising from a conflict between the establishment of a trust and the operation of the family patrimony provisions should be resolved by referring to the rules pertaining to both of those institutions (reasons of Rowe J., para. 27). However, I disagree with my colleague’s interpretation of those rules and his conclusion that Mr. Karam held rights which conferred use of the Residence pursuant to art. 415 *C.C.Q.*

[78] To determine whether a right which confers use exists where a residence is owned by a trust, courts must consider the circumstances surrounding the establishment of the trust, its intended purpose, and the rights and obligations of the trustees and beneficiaries under the terms of the trust deed. While it is important to keep in mind that the family patrimony provisions are intended to protect economically disadvantaged spouses, courts must not overlook the fact that spouses are free to acquire and dispose of property as they wish, even if this means that they do not acquire property falling within the family patrimony.

[79] In the instant case, the trial judge committed a reversible error by focusing solely on Mr. Karam’s powers under the Trust Deed, conflating those powers with rights, and failing to consider the purpose of the Trust and the rights of its beneficiaries. Consequently, he erred in finding that Mr. Karam held rights which conferred use of the Residence, in failing to find that if such rights conferring use of the Residence existed, they were held either by Ms. Yared or jointly by both spouses, and in assigning to those rights a value equal to the value of the Residence.

juge de première instance a conclu que la valeur de la résidence faisait partie du patrimoine familial (2016 QCCS 5581). La Cour d’appel a infirmé cette décision et déclaré que ni la résidence ni les droits qui en conféraient l’usage n’étaient inclus dans le patrimoine familial (2018 QCCA 320).

[77] Je rejetterais le pourvoi. Je partage l’avis de mon collègue selon lequel le juge de première instance s’est appuyé à tort sur la « levée du voile corporatif », et je conviens que les questions découlant d’un conflit entre la constitution d’une fiducie et le fonctionnement des dispositions portant sur le patrimoine familial devraient être tranchées à la lumière des règles relatives à ces deux institutions (motifs du juge Rowe, par. 27). Toutefois, je suis en désaccord avec l’interprétation de ces règles faite par mon collègue et avec sa conclusion selon laquelle M. Karam détenait des droits prévus à l’art. 415 du *C.c.Q.* qui lui conféraient l’usage de la résidence.

[78] Pour déterminer s’il existe un droit qui confère l’usage d’une résidence lorsque celle-ci appartient à une fiducie, les tribunaux doivent examiner les circonstances de la constitution de la fiducie, le but qu’elle est censée atteindre et les droits et obligations des fiduciaires et des bénéficiaires prévus par l’acte de fiducie. Bien qu’il ne faille pas perdre de vue que les dispositions portant sur le patrimoine familial visent à protéger les époux désavantagés sur le plan économique, les tribunaux ne doivent pas oublier que les époux sont libres d’acquérir des biens et d’en disposer à leur guise, même si cela signifie qu’ils n’en acquièrent aucun qui fasse partie du patrimoine familial.

[79] Dans la présente affaire, le juge de première instance a commis une erreur révisable en se fondant uniquement sur les pouvoirs conférés à M. Karam par l’acte de fiducie, en confondant ces pouvoirs avec des droits, et en omettant de tenir compte du but de la fiducie et des droits de ses bénéficiaires. Par conséquent, il a commis une erreur en décidant que M. Karam détenait des droits qui lui conféraient l’usage de la résidence, en omettant de conclure que si de tels droits conférant l’usage existaient, ceux-ci étaient détenus soit par M<sup>me</sup> Yared soit par les deux époux conjointement, et en attribuant à ces droits une valeur égale à celle de la résidence.

## II. Analysis

### A. *Family Patrimony Provisions*

[80] The provision that is primarily at issue in this case is art. 415 *C.C.Q.*, which provides as follows:

**415.** The family patrimony is composed of the following property owned by one or the other of the spouses: the residences of the family or the rights which confer use of them, the movable property with which they are furnished or decorated and which serves for the use of the household, the motor vehicles used for family travel and the benefits accrued during the marriage under a retirement plan. The payment of contributions into a pension plan entails an accrual of benefits under the pension plan; so does the accumulation of service recognized for the purposes of a pension plan.

[81] Under the *Civil Code of Québec*, the family patrimony includes, namely, the residence owned by one or the other of the spouses or a right which confers use of it at the time of separation from bed and board or of the dissolution or nullity of the marriage (arts. 415 and 416 *C.C.Q.*). Marriage is dissolved by the death of either spouse — as was the case here — or by divorce (art. 516 *C.C.Q.*).

[82] In this case, it is not disputed that neither of the spouses ever owned the Residence, as it was directly acquired by the Trust (A.R., vol. II, at pp. 110 and 149). Thus, it is only the notion of “rights which confer use” that would allow the inclusion of some or all of the value of the Residence in the family patrimony.

[83] I am in agreement with my colleague that the family patrimony provisions of the *Civil Code of Québec* are of protective public order and that spouses cannot renounce in advance, by marriage contract or otherwise, their rights in the family patrimony (art. 423 *C.C.Q.*; reasons of Rowe J., at para. 24). The purpose of these provisions is to protect economically disadvantaged spouses at the time of separation from bed and board or of the dissolution or nullity of the marriage.

## II. Analyse

### A. *Dispositions portant sur le patrimoine familial*

[80] La disposition qui est plus particulièrement en cause en l’espèce est l’art. 415 du *C.c.Q.* qui est ainsi libellé :

**415.** Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l’un ou l’autre des époux est propriétaire : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l’usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l’usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d’un régime de retraite. Le versement de cotisations au titre d’un régime de retraite emporte accumulation de droits au titre de ce régime; il en est de même de la prestation de services reconnus aux termes d’un régime de retraite.

[81] Selon le *Code civil du Québec*, le patrimoine familial comprend, entre autres, la résidence dont l’un ou l’autre des époux est propriétaire ou un droit qui en confère l’usage, au moment de la séparation de corps, de la dissolution ou de la nullité du mariage (art. 415 et 416 du *C.c.Q.*). Le mariage est dissous par le décès de l’un ou l’autre des époux — comme cela fut le cas en l’espèce — ou par un divorce (art. 516 du *C.c.Q.*).

[82] En l’espèce, il n’est pas contesté que ni l’un ni l’autre des époux n’a été propriétaire de la résidence, puisque celle-ci a été acquise directement par la fiducie (d.a., vol. II, p. 110 et 149). Par conséquent, seule la notion de « droits qui en confèrent l’usage » est susceptible de mener à l’inclusion d’une partie ou de la totalité de la valeur de la résidence dans le patrimoine familial.

[83] Je suis d’accord avec mon collègue pour dire que les dispositions portant sur le patrimoine familial contenues dans le *Code civil du Québec* sont des règles d’ordre public de protection et que les époux ne peuvent renoncer à l’avance, par contrat de mariage ou autrement, à leurs droits dans le patrimoine familial (art. 423 du *C.c.Q.*; motifs du juge Rowe, par. 24). Ces dispositions ont pour objet de protéger les époux désavantagés sur le plan économique en cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage.

[84] However, while the family patrimony provisions are rules of public order, they only apply to property held by the spouses which falls under art. 415 *C.C.Q.* The *Civil Code of Québec* does not oblige spouses to acquire property falling under the family patrimony provisions:

[TRANSLATION] . . . nothing obliges spouses to have a principal or secondary residence, movable property or motor vehicles that they own, or even retirement plans. In addition, spouses are not obliged to have the same family patrimony throughout their marriage. It is only the family patrimony as it exists on the date of one of the situations giving rise to partition that is the parties' true family patrimony.

(C. Labonté, “Le patrimoine familial”, in *Droit de la famille québécois* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 3/2234 to 3/2235)

[85] In establishing the family patrimony rules, the legislature did not intend to compel spouses to possess any of the property listed at art. 415 *C.C.Q.* Spouses retain the freedom to acquire and dispose of property as they see fit, and are in no way required to own or otherwise acquire property that could be subject to the family patrimony provisions:

[TRANSLATION] Usually, spouses will . . . individually or together, purchase and sell various residences and several motor vehicles, and carry out various transactions to the credit or the debit of their retirement plans. The legislator did not want to impede these common occurrences of married life; it did, however, put some safeguards in place.

(*Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711, at para. 60)

[86] Article 423 *C.C.Q.* aims to prevent a spouse from renouncing his or her rights in the family patrimony during the marriage. However, the choice not to own property does not amount to such a renunciation. In practical terms, spouses may choose to rent rather than own a family residence and to lease rather than purchase a vehicle, and may never contribute to

[84] Cependant, bien que les dispositions portant sur le patrimoine familial soient des règles d'ordre public, elles ne s'appliquent qu'aux biens que possèdent les époux et qui sont visés par l'art. 415 du *C.c.Q.* Le *Code civil du Québec* n'oblige aucunement les époux à acquérir des biens visés par les dispositions portant sur le patrimoine familial :

. . . rien n'oblige les époux à posséder une résidence principale ou secondaire, des meubles ou véhicules automobiles dont ils sont propriétaires, ou même des régimes de retraite. De plus, les époux ne sont pas obligés d'avoir le même patrimoine familial tout au long de leur mariage. Ce n'est que le patrimoine familial tel qu'il existe à la date d'un des cas d'ouverture au partage qui est le véritable patrimoine familial des parties.

(C. Labonté, « Le patrimoine familial », dans *Droit de la famille québécois* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 3/2234 à 3/2235)

[85] En établissant les règles en matière de patrimoine familial, le législateur n'a pas voulu obliger les époux à posséder les biens énumérés à l'art. 415 du *C.c.Q.* Les époux demeurent libres d'acquérir des biens et d'en disposer comme ils l'entendent, et ils ne sont aucunement tenus d'être propriétaires ou d'autrement acquérir des biens qui pourraient être visés par les dispositions portant sur le patrimoine familial :

Couramment, les époux vont [. . .] individuellement ou ensemble, acheter et vendre diverses résidences et plusieurs véhicules automobiles, et procéder à diverses opérations au crédit et au débit de leurs régimes de retraite. Le législateur n'a pas voulu contrecarrer ces phénomènes courants de la vie conjugale; il a par contre aménagé des balises.

(*Droit de la famille — 071938*, 2007 QCCS 3792, [2007] R.D.F. 711, par. 60)

[86] L'article 423 du *C.c.Q.* vise à empêcher un époux de renoncer à ses droits dans le patrimoine familial durant le mariage. La décision de ne pas devenir propriétaire ne constitue toutefois pas une telle renonciation. En pratique, les époux peuvent choisir de louer plutôt que d'acheter une résidence familiale ou un véhicule, et ils peuvent ne jamais cotiser à un

a pension plan during the marriage. Consequently, they may actually possess little property that would otherwise be part of the family patrimony.

[87] Included in spouses' freedom to choose how they arrange their affairs is the option to live in a residence held by a trust. Where spouses opt for the various advantages and disadvantages associated with the legal institution of the trust, it may be that they will not acquire property that is subject to the family patrimony.

[88] Of course, where spouses reside in a property owned by a trust, there may be situations in which this arrangement gives rise to "rights which confer use" of the property under art. 415 *C.C.Q.* As the Court of Appeal observed, when such questions arise, the situation must be analyzed on the basis of the legislative provisions governing both the institutions of the trust and the family patrimony, and the evidence surrounding the terms of the trust and any arrangement between the trust and the family members must be considered (paras. 87-88 (CanLII)).

[89] Mr. Karam submits that the notion of "rights which confer use" in art. 415 *C.C.Q.* is limited to real rights such as those referred to in art. 1119 *C.C.Q.* (R.F., at paras. 46-48; see also arts. 911, 912, and 1172 *C.C.Q.*). As such, in Mr. Karam's view, given that no real rights were granted here, there is no right which confers use that could be included in the family patrimony. This position is not without merit. In *Droit de la famille — 071938*, at paras. 70-79, the Superior Court held that a right which confers use under art. 415 *C.C.Q.* must be in the nature of a right of use within the meaning of art. 1172 *C.C.Q.* and the articles that follow it (see also B. Lefebvre, "Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales: quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial" (2014), 116 *R. du N.* 389, at pp. 398-99).

[90] My colleague rejects this interpretation of art. 415 *C.C.Q.*, favouring a broader approach to support his conclusion that, as trustee, Mr. Karam does

régime de retraite durant le mariage. Par conséquent, il se peut qu'ils possèdent en fait peu de biens qui seraient autrement inclus dans le patrimoine familial.

[87] Le choix de vivre dans une résidence qui appartient à une fiducie relève aussi de la liberté des époux de choisir de quelle façon ils gèrent leurs affaires. En choisissant de recourir aux divers avantages et désavantages associés à l'institution légale qu'est la fiducie, il se peut que les époux n'acquière aucun bien régi par les règles du patrimoine familial.

[88] Évidemment, lorsque des époux habitent une résidence dont une fiducie est propriétaire, il peut arriver que cet arrangement donne lieu à des « droits qui en confèrent l'usage » au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Comme l'a fait observer la Cour d'appel, lorsque de telles questions se posent, la situation doit être analysée en fonction des dispositions législatives qui régissent les deux institutions que sont la fiducie et le patrimoine familial, et conformément aux éléments de preuve entourant l'acte de fiducie et à tout arrangement conclu entre cette dernière et les membres de la famille (par. 87-88 (CanLII)).

[89] M. Karam soutient que la notion de « droits qui [. . .] confèrent l'usage » prévue à l'art. 415 du *C.c.Q.* ne vise que les droits réels, comme ceux mentionnés à l'art. 1119 du *C.c.Q.* (m.i., par. 46-48; voir aussi les art. 911, 912 et 1172 du *C.c.Q.*). Ainsi, selon M. Karam, étant donné qu'aucun droit réel n'a été accordé dans le cas présent, il n'existe aucun droit conférant l'usage de la résidence susceptible d'être inclus dans le patrimoine familial. Cette position n'est pas sans fondement. Aux paragraphes 70-79 de la décision *Droit de la famille — 071938*, la Cour supérieure a conclu qu'un droit qui confère l'usage de la résidence comme le prévoit l'art. 415 du *C.c.Q.*, doit être de la nature d'un droit d'usage au sens de l'art. 1172 du *C.c.Q.* et des articles subséquents (voir aussi B. Lefebvre, « Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial » (2014), 116 *R. du N.* 389, p. 398-399).

[90] Mon collègue rejette cette interprétation de l'art. 415 du *C.c.Q.*, favorisant une interprétation plus large pour appuyer sa conclusion selon laquelle



hold rights which confer use in the Residence. His approach rests on the understanding that rights conferring use of the Residence flow from Mr. Karam's control over the Trust (reasons of Rowe J., at paras. 56-61). Without deciding whether art. 415 *C.C.Q.* should be read in such a broad fashion or should be limited to real rights, I am of the view that a trustee's control over a trust that owns a residence does not automatically give rise to a right which confers use in the residence within the meaning of art. 415 *C.C.Q.* Where a residence is owned by a trust, the trust deed and the surrounding circumstances must be analyzed, in accordance with the trust provisions of the *Civil Code of Québec*, to determine whether the terms of the trust deed actually bestow upon one or both of the spouses a right which confers use pursuant to art. 415 *C.C.Q.*

#### B. *Trust Provisions*

[91] Under the *Civil Code of Québec*, “[a] trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer” (art. 1260 *C.C.Q.*). The constituting act of a trust may be a contract (art. 1262 *C.C.Q.*). The assets held by a trust form a trust patrimony, which is “autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right” (art. 1261 *C.C.Q.*).

[92] Unlike trusts under the common law, civil law trusts do not involve a separation of legal and beneficial ownership, rather, they consist of an aggregate of assets that falls within the trust patrimony, in which none of the settlor, trustee or beneficiary has any real right. Civil law trusts therefore have no element of “split ownership” as is the case in common law trusts (see *Trust général du Canada v. Service alimentaire exclusif inc.*, [1984] C.A. 145, at p. 148, per Nichols J.; J. Beaulne, *Droit des fiducies* (3rd ed. 2015), at pp. 37-38).

M. Karam, en tant que fiduciaire, détient bel et bien des droits qui lui confèrent l'usage de la résidence. Son approche repose sur l'interprétation portant que ces droits découlent du contrôle exercé par M. Karam sur la fiducie (motifs du juge Rowe, par. 56-61). Sans décider si l'art. 415 du *C.c.Q.* devrait être interprété d'une manière aussi large, ou si sa portée devrait être limitée aux droits réels, je suis d'avis que le contrôle d'un fiduciaire sur une fiducie à laquelle appartient une résidence ne donne pas automatiquement lieu à un droit qui en confère l'usage au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.* Lorsque la résidence appartient à une fiducie, il faut procéder à l'analyse de l'acte de fiducie et des circonstances ayant entouré sa constitution, à la lumière des dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la fiducie, pour déterminer si le libellé de l'acte en question accorde réellement un droit qui confère à l'un des époux ou aux deux l'usage de la résidence en cause selon l'art. 415 du *C.c.Q.*

#### B. *Dispositions portant sur la fiducie*

[91] Aux termes du *Code civil du Québec*, « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » (art. 1260 du *C.c.Q.*). L'acte constitutif d'une fiducie peut être un contrat (art. 1262 du *C.c.Q.*). Les biens détenus par une fiducie constituent un patrimoine fiduciaire « autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel » (art. 1261 du *C.c.Q.*).

[92] Contrairement aux fiducies de common law, celles de droit civil ne donnent pas lieu à une distinction entre la propriété sur le plan juridique et la propriété bénéficiaire; elles sont plutôt constituées d'une seule universalité de biens compris dans le patrimoine fiduciaire sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel. Ainsi, le concept de « dédoublement de propriété » ne s'applique pas dans le cas des fiducies de droit civil comme il le fait pour les fiducies de common law (voir *Trust général du Canada c. Service alimentaire exclusif inc.*, [1984] C.A. 145, p. 148, motifs du juge Nichols; J. Beaulne, *Droit des fiducies* (3<sup>e</sup> éd. 2015), p. 37-38).

[93] Moreover, while civil law trusts have a separate and distinct patrimony, known as a patrimony by appropriation, they have no separate legal personality. In this way, they differ from corporations. In short, a trust can only exist if its patrimony is distinct from the patrimony of a natural or legal person (R.F., at para. 50).

[94] Upon creation of the trust, the trustee is charged with seeing to the administration of the trust patrimony, and the beneficiary's right is established "with certainty" (art. 1265 *C.C.Q.*). Among other things, the beneficiary has the right to require, pursuant to the constituting act, the provision of a benefit granted to him or her, or the payment of the fruits and revenues and of the capital (art. 1284 *C.C.Q.*).

[95] The trustee has the control and exclusive administration of the trust patrimony, exercises all the rights pertaining to the patrimony, and may take any proper measure to secure its appropriation (art. 1278 *C.C.Q.*). Such a role, however, imposes duties and obligations. As Madeleine Cantin Cumyn discusses, for the trustee, "may" is often accompanied by "shall":

[TRANSLATION] We are also unable to identify any right held by the trustee in the trust property. The trustee's situation appears rather to be the very antithesis of a right. The trustee is imposed with a charge in which the authorization to perform an act is often coupled with the obligation to perform the authorized act.

*(Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie (1980), at p. 69)*

The trustee thus performs his or her duties in the interest of the beneficiary and in keeping with the purpose of the trust (arts. 1278 and 1306 *C.C.Q.*). To fulfill these obligations, the trustee may alienate the property by onerous title, charge it with a real right or change its destination and perform any other *necessary* or useful act, including any form of investment (art. 1307 *C.C.Q.*).

[96] It should be noted that the person having the power to appoint beneficiaries or determine their shares cannot exercise that power for his or her own benefit (art. 1283 *C.C.Q.*). As my colleague observes,

[93] En outre, bien que les fiducies de droit civil détiennent un patrimoine autonome et distinct, appelé le patrimoine d'affectation, elles n'ont pas de personnalité juridique distincte. À cet égard, elles diffèrent des personnes morales. Bref, une fiducie ne peut exister que si son patrimoine est distinct de celui d'une personne physique ou morale (m.i., par. 50).

[94] Dès la constitution de la fiducie, le fiduciaire est chargé de veiller à l'administration du patrimoine fiduciaire, et le droit du bénéficiaire est « [rendu] certain » (art. 1265 du *C.c.Q.*). Les droits du bénéficiaire comprennent notamment celui d'exiger, suivant l'acte constitutif, soit la prestation d'un avantage qui lui est accordé, soit le paiement des fruits et revenus et du capital (art. 1284 du *C.c.Q.*).

[95] Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire, il exerce tous les droits afférents à ce dernier, et il peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation (art. 1278 du *C.c.Q.*). Un tel rôle est toutefois assorti de devoirs et d'obligations. Comme l'exprime Madeleine Cantin Cumyn, pour le fiduciaire, l'« autorisation » s'accompagne souvent de l'« obligation » :

Nous sommes, de plus, incapables de discerner un droit quelconque chez le fiduciaire quant aux biens de la fiducie. Sa situation apparaît plutôt être l'antithèse même d'un droit. Il est titulaire d'une charge en vertu de laquelle l'autorisation de poser un acte se double souvent de l'obligation de poser l'acte autorisé.

*(Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie (1980), p. 69)*

Le fiduciaire exerce donc ses devoirs dans l'intérêt du bénéficiaire et en veillant à la poursuite du but de la fiducie (art. 1278 et 1306 du *C.c.Q.*). Pour s'acquitter de ces obligations, il peut aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et poser tout autre acte *nécessaire* ou utile, y compris toute forme d'investissement (art. 1307 du *C.c.Q.*).

[96] Je précise que la personne qui détient le pouvoir d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part ne peut exercer cette faculté à son propre avantage (art. 1283 du *C.c.Q.*). Comme l'a souligné mon

the limitation in art. 1283 *C.C.Q.* providing that this person cannot exercise that power for her own benefit may be set aside where the trustee is himself or herself a beneficiary under the trust deed (reasons of Rowe J., at para. 19; Beaulne, at pp. 229-30). Nevertheless, it is generally accepted that a trustee having the power to appoint or remove beneficiaries cannot exercise that power in an arbitrary manner:

[TRANSLATION] Second, article 1283 *C.C.Q.* establishes, in an admittedly very general manner, the scope of the power to appoint by giving its holder broad latitude in exercising it. Indeed, the holder may appoint the beneficiaries or determine their shares without any real constraints, that is to say, without outside interference and without any control. What is more, the article even allows the holder to change or revoke his or her decision in the course of the trust. Despite the apparent absolute freedom of the rule, it is clear that the holder of the power to appoint may not, however, exercise it in a completely arbitrary manner. In fact, he or she must use it in strictest compliance with the constituting act.

(J. Beaulne, at pp. 228-29; see also *Québec (Curateur public) v. A.N. (Succession de)*, 2014 QCCS 616, at para. 53; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184, at para. 88 (CanLII).)

[97] As author Julie Loranger notes, art. 1283 *C.C.Q.* would seem to be a rule of public order:

[TRANSLATION] Article 1283 *C.C.Q.* adds that a trustee who is entitled to exercise a power to appoint may not do so for his or her own benefit. This provision seems to us to be of public order. This requirement is consistent with article 1275 *C.C.Q.*, which requires the presence of a trustee who is not a beneficiary at all times.

(“Le fiduciaire: entre le tyran et le serviteur”, in *Développements récents en successions et fiducies* (2010); see also Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 765; art. 1310 *C.C.Q.*)

[98] From the above, we may conclude that the trustee is charged with significant powers under the

collègue, cette restriction prévue à l’art. 1283 du *C.c.Q.* qui empêche cette personne d’exercer ce pouvoir à son propre avantage peut être contournée lorsque le fiduciaire est lui-même bénéficiaire aux termes de l’acte de fiducie (motifs du juge Rowe, par. 19; Beaulne, p. 229-230). Il est néanmoins généralement reconnu qu’un fiduciaire qui détient le pouvoir d’élire les bénéficiaires ou de les destituer de leur statut ne peut exercer ce pouvoir de façon arbitraire :

Deuxièmement, l’article 1283 *C.c.Q.* fixe, d’une manière très générale il faut l’avouer, le cadre de la faculté d’élire, en accordant à son titulaire une grande latitude quant à son exercice. En effet, celui-ci peut élire les bénéficiaires ou déterminer leur part sans véritables contraintes, c’est-à-dire sans intervention extérieure et sans aucun contrôle. Bien plus, l’article lui permet même de modifier ou de révoquer sa décision en cours de fiducie. Malgré l’apparente liberté absolue de la règle, il est évident que celui qui jouit de la faculté d’élire ne peut cependant pas l’exercer d’une façon totalement arbitraire. En effet, il doit l’employer dans le plus strict respect de l’acte constitutif.

(J. Beaulne, p. 228-229; voir aussi *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, 2014 QCCS 616, par. 53; *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184, par. 88 (CanLII).)

[97] Comme le souligne l’auteure Julie Loranger, l’art. 1283 du *C.c.Q.* semblerait être une règle d’ordre public :

L’article 1283 *C.c.Q.* ajoute que le fiduciaire ayant le pouvoir d’exercer une faculté d’élire ne peut le faire à son avantage. Cette disposition nous semble d’ordre public. Cette exigence est cohérente avec l’article 1275 *C.c.Q.* exigeant la présence d’un fiduciaire non bénéficiaire en tout temps.

(« Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans *Développements récents en successions et fiducies* (2010); voir aussi Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 765; art. 1310 du *C.c.Q.*)

[98] Nous pouvons conclure de ce qui précède, d’une part, que le fiduciaire est investi de pouvoirs

*Civil Code of Québec* and that these powers must be exercised in the best interest of the beneficiaries and in keeping with the purpose of the trust. But can these powers constitute a *right* which confers use? As a general rule, I would answer this question in the negative. The distinction between “rights” and “powers” is supported in academic literature:

[TRANSLATION] . . . the very concept of a trust requires recognition of the difference that exists between “rights” and “powers”, given that the trustee has no real right in the trust property while being the administrator thereof. Indeed, [Professor Cantin Cumyn] explains that a right is a “legal prerogative recognized to its holder in his or her own interest”, whereas a power can be defined rather as a “prerogative exercised in the interest of another”. [Citation omitted.]

(Beaulne, at p. 44)

Indeed, this dichotomous view of powers and rights existed before the trust provisions as they currently read were enacted as part of the *Civil Code of Québec*:

[TRANSLATION] The trustee’s legal situation must be analyzed in terms of powers over the trust property rather than in terms of rights. The *Civil Code* itself uses this designation.<sup>2</sup> It authorizes the trustee to perform certain acts and imposes certain obligations on the trustee.

(Cantin Cumyn, at p. 71)

[99] It is on this point that I disagree with my colleague, who would hold that the level of control attributed to Mr. Karam as trustee will determine whether there is a right which confers use (reasons of Rowe J., at para. 59). In my view, it is rather the interests of the beneficiary that are more likely to give rise to such a right under art. 415 *C.C.Q.*

[100] In addition to the *Civil Code of Québec* provisions governing trusts, we must consider the nature

<sup>2</sup> The provision referenced in this quotation (art. 981e of the *Civil Code of Lower Canada*) reads as follows: “The powers of a trustee do not pass to his heirs or other successors, but the latter are bound to render an account of his administration”.

importants en vertu du *Code civil du Québec* et, d’autre part, que ces derniers doivent être exercés dans le meilleur intérêt des bénéficiaires et conformément au but de la fiducie. Ces pouvoirs peuvent-ils toutefois constituer un *droit* qui confère l’usage? En règle générale, je répondrais à cette question par la négative. La distinction entre « droits » et « pouvoirs » est appuyée par la doctrine :

. . . la notion même de fiducie oblige à reconnaître la différence qui existe entre « droits » et « pouvoirs », étant donné que le fiduciaire n’a aucun droit réel dans les biens fiduciaires tout en étant l’administrateur. En effet, [la professeure Cantin Cumyn] explique que le droit consiste en une « prérogative juridique reconnue à son titulaire dans son intérêt propre », tandis que le pouvoir se définirait plutôt comme la « prérogative exercée dans l’intérêt d’autrui ». [Référence omise.]

(Beaulne, p. 44)

En effet, cette vision dichotomique des pouvoirs et des droits existait avant l’adoption des dispositions sur la fiducie telles qu’elles se lisent actuellement dans le *Code civil du Québec* :

La situation juridique du fiduciaire doit s’analyser en termes de pouvoirs sur les biens de la fiducie plutôt qu’en termes de droits. Le *Code civil* utilise lui-même cette désignation<sup>2</sup>. Il autorise le fiduciaire à poser certains actes et lui impose des obligations.

(Cantin Cumyn, p. 71)

[99] C’est sur ce point que je me dissocie de l’avis de mon collègue qui affirme que le niveau de contrôle attribué à M. Karam à titre de fiduciaire détermine s’il existe un droit qui confère l’usage (motifs du juge Rowe, par. 59). À mon avis, ce sont plutôt les intérêts des bénéficiaires qui sont les plus susceptibles de donner lieu à un tel droit au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.*

[100] Outre les dispositions du *Code civil du Québec* régissant les fiducies, nous devons examiner la nature

<sup>2</sup> Le libellé de la disposition à laquelle renvoie cette citation (soit l’art. 981e du *Code civil du Bas-Canada*) est le suivant : « Les pouvoirs du fiduciaire ne passent pas à ses héritiers ou autres successeurs; mais ces derniers sont tenus de rendre compte de sa gestion. »

of the Trust Deed and the circumstances in which it was established (art. 1426 *C.C.Q.*). Indeed, as a contract, the Trust Deed is subject to the usual rules of contractual interpretation found in the *Civil Code of Québec*, including art. 1426 *C.C.Q.* Thus, the interpretation of the Trust Deed pursuant to these rules must include an analysis of the parties' objectives in establishing the Trust, along with the trustee's obligations and the rights of beneficiaries under the terms of the deed.

[101] This brings me to an additional point of disagreement with my colleague, who finds that the intention of the spouses should have no bearing on the determination of whether there are any rights which confer use (reasons of Rowe J., at paras. 52-53). With respect, I disagree with my colleague's assertion that the fact that the Trust was set up for a legitimate purpose — and not with a view to evading the family patrimony rules — is irrelevant. In my view, the intention in establishing a trust will be relevant insofar as it informs the purpose of the trust. Given that the trustee's powers and control are constrained by the purpose of the trust, the parties' objectives in establishing the trust must be taken into consideration. For instance, where a trust has no legitimate purpose beyond evading the family patrimony rules, the powers actually exercised by the trustee might exceptionally be construed, on the facts of that case, as a right which confers use.

### C. *Treatment of Article 415 C.C.Q. in Jurisprudence*

[102] An analysis of the case law involving residences held by trusts or corporations in the context of partition of the family patrimony reveals that the main concern of the courts has been to prevent spouses from evading the family patrimony rules and to avoid an economic imbalance, rather than to recognize simple occupation as a right under art. 415 *C.C.Q.* Courts have considered it appropriate to intervene where the evidence shows that there is a right which confers use of the residence, particularly in cases where the residence is transferred by the spouses to a company

de l'acte de fiducie et les circonstances dans lesquelles il a été conclu (art. 1426 du *C.c.Q.*). En effet, à titre de contrat, l'acte de fiducie est assujéti aux règles habituelles d'interprétation des contrats prévues au *Code civil du Québec*, y compris à l'art. 1426 du *C.c.Q.* L'interprétation de l'acte de fiducie à la lumière de ces règles doit donc inclure une analyse des objectifs poursuivis par les parties au moment de constituer la fiducie, ainsi que des obligations du fiduciaire et des droits des bénéficiaires prévus à l'acte de fiducie.

[101] Cela m'amène à un autre point sur lequel je ne partage pas l'avis de mon collègue, qui estime que l'intention des époux ne devrait avoir aucune incidence sur la détermination de l'existence ou non de droits qui confèrent l'usage (motifs du juge Rowe, par. 52-53). Avec égards, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation de mon collègue voulant que le fait que la fiducie a été créée à des fins légitimes — et non dans le but d'éluder les règles du patrimoine familial — n'est pas pertinent. À mon avis, l'intention au moment de constituer la fiducie est pertinente dans la mesure où elle clarifie l'objet de la fiducie. Puisque les pouvoirs du fiduciaire et le contrôle qu'il exerce sont limités par l'objet de la fiducie, les objectifs des parties au moment de constituer la fiducie doivent être pris en compte. Par exemple, si une fiducie n'a aucun objet légitime autre que celui d'éluder les règles du patrimoine familial, les pouvoirs réellement exercés par le fiduciaire peuvent exceptionnellement être considérés, selon les faits de l'affaire, comme un droit qui confère l'usage de la résidence familiale.

### C. *Application de l'art. 415 du C.c.Q. dans la jurisprudence*

[102] Une analyse de la jurisprudence portant sur des résidences détenues par des fiducies ou par des personnes morales dans le contexte du partage du patrimoine familial révèle que les tribunaux ont principalement cherché à empêcher les époux d'éluder les règles du patrimoine familial et à éviter un déséquilibre économique, plutôt que de considérer la simple occupation comme étant un droit visé à l'art. 415 du *C.c.Q.* Les tribunaux ont jugé approprié d'intervenir dans les cas où la preuve révélait l'existence d'un droit qui conférerait l'usage de la résidence, et



in which one or both of them are shareholders, or to a trust, with the use of the residence continuing as it had before the transfer.

[103] In *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93 (Sup. Ct.), the spouses established a trust and, the same day, transferred the family residence, in which they were already living, and vehicles to the trust. Gendreau J. concluded that despite the husband's claim that the purpose of the transfer was to shield these assets from seizure, the evidence indicated that the true purpose was to evade the family patrimony provisions. Specifically, the spouses had transferred only the assets falling under the family patrimony rules to the trust, and not the husband's personal property, which he presumably would also have wished to protect from creditors. Additionally, the parties continued to make regular payments on the residence following the transfer, as they had in the years preceding.

[104] In *Droit de la famille — 071938*, a case to which I will return in greater detail below, the evidence revealed that the spouses' occupation of the residence remained the same despite the transfer of ownership to a trust. Gagnon J. found that a joint right which conferred use existed by virtue of an unwritten contract between the trust and the spouses, pursuant to art. 1121 *C.C.Q.*

[105] Similarly, in *D.L. v. L.G.*, 2006 QCCA 1125, the Court of Appeal upheld the trial judge's determination that a right which conferred use existed. This conclusion was based on the fact that the family residence had been transferred to a corporation in which both spouses were shareholders, without any change in the spouses' occupation of the residence. The Court of Appeal was of the view that the transfer of the residence to the corporation was artificial and motivated solely by tax considerations (para. 23 (CanLII)). It found that the spouses appeared to have wanted to perpetuate their existing rights as users of the residence (para. 26).

particulièrement dans les affaires où une résidence avait été transférée par les époux à une personne morale dont l'un ou l'autre des époux ou les deux étaient actionnaires ou à une fiducie, sans modification de l'usage de la résidence après le transfert.

[103] Dans l'affaire *Droit de la famille — 3511*, [2000] R.D.F. 93 (C.S.), les époux ont créé une fiducie. Le même jour, ils y ont transféré la résidence familiale, dans laquelle ils habitaient déjà, de même que leurs véhicules. Le juge Gendreau a conclu que, malgré l'affirmation de l'époux selon laquelle le transfert avait pour seul but de mettre ces actifs à l'abri de toute saisie, la preuve révélait que l'objectif véritable était d'éviter les dispositions relatives au patrimoine familial. Plus précisément, le juge a souligné que les époux n'avaient transféré à la fiducie que les biens visés par les règles du patrimoine familial, et non les biens personnels de l'époux que celui-ci aurait normalement aussi dû vouloir protéger contre les créanciers. En outre, les parties ont continué à faire des paiements réguliers pour la résidence après le transfert, comme ils le faisaient au cours des années précédentes.

[104] Dans l'affaire *Droit de la famille — 071938*, sur laquelle je me pencherai davantage plus loin, la preuve révélait qu'il n'y avait eu aucun changement quant à l'occupation de la résidence par les époux malgré le transfert de la propriété à une fiducie. Le juge Gagnon a conclu qu'un droit conjoint qui conférait l'usage existait en vertu d'un contrat non écrit intervenu entre la fiducie et les époux en application de l'art. 1121 du *C.c.Q.*

[105] De même, dans la décision *D.L. c. L.G.*, 2006 QCCA 1125, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle il existait un droit qui conférait l'usage. Cette conclusion était fondée sur le fait que la résidence familiale avait été transférée à une société par actions dont les deux époux étaient actionnaires, sans aucun changement quant à leur occupation de la résidence. La Cour d'appel a jugé que le transfert de la résidence à cette société était artificiel et n'était motivé que par des considérations fiscales (par. 23 (CanLII)). Elle a conclu que les époux semblaient avoir voulu perpétuer leurs droits en tant qu'usagers de la résidence (par. 26).

[106] In *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465 (Sup. Ct.), at p. 468, Goodwin J. considered the concept of “rights which confer use” in the context of art. 406 *C.C.Q.* and noted that the mere fact of having lived in a house owned not by the spouses, but by a corporation of which one spouse was vice-president, does not confer a right of use on any of the occupants:

[TRANSLATION] The Court notes that this provision must be interpreted broadly to protect the family, including the children.

But the mere fact of having stayed and even lived with one’s spouse in a house or dwelling provided, in the circumstances described, does not confer a right on any of the occupants.

[107] The situation might be different if there were a formal arrangement or agreement concerning the occupation of the residence. In *Droit de la famille — 1646*, [1992] R.D.F. 463 (Sup. Ct.), Frappier J. held that the husband had a right which conferred use in a residence held by a corporation that he owned with his father. In that case, the judge inferred from the evidence that the husband’s father had granted the husband and his family the right to live in the residence for free. Frappier J. concluded that a right of use must necessarily result from an agreement between one or both of the spouses and the owner of the residence, such as that between the spouses and the husband’s father (see also *N.R. v. R.P.*, [2003] R.D.F. 831 (Sup. Ct.)).

[108] The appellants rely on *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501, at para. 31 (CanLII), in which the Quebec Court of Appeal held that it is not possible to avoid the application of public order provisions, such as those pertaining to the family patrimony, as a consequence of the establishment of a trust:

[TRANSLATION] The creation of a trust must not have the consequence of avoiding the application of public order provisions, such as those pertaining to the family patrimony.

[106] Dans la décision *Droit de la famille — 2225*, [1995] R.D.F. 465 (C.S.), à la p. 468, le juge Goodwin s’est penché sur la notion de « droits qui [. . .] confèrent l’usage » dans le contexte de l’art. 406 du *C.c.Q.*, et il a souligné que le simple fait d’avoir habité une maison qui n’appartient pas aux époux, mais à une personne morale dont l’un des époux est vice-président, ne confère de droit d’usage à aucun des occupants :

Le Tribunal souligne qu’on doit donner à ce texte une interprétation large pour protéger la famille, incluant les enfants.

Mais le seul fait d’avoir séjourné et même habité avec son conjoint dans une maison ou un logement fourni, dans les circonstances exposées, ne confère pas un droit à l’un ou l’autre des occupants.

[107] La situation pourrait être différente s’il existait un arrangement ou une entente formelle quant à l’occupation de la résidence. Dans la décision *Droit de la famille — 1646*, [1992] R.D.F. 463 (C.S.), le juge Frappier a déclaré que l’époux avait un droit qui lui conférerait l’usage d’une résidence détenue par une personne morale dont son père et lui étaient propriétaires. Dans cette affaire, le juge a inféré de la preuve que le père de l’époux avait accordé à ce dernier et à sa famille le droit d’habiter la résidence gratuitement. Le juge Frappier a conclu qu’un droit qui confère l’usage doit nécessairement découler d’une entente entre les époux, ou l’un d’eux, et le propriétaire de la résidence, comme celle conclue entre les époux et le père de l’époux (voir aussi *N.R. c. R.P.*, [2003] R.D.F. 831 (C.S.)).

[108] Les appelants se fondent sur la décision *Droit de la famille — 13681*, 2013 QCCA 501, par. 31 (CanLII), dans laquelle la Cour d’appel du Québec a conclu qu’il n’est pas possible d’éviter l’application de dispositions d’ordre public, comme celles portant sur le patrimoine familial, du fait de la constitution d’une fiducie :

La constitution d’une fiducie ne doit pas avoir pour conséquence d’éviter l’application de dispositions d’ordre public telles que celles relatives au patrimoine familial.

[109] On this point, I would agree with the Court of Appeal in the present case (paras. 80-84). While the appellants' argument may, on its face, seem to have some merit because of the use of the word [TRANSLATION] "consequence" in the quote above, it cannot withstand a more rigorous analysis. The Court of Appeal did not find in *Droit de la famille — 13681* that a trust can never acquire a residence without the residence automatically being incorporated into the family patrimony. In fact, that case did not deal with the question of "rights which confer use" under art. 415 *C.C.Q.* Rather, the words "consequence of avoiding" refer to the purpose or objective pursued at the time the trust is established. Indeed, rather than justifying a consequentialist approach, this case illustrates the importance of carefully considering intent and the trust deed itself in order to ascertain the trust's purpose.

#### D. *Application to This Case*

##### (1) Rights Which Confer Use

[110] I turn now to the facts of this case. The evidence does not demonstrate a right which conferred use of the Residence in Mr. Karam. An analysis of the Trust Deed shows that Mr. Karam had significant powers as trustee, but it does not reveal any right to the family residence. As to the purpose of the Trust, Mr. Karam's unchallenged testimony indicates that the spouses had the common objective of investing in this property for the benefit of their four children, which purpose is reflected in the Deed itself. Any exercise of Mr. Karam's powers over the property must be consistent with this purpose. It would therefore be impossible for him to remove the beneficiaries for his own benefit without failing to honour his obligations under the trust. Consequently, it cannot be said that the Trust Deed and the surrounding evidence show any right which conferred use in Mr. Karam pursuant to art. 415 *C.C.Q.*

[111] However, as I will discuss below, assuming without deciding that a right of use such as the one

[109] Sur ce point, je suis d'accord avec la Cour d'appel dans la présente affaire (par. 80-84). À première vue, l'argument des appelants peut sembler avoir un certain fondement en raison de la présence du mot « conséquence » dans la citation qui précède. Il ne résiste toutefois pas à une analyse plus rigoureuse. La Cour d'appel n'a pas conclu dans la décision *Droit de la famille — 13681* qu'une fiducie ne peut jamais acquérir une résidence sans que celle-ci soit automatiquement incluse dans le patrimoine familial. En fait, cette affaire ne portait pas sur la question des « droits qui [ . . . ] confèrent l'usage » visés à l'art. 415 du *C.c.Q.* L'utilisation des mots « conséquence d'éviter » renvoie plutôt au but ou à l'objectif poursuivi au moment de la constitution de la fiducie. En effet, plutôt que de justifier une approche fondée sur les conséquences, cette affaire illustre l'importance d'examiner attentivement l'intention et l'acte de fiducie lui-même afin de déterminer l'objet d'une fiducie.

#### D. *Application en l'espèce*

##### (1) Droits qui confèrent l'usage

[110] Je me penche maintenant sur les faits de la présente affaire. La preuve ne démontre pas l'existence d'un droit qui conférerait l'usage de la résidence à M. Karam. Une analyse de l'acte de fiducie révèle que ce dernier avait des pouvoirs importants en tant que fiduciaire, mais elle ne révèle pas l'existence d'un quelconque droit à la résidence familiale. Quant à l'objet de la fiducie, le témoignage non contesté de M. Karam indique que les époux poursuivaient l'objectif commun d'investir dans la résidence pour le bénéfice de leurs quatre enfants, un objectif qui ressort de l'acte lui-même. Tout exercice des pouvoirs de M. Karam à l'égard de la résidence doit se faire dans le respect de cet objectif; il ne pourrait donc pas destituer les bénéficiaires à son propre avantage sans manquer à ses obligations au regard de la fiducie. On ne peut donc dire que l'acte de fiducie et la preuve qui l'entoure démontrent que M. Karam détenait un droit qui conférerait l'usage au sens de l'art. 415 du *C.c.Q.*

[111] Cela dit, comme je l'expliquerai ultérieurement, à supposer — sans trancher la question — qu'un

provided for in art. 1172 *C.C.Q.* may be conferred by tacit agreement, I believe it was open to the trial judge to find a joint right held by Mr. Karam and Ms. Yared based on a tacit agreement between them and the Trust. It was also open to the trial judge to find a right which conferred use on Ms. Yared alone as a result of her status as beneficiary of the Trust.

[112] I will begin with the Trust Deed, which provides as follows:

- a) The beneficiaries are the late Ms. Yared and the four children (Article 4.1).
- b) The trustees are Mr. Karam and his elderly mother. As “*Électeur*”, or appointer, Mr. Karam had the sole discretion to appoint a new beneficiary to the Trust, including himself, or to remove any existing beneficiaries (Article 4.2).
- c) The trustees have the discretion to determine in what proportion the capital and revenue of the Trust are provided to the beneficiaries as well as to determine which beneficiaries are to receive, in whole or in part, the capital and revenue of the Trust (Articles 4.3 and 4.4).
- d) There are a variety of methods by which the trustees may determine how best to utilize the funds of the Trust and to allow them to grow (Article 5).
- e) The trustees have broad powers of administration over the Trust’s assets as well as additional powers to make purchases, sales, contracts and loans, to pay for consulting services and to take out insurance policies under the Trust (Article 6).

[113] Again, the terms of the Trust Deed confer significant powers and responsibilities on Mr. Karam as trustee. This is consistent with the powers of trustees set out in the *Civil Code of Québec* provisions outlined above. However, on the terms of the Trust Deed alone, which does not grant Mr. Karam any right to the property held by the Trust or to the use of it, it is difficult to identify the source

droit d’usage comme celui défini à l’art. 1172 du *C.c.Q.* puisse être conféré par une entente tacite, j’estime que le juge de première instance pouvait conclure que M. Karam et M<sup>me</sup> Yared possédaient un droit conjoint qui découle d’une entente tacite intervenue entre eux et la fiducie. Le juge pouvait également conclure à l’existence d’un droit d’usage qui revenait uniquement à M<sup>me</sup> Yared en raison de son statut de bénéficiaire de la fiducie.

[112] Je vais d’abord me pencher sur l’acte de fiducie, qui prévoit ce qui suit :

- a) Les bénéficiaires sont feu M<sup>me</sup> Yared et les quatre enfants (Article 4.1).
- b) Les fiduciaires sont M. Karam et sa mère âgée. En tant qu’« électeur », M. Karam avait le pouvoir, à sa seule discrétion, d’élire un nouveau bénéficiaire, y compris lui-même, ou de destituer les bénéficiaires existants (Article 4.2).
- c) Les fiduciaires ont le pouvoir de déterminer la proportion du capital et des revenus de la fiducie qui revient aux bénéficiaires, ainsi que de déterminer à quels bénéficiaires doivent revenir, en tout ou en partie, le capital et les revenus de la fiducie (Articles 4.3 et 4.4).
- d) Les fiduciaires peuvent employer divers moyens pour déterminer la meilleure façon d’utiliser les fonds de la fiducie et de les faire fructifier (Article 5).
- e) Les fiduciaires disposent de vastes pouvoirs quant à l’administration des biens de la fiducie, ainsi que de pouvoirs supplémentaires pour acheter et vendre des biens, conclure des contrats, contracter des prêts, solliciter des conseils et souscrire des polices d’assurance sous le régime de la fiducie (Article 6).

[113] Je le répète, les clauses de l’acte de fiducie en l’espèce confèrent à M. Karam, à titre de fiduciaire, des responsabilités et des pouvoirs importants. Cela est conforme aux pouvoirs conférés aux fiduciaires en vertu des dispositions précitées du *Code civil du Québec*. Toutefois, en s’appuyant uniquement sur les clauses de l’acte de fiducie — qui ne confèrent à M. Karam aucun droit à la résidence appartenant à

or existence of any right that he might have to the Residence.

[114] Rather, in my view, it is Ms. Yared who, as beneficiary, has a stronger claim to rights conferring use of the Residence. She had the right to require, pursuant to the Trust Deed, the provision of any benefit granted to her (art. 1284 *C.C.Q.*). While it is widely accepted that a beneficiary's rights in a trust are personal rights (D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8th ed. 2018), at p. 145; Beaulne, at pp. 232-33), the notion of “benefit” allows for a broader conception of the content of the beneficiary's rights, which may not be limited to receiving revenue or capital from the trust. This right to a benefit, albeit personal, may not be purely monetary and may instead relate to specific property (Beaulne, at p. 234). Such a right might be akin to the notion of a *jus ad rem*, which requires the debtor (or the debtor patrimony) to provide the property to the beneficiary (see Cantin Cumyn, at p. 64; H. Roland and L. Boyer, *Locutions latines du droit français* (4th ed. 1998), at p. 239; *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Property* (2012), “*jus ad rem*”, at pp. 97-98). This right to a benefit, corresponding to specific property held by the trust, remains in the nature of a personal rather than a real right. As such, it is analogous yet distinct from, for example, rights under a lease.

[115] In any case, what remains clear is that Mr. Karam had no such right in the assets of the Trust. Such a right flows from the beneficiaries' rights under the Trust, and Mr. Karam was not a beneficiary.

[116] The following portions of Mr. Karam's testimony are also relevant:

- a) The spouses' objective in establishing the Trust was to protect and provide for the children in light of Ms. Yared's diagnosis and the fact that Mr. Karam would soon become a single parent (A.R., vol. II, at pp. 65, 82 and 84).

la fiducie ou à l'usage de celle-ci —, il est difficile d'établir la source ou l'existence d'un quelconque droit que M. Karam aurait pu avoir à l'égard de la résidence.

[114] À mon avis, c'est plutôt M<sup>me</sup> Yared qui, en tant que bénéficiaire, est en meilleure position pour revendiquer les droits qui confèrent l'usage de la résidence. Elle avait le droit d'exiger, suivant l'acte de fiducie, la prestation de tout avantage qui lui était accordé (art. 1284 du *C.c.Q.*). S'il est largement reconnu que les droits d'un bénéficiaire dans une fiducie constituent des droits personnels (D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8<sup>e</sup> éd. 2018), p. 145; Beaulne, p. 232-233), la notion d'« avantage » donne ouverture à une conception plus large du contenu de ces droits, qui peuvent ne pas être limités à recevoir un revenu ou du capital de la fiducie. Ce droit à un avantage, bien qu'il soit personnel, peut ne pas être purement pécuniaire et peut plutôt avoir trait à un bien en particulier (Beaulne, p. 234). Un tel droit peut s'apparenter à la notion de *jus ad rem*, qui requiert que le débiteur (ou le patrimoine de ce dernier) remette le bien au bénéficiaire (voir Cantin Cumyn, p. 64; H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français* (4<sup>e</sup> éd. 1998), p. 239; *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons : Property* (2012), « *jus ad rem* », p. 97-98). Ce droit à un avantage, correspondant à un bien particulier détenu par la fiducie, demeure un droit personnel plutôt que réel. À ce titre, il est analogue, par exemple, aux droits qui découlent d'un bail, mais en reste distinct.

[115] Quoi qu'il en soit, il demeure évident que M. Karam ne détenait aucun droit de ce type sur les actifs de la fiducie. Un tel droit découle des droits des bénéficiaires suivant la fiducie, et M. Karam n'était pas bénéficiaire.

[116] Les passages suivants du témoignage de M. Karam sont également pertinents :

- a) L'objectif des époux, au moment de constituer la fiducie, était de protéger les enfants et de subvenir à leurs besoins étant donné le diagnostic reçu par M<sup>me</sup> Yared et le fait que M. Karam allait bientôt devenir chef de famille monoparentale (d.a., vol. II, p. 65, 82 et 84).



- b) The Residence was chosen as a result of its mixed commercial and residential uses and its potential to generate revenue to provide for the children. The family intended, if the need arose in the future, to rent or sell the space (A.R., vol. II, at pp. 84-85).
- c) The idea of establishing the Trust came from Mr. Karam's brothers-in-law (the appellants in the instant case), one of whom made the suggestion after arranging his own affairs in a similar manner. Mr. Karam and Ms. Yared used the same lawyer and notary that Mr. Yared had used, and the trust deeds were similarly formatted (A.R., vol. II, at pp. 65, 66 and 83).
- d) Both Mr. Karam and Ms. Yared were advised on the establishment of the Trust, and the content of the Trust Deed accurately reflects their intentions (A.R., vol. II, at p. 72).
- b) La résidence a été choisie en raison de ses usages mixtes à caractère commercial et résidentiel et de sa capacité éventuelle à générer des revenus pour subvenir aux besoins des enfants. La famille avait l'intention, si le besoin s'en faisait sentir ultérieurement, de louer ou de vendre l'espace (d.a., vol. II, p. 84-85).
- c) L'idée de constituer une fiducie est venue des beaux-frères de M. Karam (les appelants en l'espèce). L'un d'entre eux en avait fait la suggestion après avoir organisé ses propres affaires d'une façon semblable. M. Karam et M<sup>me</sup> Yared ont fait affaire avec le même avocat et le même notaire auxquels M. Yared avait fait appel, et les actes de fiducie étaient structurés de semblable manière (d.a., vol. II, p. 65, 66 et 83).
- d) M. Karam et M<sup>me</sup> Yared ont tous deux reçu des conseils sur la constitution de la fiducie, et le contenu de l'acte de fiducie traduit fidèlement leurs intentions (d.a., vol. II, p. 72).

[117] These facts have some similarities to those in *Droit de la famille — 071938*, which was relied on by the Quebec Court of Appeal in the instant case. In that case, the spouses acquired joint ownership of the family residence during the marriage. A few years later, the residence was transferred to a trust. The beneficiaries of the trust were the wife and the couple's children, and both spouses were trustees. As in the instant case, the Superior Court found that the residence did not form part of the family patrimony, given that it was no longer the property of the spouses, and relied instead on rights which confer use pursuant to art. 415 *C.C.Q.* The Superior Court held that there was a right which conferred use as a result of an unwritten contract between the trust and the spouses pursuant to art. 1121 *C.C.Q.*

[118] In the present case, assuming without deciding that a right of use may be conferred without any formality, or in other words, that tolerance may constitute a basis for such a right, I believe it was open to the trial judge to similarly find that a right which conferred use of the Residence existed by way of a tacit agreement between the Trust and the spouses. The spouses and their children moved into

[117] Il existe certaines similarités entre ces faits et ceux de l'affaire *Droit de la famille — 071938*, sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel du Québec en l'espèce. Dans cette affaire, les époux ont conjointement fait l'acquisition de la résidence familiale durant le mariage. Quelques années plus tard, la résidence a été transférée à une fiducie. Les bénéficiaires de la fiducie étaient l'épouse et les enfants du couple, et les deux époux étaient fiduciaires. Comme dans la présente affaire, la Cour supérieure a conclu que la résidence ne faisait pas partie du patrimoine familial puisqu'elle n'appartenait plus aux époux; elle s'est plutôt fondée sur les droits qui en confèrent l'usage prévus à l'art. 415 du *C.c.Q.* et jugé qu'il existait bel et bien un tel droit, lequel était le fruit d'un contrat non écrit intervenu entre la fiducie et les époux en application de l'art. 1121 du *C.c.Q.*

[118] Dans l'affaire qui nous occupe, à supposer, sans en décider, qu'un droit d'usage puisse être conféré sans formalité, ou, autrement dit, à supposer que la tolérance puisse constituer le fondement d'un tel droit, je crois que le juge de première instance pouvait aussi conclure qu'un droit qui conférait l'usage de la résidence existait du fait d'une entente tacite intervenue entre la fiducie et les époux. Ces

the Residence following its purchase, and the family would presumably have had the trustees' consent to reside in the home. The practical result of such an agreement would be a joint right which conferred use held by both spouses.

[119] My colleague is skeptical of the level of protection enjoyed by the beneficiaries pursuant to the Trust Deed (reasons of Rowe J., at para. 61). However, it is important to look both to the Trust Deed and to the *Civil Code of Québec* in order to gain a full picture of the protections afforded to the beneficiaries. While the Deed may entrust Mr. Karam with significant powers, these are circumscribed by the trust provisions of the *Civil Code of Québec*. It is thus not necessary to speculate on what might follow the purported removal of Ms. Yared and the children as beneficiaries. Quite simply, the law does not allow Mr. Karam to exercise his powers arbitrarily (art. 1283 *C.C.Q.*; see also Beaulne, at p. 228-29; *A.N. (Succession de)*, at para. 53).

[120] To address my colleague's position that the trial judge did not err in finding rights which confer use in Mr. Karam alone, I would reiterate that, as trustee, Mr. Karam must perform his duties in keeping with the purpose of the Trust and cannot do so for his own benefit (arts. 1260, 1283 and 1306 *C.C.Q.*). As the purpose of the Trust was stated, yet not expressly defined in the Trust Deed, we must look to the circumstances surrounding its establishment. Mr. Karam's unchallenged testimony confirms that the spouses' objective in constituting the Trust was to create an asset protection vehicle to provide for the children. Accordingly, despite the broad powers conferred upon Mr. Karam in the Trust Deed, his discretion as "Électeur", or appointer, and co-trustee was constrained by this purpose. Moreover, as trustee, Mr. Karam holds no right, real or personal, in the Trust's assets:

[TRANSLATION] [The trustee] is not only required to perform the acts necessary for sound management, which

derniers et leurs enfants se sont installés dans la résidence après l'achat, et la famille aurait vraisemblablement obtenu le consentement des fiduciaires pour y habiter. Le résultat pratique d'une telle entente serait un droit conjoint qui conférerait l'usage, détenu par les deux époux.

[119] Mon collègue doute du degré de protection dont jouissent les bénéficiaires aux termes de l'acte de fiducie (motifs du juge Rowe, par. 61). Il est toutefois important d'examiner à la fois cet acte de fiducie et le *Code civil du Québec* pour avoir un portrait d'ensemble des protections accordées aux bénéficiaires. Si l'acte de fiducie confère effectivement d'importants pouvoirs à M. Karam, ceux-ci sont circonscrits par les dispositions du *Code civil du Québec* sur la fiducie. Il n'est donc pas nécessaire de spéculer sur ce qui pourrait découler du retrait des statuts de bénéficiaires de M<sup>me</sup> Yared et des enfants. Dit simplement, la loi n'autorise pas M. Karam à exercer ses pouvoirs de façon arbitraire (art. 1283 du *C.c.Q.*; voir aussi Beaulne, p. 228-229; *A.N. (Succession de)*, par. 53).

[120] En ce qui concerne la position de mon collègue selon laquelle le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que les droits qui confèrent l'usage reviennent à M. Karam uniquement, je rappelle que, en tant que fiduciaire, ce dernier est tenu d'exercer ses fonctions dans le respect du but de la fiducie et qu'il ne peut pas les exercer pour son propre bénéfice (art. 1260, 1283 et 1306 du *C.c.Q.*). Comme l'objet de la fiducie était énoncé dans l'acte de fiducie, sans toutefois y être expressément défini, nous devons nous pencher sur les circonstances entourant la constitution de la fiducie. Le témoignage non contesté de M. Karam confirme que, en constituant la fiducie, les époux visaient à protéger leurs actifs de manière à subvenir aux besoins de leurs enfants. Par conséquent, malgré les vastes pouvoirs conférés à M. Karam par l'acte de fiducie, son pouvoir discrétionnaire en tant qu'« électeur » et cofiduciaire était limité par cet objet. En outre, à titre de fiduciaire, M. Karam ne détient aucun droit, réel ou personnel, dans les biens de la fiducie :

[Le fiduciaire] est non seulement tenu de poser les actes nécessaires à une saine gestion, ce qui exclut toute faculté,

excludes any freedom, but also has the duty not to derive any personal benefit from the trust property. It may be added to the foregoing that real rights and personal rights necessarily represent assets in the patrimony of their holder. This is not the case for the trustee. [Emphasis added.]

(Cantin Cumyn, at p. 69; see also Beaulne, at pp. 266-67.)

[121] As an example, the Trust Deed does grant Mr. Karam the power to appoint beneficiaries, which may include himself (A.R., vol. II, at pp. 117-18; reasons of Rowe J., at paras. 5, 11 and 56). However, he could not appoint himself beneficiary of the Trust to the detriment of his wife and children, as he cannot exercise the power of appointment for his own benefit (art. 1283 C.C.Q.). Given that art. 1283 C.C.Q. is a rule of public order, it therefore seems impossible that Mr. Karam could name himself beneficiary, despite the fact that the Trust Deed grants him that power. As the Minister of Justice explained upon the enactment of article 1283 C.C.Q.:

[TRANSLATION] This article is new and completes the preceding one. It gives the person having the power to appoint or to determine shares the assurance of enjoying a broad enough latitude to be able to change or revoke his or her decision where the achievement of the purpose of the trust depends on it.

The article makes it possible to change a decision that, for example, granted a scholarship enabling a deserving student to pursue a university education, where it is proved that the chosen student has abandoned his or her studies, in order to use the scholarship for a different purpose.

Moreover, the article states that the power to appoint or to determine shares may not be exercised for the benefit of the person on whom it has been conferred. If it were otherwise, the person with this power would be breaching his or her obligations. [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre*, at p. 765; see also Beaulne, at pp. 228-29.)

[122] My colleague places weight on the fact that the family resided in the Residence (reasons

mais il a aussi le devoir de ne tirer aucun avantage personnel des biens de la fiducie. À cela, on peut ajouter que le droit réel et le droit personnel représentent nécessairement un actif dans le patrimoine de leur titulaire. Il n'en est rien pour le fiduciaire. [Je souligne.]

(Cantin Cumyn, p. 69; voir aussi Beaulne, p. 266-267.)

[121] À titre d'exemple, l'acte de fiducie accorde bel et bien à M. Karam le pouvoir d'élire des bénéficiaires, ce qui peut comprendre lui-même (d.a., vol. II, p. 117-118; motifs du juge Rowe, par. 5, 11 et 56). Toutefois, il ne pouvait pas s'élire lui-même bénéficiaire au détriment de son épouse et de leurs enfants, puisqu'il ne peut exercer la faculté d'élire les bénéficiaires à son propre avantage (art. 1283 du C.c.Q.). Comme l'art. 1283 du C.c.Q. est une règle d'ordre public, il semble donc impossible que M. Karam ait pu s'élire lui-même bénéficiaire, même si l'acte de fiducie lui conférait ce pouvoir. Comme l'a expliqué le ministre de la Justice au moment de l'adoption de l'art. 1283 du C.c.Q. :

Cet article est nouveau et complète le précédent. Il accorde à la personne qui a la faculté d'élire ou de déterminer les parts, l'assurance d'une marge de manœuvre suffisamment large pour lui permettre de modifier ou de révoquer sa décision lorsqu'il y va de l'accomplissement de la fin poursuivie.

Il permet de modifier une décision qui aurait attribué, par exemple, une bourse d'études permettant à un étudiant méritant de poursuivre des études universitaires, sur preuve que l'étudiant choisi a abandonné ses études, pour employer cette bourse à une autre fin.

En outre, l'article précise que la faculté d'élire ou de déterminer les parts ne peut être exercée à l'avantage de celui à qui elle a été conférée. S'il en était autrement, ce serait, de la part de celui qui a cette faculté, un manquement à ses obligations. [Je souligne.]

(*Commentaires du ministre*, p. 765; voir aussi Beaulne, p. 228-229.)

[122] Mon collègue accorde de l'importance au fait que la famille habitait la résidence (motifs du juge

of Rowe J., at para. 59). While the family began to reside in the home following its acquisition by the Trust, the evidence is silent as to the nature of any relationship between the family and the Trust (C.A. reasons, at para. 55). All that the evidence discloses is the occupation of the Residence and the intention of the spouses to use it as an investment given its mixed residential and commercial uses. There is no evidence of a formal arrangement between the spouses and the Trust, as was the case in *Droit de la famille — 1646*.

[123] If, indeed, we were to accept that mere occupancy could give rise to a right which confers use, the necessary conclusion would be that both spouses held that right, given that they both resided in the Residence. I do not conclude as such, and find rather that the likely source of the legitimacy of the occupancy is an *agreement* between the Trust and the Residence's occupants.

[124] Unlike the cases in which courts have concluded that spouses had rights which conferred use by virtue of the transfer of the residence to a trust, the arrangement in the instant case is anything but artificial (*Droit de la famille — 3511*; *Droit de la famille — 071938*; see also *D.L.*). The record discloses no intention to evade the family patrimony provisions. On the contrary, there is unchallenged evidence that the Trust was established for the long-term benefit of the children.

[125] There is no reason to construe the powers exercised by Mr. Karam as trustee as anything but powers to be exercised for the benefit of his wife and children. No rights of occupancy existed prior to the establishment of the Trust, as the Residence was purchased by the Trust directly, and so it cannot be said that the spouses' rights continued as they had prior to the Trust's inception.

[126] I would agree with the Court of Appeal that where a residence owned by a trust previously belonged to one of the spouses and there has been no

Rowe, par. 59). Bien que la famille se soit installée dans la résidence à la suite de son acquisition par la fiducie, la preuve est muette quant à la nature d'un quelconque arrangement entre la famille et la fiducie (motifs de la C.A., par. 55). La preuve ne démontre que l'occupation de la résidence et l'intention des époux d'utiliser celle-ci comme un investissement, étant donné ses usages mixtes à caractère commercial et résidentiel. Rien n'indique l'existence d'un arrangement formel entre les époux et la fiducie, comme c'était le cas dans l'affaire *Droit de la famille — 1646*.

[123] Si nous devons effectivement reconnaître que la simple occupation puisse donner lieu à un droit qui confère l'usage, nous n'aurions d'autre choix que de conclure que ce droit revenait aux deux époux, puisqu'ils habitaient tous deux la résidence. Je ne conclus pas en ce sens. Je considère plutôt que la source probable de la légitimité de l'occupation est une *entente* entre la fiducie et les occupants de la résidence.

[124] Contrairement aux affaires dans lesquelles les tribunaux ont conclu que les époux détenaient des droits qui conféraient l'usage suivant le transfert d'une résidence à une fiducie, l'arrangement en cause en l'espèce n'a rien d'artificial (*Droit de la famille — 3511*; *Droit de la famille — 071938*; voir aussi *D.L.*). Le dossier ne révèle aucune intention d'éviter les règles du patrimoine familial. Au contraire, la preuve non contestée démontre que la fiducie a été constituée dans l'intérêt à long terme des enfants.

[125] Il n'y a aucune raison d'interpréter les pouvoirs exercés par M. Karam en tant que fiduciaire autrement que comme des pouvoirs exercés pour le bénéfice de son épouse et de ses enfants. Aucun droit d'occupation n'existait avant la constitution de la fiducie puisque la résidence a été achetée directement par cette dernière. On ne peut donc pas dire que les droits des époux ont continué d'exister comme ils existaient avant la constitution de la fiducie.

[126] Je conviens avec la Cour d'appel que lorsqu'une résidence appartenant à une fiducie a antérieurement appartenu à l'un ou l'autre des époux

change in circumstances in the intervening years apart from the transfer to the trust, a right which confers use may exist under art. 415 *C.C.Q.* (C.A. reasons, at para. 91). Such a situation may indicate that the transfer to the trust had the purpose of evading the family patrimony provisions. However, where, as in the instant case, the trust has a valid purpose and acquires the residence directly, a closer analysis of the terms of the trust deed and the surrounding circumstances will be necessary.

[127] In his interpretation of the Trust Deed, the trial judge failed to consider several relevant factors. His determination was based on the powers vested in Mr. Karam as trustee and “*Électeur*”, or appointer, which, as I have established above, are not equivalent to rights. In making his findings, the trial judge ignored the beneficiary rights vested exclusively in Ms. Yared and the four children, which would give Ms. Yared a stronger claim to any rights which conferred use than Mr. Karam could hold as trustee. Nor did the trial judge take into account the evidence demonstrating that Mr. Karam had never exercised his powers as trustee and appointer in any way, let alone for the purpose of reducing or modifying the rights of any of the original beneficiaries. The trial judge also failed to consider that Mr. Karam’s powers must be exercised in a manner consistent with the purpose of the trust, and not for his own benefit (arts. 1283 and 1306 *C.C.Q.*).

[128] The trial judge’s failure to observe the common intention of the parties and to take into account the nature of the contract and the surrounding circumstances was contrary to arts. 1425 and 1426 *C.C.Q.* It is accepted that these factual elements should be central to courts’ interpretation of contracts:

[TRANSLATION] [A]rticle [1426 *C.C.Q.*] adopts, in part, the rules in articles 1016 and 1017 *C.C.L.C.* concerning the nature of the contract and usage, but it adds a certain number of new elements that must be considered in interpreting the contract, such as the parties’ conduct in the

et que les circonstances n’ont pas changé au cours des années qui ont précédé et suivi le transfert de la résidence à la fiducie, il peut exister un droit qui confère l’usage de la résidence familiale au sens de l’art. 415 du *C.c.Q.* (motifs de la C.A., par. 91). Une telle situation peut indiquer que le transfert à la fiducie avait pour but d’éviter les règles du patrimoine familial. Cependant, lorsque, comme en l’espèce, la fiducie a un objet valable et acquiert la résidence directement, il est nécessaire de procéder à une analyse plus approfondie des modalités de l’acte de fiducie et des circonstances qui l’entourent.

[127] Dans son interprétation de l’acte de fiducie, le juge de première instance a omis de tenir compte de plusieurs facteurs pertinents. Sa conclusion était fondée sur les pouvoirs conférés à M. Karam à titre de fiduciaire et d’« électeur », pouvoirs qui, comme je l’ai déjà dit, n’équivalent pas à des droits. En tirant ses conclusions, le juge de première instance a négligé de tenir compte des droits des bénéficiaires conférés exclusivement à M<sup>me</sup> Yared et aux quatre enfants, lesquels droits placeraient M<sup>me</sup> Yared en meilleure position que M. Karam, à titre de fiduciaire, pour revendiquer les droits qui confèrent l’usage. Le juge de première instance n’a pas non plus tenu compte de la preuve démontrant que M. Karam n’a jamais exercé ses pouvoirs de fiduciaire ou d’électeur, et encore moins pour réduire ou modifier les droits de l’un ou l’autre des bénéficiaires initiaux. Il a aussi omis de tenir compte du fait que les pouvoirs de M. Karam devaient être exercés conformément à l’objet de la fiducie et non à son propre avantage (art. 1283 et 1306 du *C.c.Q.*).

[128] En omettant de prendre en compte l’intention commune des parties, de même que la nature du contrat ou les circonstances qui l’entourent, le juge de première instance n’a pas respecté les art. 1425 et 1426 du *C.c.Q.* Il est reconnu que ces éléments factuels devaient être au cœur de l’interprétation des contrats par les tribunaux :

[L]’article [1426 *C.c.Q.*] reprend, en partie, les règles des articles 1016 et 1017 *C.c.B.-C.* concernant la nature du contrat et les usages, mais il ajoute un certain nombre d’éléments nouveaux qui doivent être considérés lors de l’interprétation du contrat, telle la conduite des parties



performance of the contract or, more generally, the interpretation they seem to have given to the contract through their acts and their own subsequent conduct.

It is very rare for article 1426 C.C.Q. to be used separately from article 1425 and vice-versa. These two provisions are complementary and essential to the interpretative process. Indeed, in seeking the parties' true intention, the courts must review the factual elements relating to the nature of the contract, the circumstances and the conduct of the parties, as well as usage.

It should be noted that courts generally tend to give this article a broad interpretation. This allows them to take into account as many elements and indicia as possible that can be helpful to them in determining the solution to the legal problem. [Emphasis added.]

(V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at pp. 1713-15)

[129] The trial judge was content with a literal reading of the Trust Deed. As a result, he disregarded the very nature of a trust and the relevant provisions of the *Civil Code of Québec*, thereby conflating powers with rights. In my view, this misconception of the evidence constitutes a material error that affected the trial judge's conclusion (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 72; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15).

[130] I would emphasize again that the *Civil Code of Québec* does not oblige spouses to acquire property which would fall under the family patrimony. The effect of the trial judgment is to deprive the spouses of the characteristics and benefits of the legal institution of the trust, of which they freely chose to avail themselves.

[131] To sum up, the trial judge erred in finding that Mr. Karam alone held a right which conferred use in the Residence. If such a right existed, it was held only by Ms. Yared, as a beneficiary of the Trust, or was jointly held by both spouses as a result of a tacit agreement between them and the Trust.

dans l'exécution du contrat ou, plus généralement, l'interprétation qu'elles semblent donner au contrat, par leurs faits et leurs propres comportements subséquents.

Il est très rare que l'article 1426 C.c.Q. soit utilisé séparément de l'article 1425 et vice-versa. Ces deux dispositions sont complémentaires et essentielles au processus interprétatif. En effet, dans la recherche de l'intention réelle des parties, les tribunaux se doivent de passer en revue les éléments factuels reliés à la nature du contrat, aux circonstances et au comportement des parties, ainsi que les usages.

Il convient de noter que les tribunaux ont généralement tendance à accorder une interprétation large à cet article. Ils se permettent ainsi de prendre en compte le plus d'éléments et d'indices possibles qui pourront leur être utiles à la détermination de la solution au problème juridique. [Je souligne.]

(V. Karim, *Les obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2015), vol. 1, p. 1713-1715)

[129] Le juge de première instance s'est contenté d'une interprétation littérale de l'acte de fiducie. En conséquence, il a fait abstraction de la nature même d'une fiducie et des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*, confondant ainsi les pouvoirs et les droits. À mon avis, cette mauvaise compréhension de la preuve constitue une erreur importante qui a eu une incidence sur la conclusion du juge de première instance (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 72; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 15).

[130] Je souligne une fois de plus que le *Code civil du Québec* n'oblige pas les époux à acquérir des biens qui feraient partie du patrimoine familial. Le jugement de première instance a pour effet de priver les époux des caractéristiques et des avantages que présente l'institution de la fiducie, une institution juridique qu'ils ont librement choisie.

[131] En résumé, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que seul M. Karam détenait un droit qui conférait l'usage de la résidence. Si un tel droit existait, il était détenu soit exclusivement par M<sup>me</sup> Yared, à titre de bénéficiaire de la fiducie, soit conjointement par les deux époux suivant une entente tacite intervenue entre eux et la fiducie.

(2) Fairness Concerns

[132] Article 416 *C.C.Q.* provides that in the event of the dissolution or nullity of a marriage, the value of the family patrimony is divided equally between the spouses, or, as in the instant case, between the surviving spouse and the heirs. Everything forming part of the family patrimony must therefore be evenly divided, with each spouse or his or her estate receiving 50 percent of the value (subject to some exceptions not applicable in this case).

[133] Consequently, should any rights conferring use of the Residence exist, the value of those rights must be divided equally between Mr. Karam and Ms. Yared's estate.

[134] As my colleague acknowledges, the inclusion of the rights which conferred use of the Residence in the family patrimony would unfairly impoverish Mr. Karam (reasons of Rowe J., at para. 66). Not only would he be required to pay 50 percent of the value of the Residence into Ms. Yared's estate, despite the fact that the title to the Residence remains in the Trust patrimony, but he would be left with nothing. In other words, he would not get his 50 percent of the value of the rights conferring use of the Residence — to which he is entitled pursuant to art. 416 *C.C.Q.* — while the children would receive up to 150 percent of the value of the Residence. Indeed, under the terms of Ms. Yared's will, the children would inherit 50 percent of the family patrimony's value as Ms. Yared's heirs, in addition to being the sole beneficiaries of the Trust. The result is a legal and mathematical incoherence.

[135] My colleague proposes a solution in the event that the parties are unable to reach an agreement. I would note in passing that while a peaceful resolution of the dispute may be hoped for, it is not for the courts to assume that parties will reach agreements; parties remain free to negotiate as they wish, but if no agreement is reached, it is then up to the courts to resolve the dispute. My colleague suggests that the courts should be able to avoid an unfair result by using the power granted by art. 1294 *C.C.Q.* to amend the Trust Deed in order to allow Mr. Karam to sell the

(2) Préoccupations en matière d'équité

[132] L'article 416 du *C.c.Q.* prévoit que, en cas de dissolution ou de nullité d'un mariage, la valeur du patrimoine familial est divisée à parts égales entre les époux ou, comme en l'espèce, entre l'époux survivant et les héritiers. Tout ce qui fait partie du patrimoine familial doit donc être divisé à parts égales, chacun des époux ou leur succession ayant droit à 50 p. 100 de sa valeur (sous réserve de certaines exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce).

[133] Ainsi, s'il existe des droits qui confèrent l'usage de la résidence, la valeur de ces droits doit être divisée à parts égales entre M. Karam et la succession de M<sup>me</sup> Yared.

[134] Comme le reconnaît mon collègue, l'inclusion des droits qui confèrent l'usage de la résidence dans le patrimoine familial aurait pour effet d'appauvrir injustement M. Karam (motifs du juge Rowe, par. 66). Non seulement serait-il tenu de verser 50 p. 100 de la valeur de la résidence à la succession de M<sup>me</sup> Yared (malgré le fait que le titre de propriété de la résidence demeure dans le patrimoine de la fiducie), mais il ne lui resterait rien. Autrement dit, il n'obtiendrait pas sa part de 50 p. 100 de la valeur des droits qui confèrent l'usage de la résidence — part à laquelle il a droit au titre de l'art. 416 du *C.c.Q.* — tandis que les enfants recevraient jusqu'à 150 p. 100 de la valeur de la résidence. En effet, selon le testament de M<sup>me</sup> Yared, les enfants hériteraient de 50 p. 100 de la valeur du patrimoine familial à titre d'héritiers de leur mère, en plus d'être les seuls bénéficiaires de la fiducie. Il en résulte une incohérence juridique et mathématique.

[135] Mon collègue propose une solution advenant que les parties n'arriveraient pas à trouver un terrain d'entente. Je signale au passage que bien qu'on puisse souhaiter qu'un litige se règle à l'amiable, les tribunaux ne peuvent tenir pour acquis que les parties s'entendront; elles demeurent libres de négocier comme elles l'entendent, mais en l'absence d'une entente, il appartient ensuite aux tribunaux de résoudre le litige. Mon collègue laisse entendre que les tribunaux devraient être en mesure d'éviter un résultat injuste en utilisant le pouvoir que leur confère

property, pay his debt to Ms. Yared's estate and keep 50 percent of the value of the Residence (reasons of Rowe J., at para. 67).

[136] Respectfully, I do not agree that the answer lies in art. 1294 *C.C.Q.*, which reads as follows:

**1294.** Where a trust has ceased to meet the original intent of the settlor, particularly as a result of circumstances unknown to him or unforeseeable and which make the pursuit of the purpose of the trust impossible or too onerous, the court may, on the application of an interested person, terminate the trust; the court may also, in the case of a social trust, substitute, for the original purpose of the trust, a purpose as nearly like it as possible.

Where the trust continues to meet the intent of the settlor but new measures would allow a more faithful compliance with his intent or facilitate the fulfilment of the trust, the court may amend the provisions of the constituting act.

[137] I note that any amendment to the Trust Deed pursuant to art. 1294 *C.C.Q.* would still have to be consistent with the purpose of the Trust. In fact, amendments must prove better at fulfilling the trust's purpose than the original terms of the trust deed itself. To allow Mr. Karam to sell the property and use some of the proceeds to pay his debts arising from the inclusion of the value of the Residence in the family patrimony would result in a deprivation to the children of a portion of that value. This would certainly run contrary to the Trust's purpose to provide for the children, as well as to Mr. Karam's obligation to act in the best interest of the beneficiaries. It is far from clear that an obstacle has arisen in this case which prevents the Trust from continuing to fulfill the purpose for which it was originally established, namely to provide for the children of Ms. Yared and Mr. Karam (A.R., vol. II, at p. 110). Thus, it is difficult to imagine that an amendment to the Trust Deed such as is suggested by my colleague is available in these circumstances.

[138] As the parties, the Court of Appeal and my colleague have noted, the purpose of the family

l'art. 1294 du *C.c.Q.* de modifier l'acte de fiducie, pour permettre à M. Karam de vendre la résidence afin qu'il puisse payer sa dette à la succession de M<sup>me</sup> Yared et conserver sa part de 50 p. 100 de la valeur de la résidence (motifs du juge Rowe, par. 67).

[136] Avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que la réponse se trouve à l'art. 1294 du *C.c.Q.*, qui est ainsi libellé :

**1294.** Lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie; il peut aussi, dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche le plus possible du but original.

Si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif.

[137] Je souligne que la modification de l'acte de fiducie, par application de l'art. 1294 du *C.c.Q.*, doit être conforme à l'objet de la fiducie. En fait, toute modification doit s'avérer plus efficace pour atteindre cet objet que ne le faisait son libellé original. Permettre à M. Karam de vendre la résidence et d'utiliser une partie du produit de la vente pour payer la dette découlant de l'inclusion de la valeur de la résidence dans le patrimoine familial aurait pour effet de priver les enfants d'une portion de cette valeur. Cela irait certainement à l'encontre de l'objet de la fiducie, soit de subvenir aux besoins des enfants, ainsi que de l'obligation de M. Karam d'agir dans le meilleur intérêt des bénéficiaires. Il est loin d'être évident qu'il y ait un obstacle dans la présente cause qui empêcherait la fiducie de continuer à réaliser l'objet pour lequel elle a été créée au départ, soit de subvenir aux besoins des enfants de M<sup>me</sup> Yared et de M. Karam (d.a., vol. II, p. 110). Il est donc difficile d'imaginer qu'il soit possible dans les circonstances de modifier la fiducie comme le suggère mon collègue.

[138] Comme l'ont noté les parties, la Cour d'appel et mon collègue, les dispositions portant sur le

patrimony provisions is to prevent economic inequality and undue hardship to spouses, a hardship that will surely befall Mr. Karam should the rights conferring use of the Residence be included in the family patrimony.

### (3) Valuation

[139] As for the value of the rights which confer use of the Residence, I would agree with the Court of Appeal that if such rights were held jointly by the spouses, they would cancel each other out at the time of partition (C.A. reasons, para. 105). A similar conclusion was reached in *Droit de la famille — 071938*, in which Gagnon J. found that the spouses had equal rights of use which cancelled each other out and that it was therefore unnecessary to assign a dollar value to those rights (paras. 110-12).

[140] Even assuming that either Mr. Karam or Ms. Yared alone held rights which conferred use, I highly doubt that those rights could have the same value as the Residence itself, as the trial judge found. Neither spouse could have sold the Residence and retained the proceeds under the terms of the Trust or the relevant provisions of the *Civil Code of Québec*. Insofar as they derived a benefit, it was merely from occupation of the Residence.

[141] In any event, there was no evidence before the trial judge to support his finding that the rights which conferred use of the Residence were equivalent to the market value of the property. Expert evidence would have been required to value such rights, and no such evidence was proffered at trial. As the Court of Appeal stated, the question of valuation was not one of the subjects of debate on which counsel and the trial judge had agreed at the outset of the hearing, and the trial judge should have refrained from making a determination on this point (paras. 107-10).

patrimoine familial ont pour objet de protéger les époux contre les inégalités économiques et les préjudices indus, préjudices qui guetteraient assurément M. Karam si les droits conférant l'usage de la résidence devaient être inclus dans le patrimoine familial.

### (3) Évaluation

[139] En ce qui concerne la valeur des droits qui confèrent l'usage de la résidence, je conviens avec la Cour d'appel que si ces droits étaient détenus conjointement par les époux, ils s'annuleraient au moment du partage (motifs de la C.A., par. 105). Une conclusion semblable a été tirée dans la décision *Droit de la famille — 071938*, dans laquelle le juge Gagnon a conclu que les époux détenaient des droits d'usage égaux qui s'annulaient et qu'il était donc inutile de leur attribuer une valeur en dollars (par. 110-112).

[140] Même en supposant que soit M. Karam seul soit M<sup>me</sup> Yared seule détenait des droits d'usage, je doute fortement que ces droits puissent avoir une valeur équivalente à la valeur de la résidence elle-même, comme l'a déclaré le juge de première instance. Ni l'un ni l'autre des époux n'aurait pu vendre la résidence et conserver le produit de la vente aux termes de l'acte de fiducie et des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*. S'ils ont tiré un quelconque avantage, ils l'ont simplement tiré de l'occupation de la résidence.

[141] Quoi qu'il en soit, le juge de première instance ne disposait d'aucune preuve pour appuyer sa conclusion selon laquelle la valeur des droits qui conféraient l'usage de la résidence était équivalente à la valeur marchande de la résidence. Une preuve d'expert aurait été nécessaire pour établir la valeur de ces droits; or, aucune preuve du genre n'a été présentée au procès. Comme la Cour d'appel l'a déclaré, la question de l'évaluation n'était pas l'un des sujets de débat dont, dès le début de l'audience, les avocats et le juge de première instance avaient convenu de traiter. Ce dernier aurait dû s'abstenir de se prononcer sur cette question (par. 107-110).

### III. Conclusion

[142] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ and KARAKATSANIS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

### III. Conclusion

[142] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges CÔTÉ et KARAKATSANIS sont dissidentes.*

*Procureurs des appelants : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*



**Attorney General of Canada**  
*Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

**British Columbia Investment  
Management Corporation**  
*Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**Her Majesty The Queen in Right of  
the Province of British Columbia**  
*Respondent/Respondent on cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario and Attorney  
General of Alberta** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
v. BRITISH COLUMBIA INVESTMENT  
MANAGEMENT CORP.**

**2019 SCC 63**

File No.: 38059.

2019: May 13; 2019: December 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Intergovernmental immunity from taxation — Goods and services tax — Scope of intergovernmental immunity — Provincial Crown corporation created by legislature to provide investment management services to province's public sector pension plans and other Crown entities — Whether provincial Crown corporation required to collect and remit federal GST on costs it incurs in making investments in pooled investment portfolios — Whether provincial Crown corporation entitled to constitutional immunity from taxation — Constitution Act, 1867, s. 125 — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, Part IX.*

**Procureur général du Canada**  
*Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

**British Columbia Investment  
Management Corporation**  
*Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

**Sa Majesté la Reine du chef de la  
province de la Colombie-Britannique**  
*Intimée/Intimée au pourvoi incident*

et

**Procureur général de l'Ontario et procureur  
général de l'Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR  
GÉNÉRAL) c. BRITISH COLUMBIA  
INVESTMENT MANAGEMENT CORP.**

**2019 CSC 63**

N° du greffe : 38059.

2019 : 13 mai; 2019 : 13 décembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin.

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

*Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale contre la taxation — Taxe sur les produits et services — Portée de l'immunité intergouvernementale — Société de la Couronne provinciale créée par la législature afin qu'elle fournisse des services de gestion de placement aux régimes de retraite du secteur public et à d'autres entités de la Couronne — La société de la Couronne provinciale est-elle tenue de percevoir et de verser la TPS fédérale sur les frais qu'elle engage lorsqu'elle fait des placements dans les portefeuilles de fonds communs de placement? — La société de la Couronne provinciale a-t-elle droit à l'immunité fiscale prévue par la Constitution? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 125 — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, Partie IX.*

*Taxation — Goods and services tax — Federal-provincial reciprocal taxation agreement — Whether agreements entered into by federal and provincial governments to pay the other's sales taxes are binding on other Crown entities — Whether agreements have legal effect of removing immunity from taxation that would otherwise be enjoyed by Crown agent.*

In 1999, the legislature of British Columbia (the Province) created the British Columbia Investment Management Corporation (BCI) to provide investment management services to the Province's public sector pension plans and other Crown entities through the *Public Sector Pension Plans Act (PSPPA)*. On its creation, BCI assumed ownership and management of the investment assets held in pooled investment portfolios (Portfolios), which formerly were held and managed by the Province's Minister of Finance. At the same time, the Province modernized its public sector pensions by creating a joint trusteeship structure, to allow both pension plan members and their employers to participate in the management of the public sector pension plans. These changes were intended to create a degree of separation between the government and the management of its investment funds and the public sector pensions.

By virtue of two separate agreements, the Province and Canada have agreed to pay the other's sales taxes in certain circumstances. Under the Reciprocal Taxation Agreement (RTA), Canada agreed to pay certain provincial taxes and fees and the Province agreed to pay the taxes imposed under the federal *Excise Tax Act*, Part IX (*ETA*). Provincial entities listed in Schedule A of the RTA could apply for a rebate of any GST paid. BCI was added to Schedule A in 1999 but removed in 2003. Under the Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement (CITCA), the Province and Canada agreed to pay HST on supplies purchased by their respective governments and agents. The CITCA was in effect until 2013, when the Province withdrew from the HST regime and returned to the GST/PST model.

Following BCI's removal from Schedule A of the RTA in 2003, Canada Revenue Agency (CRA) began to question whether BCI was entitled to claim immunity from GST in respect of the expenses it incurred in managing the Portfolios. In December 2013, BCI filed a petition in the Supreme Court of British Columbia, seeking declarations that as a statutory Crown agent, BCI is immune from taxation in respect of the assets it holds in the Portfolios,

*Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Accord de réciprocité fiscale fédéral-provincial — Les accords conclus par les gouvernements fédéral et provinciaux visant le paiement réciproque de leurs taxes de vente lient-ils les entités de la Couronne? — Les accords ont-ils l'effet juridique d'écartier l'immunité fiscale dont jouirait par ailleurs un mandataire de la Couronne?*

En 1999, la législature de la Colombie-Britannique (la province) a créé la British Columbia Investment Management Corporation (BCI) afin qu'elle fournisse des services de gestion de placements aux régimes de retraite du secteur public de la province ainsi qu'à d'autres entités de la Couronne sous le régime de la *Public Sector Pension Plans Act (PSPPA)*. Au moment de sa création, BCI a assumé la propriété en common law et a pris en charge la gestion des placements détenus dans des portefeuilles de fonds communs de placement (Portefeuilles), qui étaient auparavant détenus et gérés par le ministre des Finances de la province. À la même époque, la province procédait à une modernisation de ses fonds de retraite du secteur public en créant une structure d'administration fiduciaire conjointe, afin de permettre tant aux participants aux régimes de retraite du secteur public qu'à leurs employeurs de participer à la gestion de ces régimes. Ces changements visaient à créer une certaine distance entre le gouvernement et la gestion de ses fonds de placement et des fonds de retraite du secteur public.

Aux termes de deux accords distincts, la province et le Canada ont convenu de payer réciproquement leurs taxes de vente dans certaines circonstances. Selon l'accord de réciprocité fiscale (le *Reciprocal Tax Agreement* ou RTA), le Canada a convenu de payer certains frais et taxes provinciaux et la province a convenu de payer les taxes exigées au titre de la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise (LTA)*. Les entités provinciales figurant sur la liste de l'annexe A du RTA pouvaient demander un remboursement de la TPS payée. BCI a été ajoutée à l'annexe A en 1999, mais a été retirée en 2003. Aux termes de l'accord global intégré de coordination fiscale (*Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement* ou CITCA), la province et le Canada ont convenu de payer la TVH sur les fournitures achetées par leur gouvernement et mandataires respectifs. Le CITCA est demeuré en vigueur jusqu'en 2013, lorsque la province a délaissé le régime de la TVH en faveur du modèle antérieur de TPS-TVP.

À la suite du retrait de BCI de l'annexe A du RTA en 2003, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a commencé à mettre en doute le droit de BCI d'invoquer l'immunité à l'égard de la TPS relativement aux frais qu'elle engageait dans le cadre de la gestion des Portefeuilles. En décembre 2013, BCI a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une requête, afin d'obtenir les déclarations qu'en qualité de mandataire légal de la Couronne, BCI bénéficie de l'immunité fiscale

and is not bound by either the RTA or the CITCA or the payment obligations found in those agreements.

Canada sought to strike BCI's petition, arguing that the dispute should be heard by the Tax Court of Canada, not the Supreme Court of British Columbia but its motion was dismissed. The chambers judge held that the Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to hear the petition, that BCI, as a statutory Crown agent, enjoys immunity under s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, which states that no lands or property belonging to Canada or any Province shall be liable to taxation, and that BCI is bound by the taxation agreements. The Court of Appeal agreed. Canada appeals the holding that BCI is immune from taxation and BCI cross-appeals with respect to the binding nature of the agreements.

*Held* (Wagner C.J. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin J.J.: The chambers judge did not err in exercising his jurisdiction to decide BCI's petition. Both the scope and the timing of BCI's petition supports the chambers judge's characterization of BCI's claim and its decision to exercise its jurisdiction. In deciding whether to exercise its jurisdiction, a court must determine the essential nature of the claim. In this case, the chambers judge determined that the core of BCI's petition was not an attack on the GST assessments but rather Canada's ability to tax BCI in the first place. He also concluded that the constitutional immunity and intergovernmental agreements issues were linked — if the immunity claim was successful, the agreements were the only way BCI could be required to pay GST. There is no reversible error in this analysis. The issues raised in BCI's petition go beyond the assessment of tax under the *ETA*, this case is about the rights, obligations, and duties of a Crown agent, under the Constitution and at common law. Furthermore, although challenges to the correctness of a tax assessment under the *ETA* fall within the exclusive jurisdiction of the Tax Court, at the time BCI filed its petition, the reassessments issued in 2015 had not yet been issued so the Tax Court had no jurisdiction over the dispute.

à l'égard des actifs qu'elle détient dans les Portefeuilles, et qu'elle n'est pas liée par le RTA ou le CITCA, ni par les obligations de paiement énoncées dans ces accords.

Le Canada a sollicité la radiation de la requête de BCI, soutenant que le litige devait être instruit par la Cour canadienne de l'impôt, et non par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais sa requête a été rejetée. Le juge siégeant en son cabinet a conclu que la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence pour trancher la requête, que BCI, en qualité de mandataire légal de la Couronne chargé de gérer les Portefeuilles, bénéficiait de l'immunité fiscale en vertu de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont le libellé prévoit que nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province ne sera sujette à la taxation, et que BCI est liée par les accords fiscaux. La Cour d'appel était aussi de cet avis. Le Canada interjette appel de la conclusion selon laquelle BCI bénéficie de l'immunité fiscale, et BCI forme un appel incident à l'égard de la conclusion relative au caractère contraignant des accords.

*Arrêt* (le juge en chef Wagner est dissident en partie) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

*Les juges* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin : Le juge siégeant en son cabinet n'a pas commis d'erreur en exerçant sa compétence pour trancher la requête de BCI. Tant la portée de la requête de BCI que le moment où elle a été introduite appuient la qualification de la demande de BCI par le juge siégeant en son cabinet et sa décision d'exercer sa compétence. Pour décider s'il exerce ou non sa compétence, le tribunal doit déterminer la nature essentielle de la demande. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet a décidé que l'essentiel de la requête de BCI ne constituait pas une contestation des cotisations de TPS, mais plutôt du pouvoir du Canada d'imposer dès le départ une taxe à BCI. Il a également conclu que les questions relatives à l'immunité constitutionnelle et aux accords intergouvernementaux étaient connexes — si la demande relative à l'immunité était retenue, les accords seraient la seule voie par laquelle BCI pourrait être tenue de payer la TPS. Il n'y a aucune erreur donnant lieu à révision dans cette analyse. Les questions soulevées dans la requête de BCI vont au-delà de la cotisation fiscale établie sous le régime de la *LTA*; la présente affaire porte sur les droits, obligations et devoirs d'un mandataire de la Couronne aux termes de la Constitution et en common law. Qui plus est, bien que les contestations du bien-fondé d'une cotisation fiscale établie en application de la *LTA* relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt, lorsque BCI a déposé sa requête, les nouvelles cotisations de 2015 n'avaient pas encore été établies de sorte que la Cour canadienne de l'impôt n'avait pas compétence sur le litige.

The *ETA*'s mechanism for imposing GST on the Portfolios would result in Crown property being subject to taxation. Therefore, s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, renders the relevant provisions of Part IX of the *ETA* inapplicable in respect of the Portfolios. Part IX of the *ETA* governs the payment, collection and remittance of the federal GST (and HST, where applicable). Every recipient of a taxable supply must pay GST on the consideration paid for the supply. Suppliers registered under the *ETA* are required to collect GST and periodically remit it to the federal government. BCI uses two different structures to manage the assets placed with it for investment: investments are either held in the Portfolios or as segregated funds, separate and apart from the assets of the Portfolios. There is no dispute that the investment management services BCI provides outside the context of the Portfolios (i.e. in managing the segregated funds) are taxable supplies for GST purposes. However, for the Portfolios, BCI recovers the costs of managing them from the income realized on the assets held in the Portfolios and does not collect GST on these amounts. Thus, the issue under the *ETA* does not relate to the nature of BCI's investment management activities but rather involves whether the Portfolios can be considered a "recipient" of a taxable supply under the *ETA*.

Section 123(1) of the *ETA* defines a "recipient" with reference to either the person who is liable to pay consideration for a supply of services or, if no consideration is payable, the person to whom a service is rendered. To fall within this definition, a recipient must also be a person. At common law, only natural persons and corporations have legal personalities; a trust does not. To capture transactions involving a wide range of entities, the *ETA* defines "person" and confers upon a trust a separate, artificial legal identity for tax purposes. The combined effects under the *ETA* is to impose GST collection, remittance and payment obligations on trusts and trustees in certain circumstances. For the purposes of determining whether BCI enjoys constitutional immunity, it is assumed that the Portfolios are "a trust" within the meaning of Part IX of the *ETA*. On this assumption, BCI would hold the Portfolio assets in trust for the benefit of the unit holders.

Applying the *ETA* to BCI and the Portfolios is further complicated by the fact that BCI is a provincial Crown

Le mécanisme prévu dans la *LTA* pour imposer la TPS sur les Portefeuilles aurait pour effet d'assujettir les biens de la Couronne à la taxation. En conséquence, l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend inapplicables les dispositions pertinentes de la partie IX de la *LTA* en ce qui a trait aux Portefeuilles. La partie IX de la *LTA* régit le paiement, la perception et le versement de la TPS fédérale (et, le cas échéant, de la TVH). L'acquéreur d'une fourniture taxable doit payer la TPS sur la valeur de la contrepartie de la fourniture. Les fournisseurs inscrits au titre de la *LTA* sont tenus de percevoir la TPS et de la verser périodiquement au gouvernement fédéral. BCI se sert de deux structures différentes pour gérer les actifs qui lui sont confiés à des fins d'investissement : les placements sont détenus dans des Portefeuilles ou à titre de fonds distincts, séparément des actifs des Portefeuilles. Il est indéniable que les services de gestion de placements que BCI fournit en dehors du contexte des Portefeuilles (c.-à-d., dans le cadre de la gestion des fonds distincts) constituent des fournitures taxables aux fins de la TPS. Cependant, en ce qui concerne les Portefeuilles, BCI recouvre ses frais de gestion à même les revenus générés par les actifs qui y sont détenus et ne perçoit pas de TPS sur ces montants. En conséquence, la question qui se pose dans le cadre de l'application de la *LTA* ne concerne pas la nature des activités de gestion de placements de BCI, mais est plutôt celle de savoir si les Portefeuilles peuvent être considérés comme un « acquéreur » d'une fourniture taxable aux fins de la *LTA*.

Selon le paragraphe 123(1) de la *LTA*, l'« acquéreur » s'entend de la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture du service qui lui est rendu ou, si nulle contrepartie n'est payable, la personne à qui un service est rendu. Pour être visé par cette définition, l'acquéreur doit également être une personne. En common law, seules les personnes physiques et les personnes morales ont une personnalité juridique; les fiducies n'en ont pas. Afin de comprendre les opérations mettant en cause un vaste éventail d'entités, la *LTA* définit le terme « personne » et confère à la fiducie une identité juridique artificielle distincte aux fins fiscales. Cela a pour effet, sous le régime de la *LTA*, d'imposer aux fiducies et aux fiduciaires des obligations relatives à la perception, au versement et au paiement de la TPS dans certaines circonstances. Afin de trancher la question de savoir si BCI bénéficie de l'immunité constitutionnelle, on suppose que les Portefeuilles constituent une « fiducie » au sens de la partie IX de la *LTA*. Dans cette hypothèse, BCI détiendrait les actifs du Portefeuille en fiducie au profit des détenteurs d'unités.

Le fait que BCI est un mandataire de la Couronne provinciale complique quelque peu l'application de la

agent. Intergovernmental immunity from taxation grants each level of government operational space to govern without interference and seeks to maintain the federal-provincial distribution of property set out in the *Constitution Act, 1867*. Section 125 grants constitutional immunity from taxation when two requirements are met. First, the pith and substance of the impugned charge must constitute “taxation” within the meaning of ss. 91(3) or 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Second, the subject matter of the tax must be property belonging to the federal Crown in the case of a tax imposed by the provincial legislature and to the provincial Crown in the case of a tax imposed by Parliament. Where these two prerequisites are met, s. 125 applies and renders otherwise valid taxation provisions inapplicable in respect of Crown property.

In the instant case, there is no question that the federal GST falls squarely within the meaning of “taxation” in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*, and that, as a statutory Crown agent, BCI enjoys the same constitutional immunity in respect of its property as the provincial Crown does. When the Crown holds property in trust, s. 125 of the *Constitution, 1867*, protects only the Crown’s interest in trust property from taxation. A private beneficial interest can therefore be taxed when the Crown holds legal title. However, if the tax is imposed on the Crown’s interest in the property, then constitutional immunity applies. In this case, the *ETA* uses a legal fiction to require a trust to pay tax on taxable services provided to it by its trustee. However, when the trustee is a provincial Crown agent, this mechanism runs afoul of s. 125 because it imposes tax on property legally owned by the Crown. The *ETA* does not impose GST on a distinct private beneficial ownership interest in this case. Therefore, the *ETA* is constitutionally inapplicable to the Portfolios.

BCI is subject to the RTA and the CITCA. In light of their clear wording, the agreements resemble private law contracts and were intended to create legally binding obligations for Canada and the Province. The *PSPPA* establishes that BCI’s tax immunities and obligations follow those of the Province. Because the language of this provision is broad enough to include obligations voluntarily assumed by the Province, BCI is generally subject to the obligations set out in the agreements to the same extent that the Province would be. However, the nature of any

*LTA* à BCI et aux Portefeuilles. L’immunité fiscale intergouvernementale accordée à chaque ordre de gouvernement l’espace opérationnel nécessaire pour gouverner sans intervention externe et a pour but de préserver la répartition des biens entre les gouvernements fédéral et provinciaux énoncée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 125 confère l’immunité fiscale constitutionnelle lorsque deux conditions sont réunies. D’abord, le prélèvement contesté, de par son caractère véritable, doit viser la « taxation » au sens du par. 91(3) ou 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, la taxe doit viser des biens appartenant à la Couronne fédérale dans le cas d’une taxe imposée par la législature provinciale, et des biens appartenant à la Couronne provinciale dans le cas d’une taxe imposée par le Parlement. Lorsque ces deux conditions préalables sont établies, l’art. 125 s’applique et rend inapplicables les dispositions fiscales par ailleurs valides à l’égard des biens de la Couronne.

En l’espèce, il ne fait aucun doute que la TPS fédérale relève directement du sens donné au terme « taxation » que l’on trouve au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et qu’en tant que mandataire légal de la Couronne, BCI jouit de la même immunité constitutionnelle à l’égard de ses biens que la Couronne provinciale. Lorsque la Couronne détient des biens en fiducie, l’art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère l’immunité seulement à l’intérêt de la Couronne dans les biens en fiducie. Un intérêt bénéficiaire privé peut donc faire l’objet d’une taxe même lorsque la Couronne détient un titre en common law. Cependant, si la taxe est imposée sur l’intérêt de la Couronne dans le bien, l’immunité constitutionnelle s’applique. En l’espèce, la *LTA* recourt à une fiction juridique pour contraindre une fiducie à payer une taxe sur les services taxables que lui fournit son fiduciaire. Cependant, lorsque le fiduciaire est un mandataire de la Couronne provinciale, ce mécanisme contrevient à l’art. 125 parce qu’il impose une taxe sur des biens appartenant en common law à la Couronne. La *LTA* n’impose pas la TPS sur un intérêt de propriété bénéficiaire privé et distinct en l’espèce. En conséquence, la *LTA* est constitutionnellement inapplicable aux Portefeuilles.

BCI est liée par les dispositions du RTA et du CITCA. À la lumière de leur libellé clair, les accords s’apparentent à des contrats de droit privé et visaient à créer des obligations juridiquement contraignantes pour le Canada et la province. La *PSPPA* établit que les obligations et immunités fiscales de BCI sont les mêmes que celles de la province. Comme le libellé de cette disposition est suffisamment large pour inclure les obligations que la province a assumées de son plein gré, BCI est généralement assujettie aux obligations énoncées dans les accords



specific obligations under the agreements is beyond the scope of this appeal.

*Per* Wagner C.J. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the Supreme Court of British Columbia appropriately assumed jurisdiction over this litigation and that BCI is bound by the relevant intergovernmental taxation agreements between British Columbia and Canada. However, there is disagreement on the issue of immunity under s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. BCI's legal title to the taxed property is insufficient to make it property "belonging to" the Province, as s. 125 requires, because the property was entrusted to BCI by private parties to hold and manage for their sole benefit in exchange for payment. The property is liable to taxation only because the private pension boards chose to make it the mechanism of payment for the services they received from BCI. Extending immunity under s. 125 in these circumstances does not protect the constitutional values of federalism and democracy that s. 125 exists to promote. Instead, it overshoots those purposes by giving private parties the benefit of an immunity from taxation to which they are not entitled, protecting the Province from adverse contractual consequences, and providing BCI with an unjustified commercial advantage.

The unit holders are the beneficiaries of the funds BCI holds in trust. The investment management services that BCI provides for the Portfolios ultimately benefit the unit holders. It is the unit holders that are entitled to the income and capital gains generated by the Portfolios while they exist, and it is the unit holders that are entitled to the net proceeds on termination of the Portfolios. Neither BCI nor the Province has the ability or right to appropriate Portfolio assets. The only benefit BCI derives from the Portfolios is the recouping of its operating costs and capital expenditures from the funds therein, which reduces the value of the units and the ultimate return realized by the unit holders. The Province's involvement with the public sector pension plans is purely contractual. The pension boards, which form the bulk of the unit holders, are private parties. The real impact of the tax is borne by the private unit holders because BCI provides the services relating to the Portfolios for the benefit of the unit holders alone. Only the pension boards' choice to pay BCI indirectly by permitting it to take its payment from the trust makes the Portfolios the recipients under the *ETA* of the services that BCI provides. Had BCI and the pension boards agreed that

dans la même mesure que le serait la province. Toutefois, la nature des obligations précises prévues par les accords est une question qui dépasse le cadre du présent pourvoi.

*Le* juge en chef Wagner (dissident en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est à bon droit déclarée compétente à l'égard du présent litige et que BCI est liée par les accords fiscaux intergouvernementaux applicables entre la Colombie-Britannique et le Canada. Toutefois, il y a désaccord sur la question de l'immunité prévue à l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le titre de propriété en common law que détient BCI sur les biens taxés n'est pas suffisant pour faire en sorte que ces biens « appartiennent » à la province, comme l'exige l'art. 125, parce qu'ils ont été confiés à BCI par des parties privées pour qu'elle les détienne et les gère à leur seul profit contre paiement. Les biens sont assujettis à la taxe seulement parce que les conseils privés des régimes de retraite ont choisi de se servir de ces biens comme mécanisme de paiement des services qu'ils ont reçus de BCI. Le fait d'étendre l'immunité prévue à l'art. 125 aux circonstances de la présente affaire ne protège pas les valeurs constitutionnelles du fédéralisme et de la démocratie que cet article cherche à promouvoir. Cela va plutôt au-delà de ces objectifs en permettant à des parties privées de profiter de l'immunité fiscale à laquelle ils n'ont pas droit, tout en protégeant la province de certaines conséquences contractuelles préjudiciables et en conférant à BCI un avantage commercial injustifié.

Les détenteurs d'unités sont les bénéficiaires des fonds que BCI détient en fiducie. Les services de gestion de placements que fournit BCI aux Portefeuilles profitent ultimement aux détenteurs d'unités. Ce sont eux qui ont droit aux revenus et aux gains en capital produits par les Portefeuilles pendant qu'ils existent, et ce sont eux qui ont droit au produit net lorsqu'il est mis fin aux Portefeuilles. Ni BCI ni la province n'ont la capacité ou le droit de s'approprier les actifs du Portefeuille. Le seul avantage que BCI retire des Portefeuilles est la possibilité de recouvrer ses frais d'exploitation et ses dépenses en capital à même les fonds détenus dans les Portefeuilles, ce qui réduit la valeur des unités et le rendement final réalisé par les détenteurs d'unités. Le rôle que joue la province en ce qui concerne les régimes de retraite du secteur public est purement contractuel. Les conseils des régimes de retraite, qui représentent la majeure partie des détenteurs d'unités, sont des parties privées. Ce sont les détenteurs d'unités privés qui supportent dans les faits la charge de la taxe parce que BCI fournit ses services relativement aux Portefeuilles au seul profit des détenteurs d'unités. Seul le choix des conseils des régimes de retraite de payer

BCI would bill the boards directly for its services instead of taking its payment from the Portfolios, the boards would have been the recipients under the *ETA* and would thus have been liable to pay GST.

Private parties cannot rely on s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, to immunize themselves from paying tax on investment management services they receive from a Crown corporation. The interpretation of s. 125 should not overshoot the purposes of federalism and democracy. It is clear that Parliament can require private purchasers of provincial services to pay GST in respect of those services without running afoul of s. 125. Further, s. 125 is not intended to immunize the Crown from contractual consequences or other adverse commercial effects that it may bear as a result of the taxation of a private party. The commercial and contractual interests of the Crown cannot be favoured at the expense of those of private parties. In the instant case, the property does not belong to the Crown and is thus not immune under s. 125. Section 125 does not immunize property that private parties have placed with the Crown to hold in trust for their sole benefit from a tax on services that they have contracted to receive from the Crown in respect of that property. The property in substance belongs not to the Crown but to the private parties, and the Crown's legal title as trustee does not trigger the immunity. Extending the immunity here would overshoot s. 125's purposes by extending immunity to private parties' interests, relying on adverse contractual consequences for the Crown to extend the immunity, and rendering the Crown's assets more commercially attractive by making them a tax haven for private parties.

Extending the immunity would not advance s. 125's purposes. It would not advance s. 125's objective of preventing one level of government from appropriating the property of the other, or the fruits of that property, to its own use. Further, holding that immunity does not apply in these circumstances would not undermine the Province's decision to allow BCI to hold the Portfolio assets in trust. Instead, it would merely impose appropriate tax consequences on a mode of payment for services chosen by BCI and its private clients. Nothing in the *PSPPA* or trust law requires the mode of payment that is said to give rise to s. 125 immunity. The *PSPPA* makes direct payment from the trust funds only one of multiple possible payment

BCI indirectement en lui permettant de se payer à même la fiducie fait en sorte que les Portefeuilles deviennent les acquéreurs au sens de la *LTA* des services fournis par BCI. Si BCI et les conseils des régimes de retraite avaient convenu que BCI facturerait directement ses services à ces derniers plutôt qu'elle se paye à même les Portefeuilles, les conseils auraient été les acquéreurs au sens de la *LTA* et ils auraient donc été tenus de payer la TPS.

Les parties privées ne peuvent pas se fonder sur l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour se soustraire au paiement de la taxe sur les services de gestion de placements qu'elles reçoivent d'une société d'État. L'interprétation de l'art. 125 ne doit pas aller au-delà des objets du fédéralisme et de la démocratie. Il est clair que le Parlement peut obliger les acheteurs privés de services provinciaux à payer la TPS sur ces services sans contrevenir à l'art. 125. De plus, l'art. 125 n'a pas pour objet de mettre l'État à l'abri des conséquences contractuelles ou d'autres effets commerciaux préjudiciables qu'il pourrait subir en raison de la taxation d'une partie privée. Les intérêts commerciaux et contractuels de l'État ne peuvent être favorisés au détriment de ceux des parties privées. En l'espèce, les biens n'appartiennent pas à l'État et ne bénéficient pas de l'immunité prévue à l'art. 125. Cette disposition n'exempte pas les biens que des parties privées ont confiés à l'État pour qu'il les détienne en fiducie à leur seul profit d'une taxe sur les services qu'elles se sont engagées par contrat à recevoir de l'État relativement aux biens en question. Les biens pour l'essentiel n'appartiennent pas à l'État mais bien aux parties privées, et le titre en common law que détient l'État en tant que fiduciaire ne donne pas lieu à l'immunité fiscale. L'élargissement de l'immunité irait au-delà des objets de l'art. 125 en permettant l'application de l'immunité aux intérêts de parties privées, en reposant sur les conséquences contractuelles préjudiciables qu'entraînerait pour l'État l'élargissement de l'immunité, et en rendant les biens de la Couronne plus attrayants sur le plan commercial en faisant d'eux un paradis fiscal pour les parties privées.

L'élargissement de l'immunité ne favoriserait pas la réalisation des objets de l'art. 125. Il ne favoriserait pas l'objectif de l'art. 125 d'empêcher un ordre de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens d'un autre ordre de gouvernement, ou les fruits de ces biens. De plus, le fait de conclure que l'immunité ne s'applique pas en l'espèce n'irait pas à l'encontre de la décision de la province de permettre à BCI de détenir les actifs des Portefeuilles en fiducie. Cette conclusion ne ferait qu'entraîner les conséquences fiscales qui s'imposent sur le mode de paiement des services que BCI et ses clients privés ont choisi. Rien dans la *PSPPA* ou dans le droit des fiducies n'exige le recours au mode de paiement qui

options available and also permits BCI to bill its clients directly for services rendered. Providing immunity is not necessary to protect the Province's operational space to govern. Moreover, requiring the Portfolios to pay GST would not put them at risk. BCI and the pension boards remain free to ensure that the GST is not paid from the trust funds by agreeing that the boards will pay BCI directly for its services, an option that is both provided for by the legislature and used by BCI and the boards for the segregated funds. Finally, applying immunity does not advance the constitutional value of democracy because this case is not about Parliament deciding how taxes levied by the Province should be spent. The Province has already decided how it should spend its tax revenues. It authorized the payment of tax funds to private pension boards in order to meet its contractual obligations to compensate provincial employees. Once the Province paid those funds to the private pension boards, they ceased to be public funds and became subject to the contractual terms of the joint trust agreements. The services at issue are thus provided by BCI to private parties that agreed to pay for those services. All Canada is trying to do is ensure that those private parties pay GST on those services.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Considered:** *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Quirt v. The Queen* (1891), 19 S.C.R. 510; **referred to:** *British Columbia Investment Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCSC 1296, [2014] G.S.T.C. 93, aff'd 2015 BCCA 373, 80 B.C.L.R. (5th) 316; *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Johnson v. Minister of*

est censé donner lieu à l'immunité prévue à l'art. 125. La *PSPPA* ne fait du paiement direct à même les fonds en fiducie qu'une des nombreuses options de paiement possibles, et permet également à BCI de facturer directement à ses clients les services rendus. L'immunité n'est pas nécessaire pour protéger l'espace opérationnel dont la province a besoin pour gouverner. De plus, le fait d'exiger que les Portefeuilles paient la TPS ne les exposerait pas à un risque. BCI et les conseils des régimes de retraite sont libres de s'assurer que la TPS n'est pas payée à même les fonds en fiducie en convenant que les conseils des régimes de retraite paieront directement BCI pour ses services, une option prévue par le législateur et utilisée par BCI et les conseils de régimes de retraite pour les fonds distincts. Enfin, l'élargissement de l'immunité ne favorise pas la valeur constitutionnelle de la démocratie parce que la présente affaire ne porte pas sur une décision qu'aurait prise le législateur fédéral concernant la façon dont les taxes prélevées par la législature de la province devraient être dépensées. Le législateur de la province a déjà décidé comment il entendait dépenser ses recettes fiscales. Il a autorisé le versement des recettes fiscales aux conseils privés des régimes de retraite pour respecter ses obligations contractuelles en matière de rémunération des employés provinciaux. Une fois que la province a versé ces sommes aux conseils des régimes de retraite privés, elles ne sont plus des fonds publics; elles deviennent dès lors assujetties aux modalités contractuelles des accords d'administration en fiducie conjointe. Les services en cause sont donc fournis par BCI aux parties privées qui ont accepté de payer pour ces services. Le Canada tente simplement de s'assurer que ces parties privées paient la TPS sur ces services.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts examinés :** *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Quirt c. The Queen* (1891), 19 R.C.S. 510; **arrêts mentionnés :** *British Columbia Investment Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCSC 1296, [2014] G.S.T.C. 93, conf. par 2015 BCCA 373, 80 B.C.L.R. (5th) 316; *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S.

*National Revenue*, 2015 FCA 51, 469 N.R. 326; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Sorbara v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673; *Aboriginal Federated Alliance Inc. v. Canada Customs and Revenue Agency*, 2002 ABCA 104, 303 A.R. 304; *Smith v. Canada*, 2006 BCCA 237, 61 B.C.L.R. (4th) 231; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793; *Pintendre Autos Inc. v. The Queen*, 2003 TCC 818, 2004 D.T.C. 2596; *Whitford v. The Queen*, 2008 TCC 359, 2008 G.T.C. 638; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Nova Scotia Power Inc. v. Canada*, 2004 SCC 51, [2004] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Attorney-General of British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, [1950] 1 D.L.R. 305; *De Mond v. The Queen* (1999), 99 D.T.C. 893; *C.I. Mutual Funds Inc. v. Canada*, [1997] G.S.T.C. 84, var'd [1999] 2 F.C. 613; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *City of Halifax v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215; *Re Canadian Broadcasting Corp. Assessment*, [1938] 4 D.L.R. 591, aff'd [1938] 4 D.L.R. 764; *Calgary & Edmonton Land Co. v. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 S.C.R. 170; *Smith v. Rur. Mun. of Vermillion Hills* (1916), 30 D.L.R. 83; *City of Vancouver v. Attorney-General of Canada*, [1944] S.C.R. 23; *Phillips and Taylor v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404; *Rural Municipality of Vermillion Hills v. Smith* (1913), 6 Sask. L.R. 366; *Regina v. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *South Australia v. The Commonwealth* (1962), 108 C.L.R. 130; *Toronto District School Board v. R.*, 2009 585; *Johnson c. Ministre du Revenu national*, 2015 CAF 51; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Sorbara c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673; *Aboriginal Federated Alliance Inc. c. Canada Customs and Revenue Agency*, 2002 ABCA 104, 303 A.R. 304; *Smith c. Canada*, 2006 BCCA 237, 61 B.C.L.R. (4th) 231; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793; *Pintendre Autos Inc. c. La Reine*, 2003 CCI 818; *Whitford c. La Reine*, 2008 CCI 359; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Province of Bombay c. City of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Nova Scotia Power Inc. c. Canada*, 2004 CSC 51, [2004] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Attorney-General of British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, [1950] 1 D.L.R. 305; *De Mond Jr. c. La Reine*, 1999 CanLII 466; *C.I. Mutual Funds Inc. c. Canada*, [1997] G.S.T.C. 84, mod. par [1999] 2 C.F. 613; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *City of Halifax c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215; *Re Canadian Broadcasting Corp. Assessment*, [1938] 4 D.L.R. 591, conf. par [1938] 4 D.L.R. 764; *Calgary & Edmonton Land Co. c. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 R.C.S. 170; *Smith c. Rur. Mun. of Vermillion Hills* (1916), 30 D.L.R. 83; *City of Vancouver c. Attorney-General of Canada*, [1944] R.C.S. 23; *Phillips and Taylor c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404; *Rural Municipality of Vermillion Hills c. Smith* (1913), 6 Sask. L.R. 366; *Regina c. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *South Australia c. The Commonwealth*



TCC 39, [2009] G.S.T.C. 6; *Ottawa Hospital Corp. v. R.*, 2010 TCC 53, [2010] G.S.T.C. 15.

By Wagner C.J. (dissenting in part)

*Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224; *Ehrcke v. Public Service Pension Board of Trustees*, 2004 BCSC 757, 32 B.C.L.R. (4th) 388; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Calgary & Edmonton Land Co. v. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 S.C.R. 170; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *City of Vancouver v. Attorney-General of Canada*, [1944] S.C.R. 23; *Phillips and Taylor v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91; *Trident Holdings Ltd. v. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 O.R. (2d) 65; *De Mond v. The Queen* (1999), 99 D.T.C. 893; *Smith v. Rural Municipality of Vermilion Hills* (1914), 49 S.C.R. 563, aff'd (1916), 30 D.L.R. 83; *Quirt v. The Queen* (1891), 19 S.C.R. 510; *Regina v. County of Wellington* (1889), 17 O.R. 615; *Regina v. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421.

### Statutes and Regulations Cited

*Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement Between the Government of Canada and the Government of British Columbia*, arts. 1, 38 to 41, 42, 51, 65.  
*Constitution Act, 1867*, Part VIII, ss. 91(3), 92(2), 125.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, Part IX, ss. 122, 123(1), 165, 221(1), 225(1), 228(1), (2), 267.1(5), 306, 309(1).  
*Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, R.S.C. 1985, c. F-8, ss. 32, 33.  
*Financial Administration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 138, s. 43.  
*Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15, s. 36.  
*Funds Investment and Management Agreement Between British Columbia Investment Management Corporation and the Teachers' Pension Board of Trustees*, ss. 1.1.22, 2.1, 2.2, 2.4.3, 5.1, 8, 8.2, 9.1.2, 12.1.1, Sch. A, ss. 2 to 4, 5.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 104(1).  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, ss. 14(1), 29.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 17.

(1962), 108 C.L.R. 130; *Conseil scolaire de district de Toronto c. La Reine*, 2009 CCI 39; *Corporation de l'hôpital d'Ottawa c. La Reine*, 2010 CCI 53.

Citée par le juge en chef Wagner (dissident en partie)

*Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224; *Ehrcke c. Public Service Pension Board of Trustees*, 2004 BCSC 757, 32 B.C.L.R. (4th) 388; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Calgary & Edmonton Land Co. c. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 R.C.S. 170; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *City of Vancouver c. Attorney-General of Canada*, [1944] R.C.S. 23; *Phillips and Taylor c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91; *Trident Holdings Ltd. c. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 O.R. (2d) 65; *De Mond c. La Reine*, 1999 CanLII 466; *Smith c. Rural Municipality of Vermilion Hills* (1914), 49 R.C.S. 563, conf. par (1916), 30 D.L.R. 83; *Quirt c. The Queen* (1891), 19 R.C.S. 510; *Regina c. County of Wellington* (1889), 17 O.R. 615; *Regina c. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421.

### Lois et règlements cités

*Entente intégrée globale de coordination fiscale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Colombie-Britannique*, art. 1, 38 à 41, 42, 51, 65.  
*Financial Administration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 138, art. 43.  
*Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15, art. 36.  
*Funds Investment and Management Agreement Between British Columbia Investment Management Corporation and the Teachers' Pension Board of Trustees*, art. 1.1.22, 2.1, 2.2, 2.4.3, 5.1, 8, 8.2, 9.1.2, 12.1.1, ann. A, art. 2 à 4, 5.  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, art. 14(1), 29.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, partie VIII, art. 91(3), 92(2), 125.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.1, 17.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 104(1).  
*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 12(1).



- Ministry of Intergovernmental Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 303, s. 4.
- Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99, ss. 1, 2, 4, 5, 6(2), 10(1), (2), (3), (4), (5), 11, 14.
- Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 84/86, ss. 3, 4, 11.
- Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44, Part 3, ss. 15, 16(5), (6), 17, 18(2), (3), (4), 18.1, 20, 21(2)(b), 24(1), 25.1.
- Public Service Pension Plan Joint Trust Agreement*, recitals C(c), (d), preamble, arts. 3, 7.2, 7.3, 10.3, 13.
- Reciprocal Taxation Agreement (Canada — British Columbia)*, preamble, arts. 1, 3, 4, 6(d), 9, 15, Sch. A.
- Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 12(1).
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15, partie IX, art. 122, 123(1), 165, 221(1), 225(1), 228(1), (2), 267.1(5), 306, 309(1).
- Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1985, c. F-8, art. 32, 33.
- Ministry of Intergovernmental Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 303, art. 4.
- Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99, art. 1, 2, 4, 5, 6(2), 10(1), (2), (3), (4), (5), 11, 14.
- Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 84/86, art. 3, 4, 11.
- Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44, Part 3, art. 15, 16(5), (6), 17, 18(2), (3), (4), 18.1, 20, 21(2)(b), 24(1), 25.1.
- Public Service Pension Plan Joint Trust Agreement*, attendu C(c), (d), préambule, art. 3, 7.2, 7.3, 10.3, 13.
- Reciprocal Taxation Agreement (Canada — British Columbia)*, préambule, art. 1, 3, 4, 6(d), 9, 15, ann. A.

#### Authors Cited

- Bale, Gordon. “Reciprocal Tax Immunity in a Federation — Section 125 of the Constitution Act, 1867 and the Proposed Federal Tax on Exported Natural Gas” (1983), 61 *Can. Bar. Rev.* 652.
- Bankes, Nigel. “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
- British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 25, 3rd Sess., 36th Parl., July 14, 1999, p. 14409.
- Canada. Canada Revenue Agency. *GST/HST Policy Statement P-015: Treatment of Bare Trusts under the Excise Tax Act*, July 20, 1992 (online: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/p-015/treatment-bare-trusts-under-excise-tax-act.html>; archived version: [https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63\\_1\\_eng.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63_1_eng.pdf)).
- Canada. Canada Revenue Agency. *GST/HST Technical Information Bulletin B-068: Bare Trusts*, January 20, 1993 (online: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/b-068/bare-trusts.html>; archived version: [https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63\\_2\\_eng.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63_2_eng.pdf)).
- Culat, Didier. “Coveting Thy Neighbour’s Beer: Intergovernmental Agreements Dispute Settlement and Interprovincial Trade Barriers” (1992), 33 *C. de D.* 617.
- Cullity, Maurice C. “Legal Issues Arising Out of the Use of Business Trusts in Canada”, in Timothy G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989, 181.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

#### Doctrine et autres documents cités

- Bale, Gordon. « Reciprocal Tax Immunity in a Federation — Section 125 of the Constitution Act, 1867 and the Proposed Federal Tax on Exported Natural Gas » (1983), 61 *R. du. B. can.* 652.
- Bankes, Nigel. « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
- Canada. Agence du revenu du Canada. *Bulletin d’information technique sur la TPS/TVH B-068*, 20 janvier 1993 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications/b-068/simples-fiducies.html>; version archivée : [https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63\\_2\\_fra.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63_2_fra.pdf)).
- Canada. Agence du revenu du Canada. *Énoncé de politique sur la TPS/TVH P-015 : Le traitement des simples-fiducies en vertu de la Loi sur la taxe d’Accise*, 20 juillet 1994 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications/p-015/traitement-simples-fiducies-vertu-loi-taxe-accise.html>; version archivée : [https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63\\_1\\_fra.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC63_1_fra.pdf)).
- Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 25, 3rd Sess., 36th Parl., July 14, 1999, p. 14409.
- Culat, Didier. « Coveting Thy Neighbour’s Beer : Intergovernmental Agreements Dispute Settlement and Interprovincial Trade Barriers » (1992), 33 *C. de D.* 617.
- Cullity, Maurice C. « Legal Issues Arising Out of the Use of Business Trusts in Canada », in Timothy G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, Carswell, 1989, 181.

- Horsman, Karen, and Gareth Morley. *Government Liability: Law and Practice*. Toronto: Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2016, release 24).
- Jacyk, David. “The Dividing Line Between the Jurisdictions of the Tax Court of Canada and Other Superior Courts” (2008), 56 *Can. Tax J.* 661.
- Kennett, Steven A. “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment” (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644.
- La Forest, Gérard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
- La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Lewin on Trusts*, 19th ed. by Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin and James Brightwell. London: Sweet & Maxwell, 2015.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes. Toronto: Carswell, 2019.
- Poirier, Johanne. “Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics” in J. Peter Meekison, Hamish Telford and Harvey Lazar, eds., *Canada: The State of the Federation 2002 — Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2004, 425.
- Saunders, J. Owen. *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management*. Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1988.
- Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST*, 5th ed. Toronto: Wolters Kluwer, 2015.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Carswell, 2012.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Horsman, Karen, and Gareth Morley. *Government Liability: Law and Practice*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2016, release 24).
- Jacyk, David. « The Dividing Line Between the Jurisdictions of the Tax Court of Canada and Other Superior Courts » (2008), 56 *Rev. fisc. can.* 661.
- Kennett, Steven A. « Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment » (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644.
- La Forest, Gérard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.
- La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto, Canadian Tax Foundation, 1981.
- Lewin on Trusts*, 19th ed. by Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin and James Brightwell, London, Sweet & Maxwell, 2015.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes, Toronto, Carswell, 2019.
- Poirier, Johanne. « Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics » in J. Peter Meekison, Hamish Telford and Harvey Lazar, eds., *Canada: The State of the Federation 2002 — Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2004, 425.
- Saunders, J. Owen. *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1988.
- Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST*, 5th ed., Toronto, Wolters Kluwer, 2015.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Willcock and Goepel JJ.A.), 2018 BCCA 47, 5 B.C.L.R. (6th) 237, 37 C.C.P.B. (2nd) 163, [2018] 7 W.W.R. 235, [2018] G.S.T.C. 11, [2018] B.C.J. No. 190 (QL), 2018 CarswellBC 227 (WL Can.), affirming a decision of Weatherill J., 2016 BCSC 1803, 90 B.C.L.R. (5th) 126, 28 C.C.P.B. (2nd) 169, 401 D.L.R. (4th) 729, [2017] 1 W.W.R. 589, [2016] G.S.T.C. 90, [2016] B.C.J. No. 2061 (QL), 2016 CarswellBC 2749 (WL Can.). Appeal

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Willcock et Goepel), 2018 BCCA 47, 5 B.C.L.R. (6th) 237, 37 C.C.P.B. (2nd) 163, [2018] 7 W.W.R. 235, [2018] G.S.T.C. 11, [2018] B.C.J. No. 190 (QL), 2018 CarswellBC 227 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Weatherill, 2016 BCSC 1803, 90 B.C.L.R. (5th) 126, 28 C.C.P.B. (2nd) 169, 401 D.L.R. (4th) 729, [2017] 1 W.W.R. 589, [2016] G.S.T.C. 90, [2016] B.C.J. No. 2061 (QL), 2016 CarswellBC 2749 (WL Can.).

and cross-appeal dismissed, Wagner C.J. dissenting in part.

*Michael Taylor and Ian Demers*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

*Craig A. B. Ferris, Q.C., Lisa A. Peters, Q.C., Gordon Brandt and Michael Sobkin*, for the respondent/appellant on cross-appeal the British Columbia Investment Management Corporation.

*Sointula Kirkpatrick and David Poore*, for the respondent/respondent on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Padraic Ryan and Robin K. Basu*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *L. Christine Enns, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal and cross-appeal consider when the activities of a provincial Crown corporation may be taxed by the federal government. It requires this Court to evaluate the scope of the intergovernmental immunity from taxation set out in s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, and whether agreements entered into by two levels of government to pay the equivalent of “taxes” may be binding on other Crown entities.

[2] In 1999, the legislature of British Columbia created the British Columbia Investment Management Corporation (BCI) to provide investment management services to the province’s public sector pension plans and other Crown entities. On its creation, BCI assumed ownership and management of the investment assets held in pooled investment Portfolios. At the same time, the legislature modernized its

Pourvoi et pourvoi incident rejetés, le juge en chef Wagner est dissident en partie.

*Michael Taylor et Ian Demers*, pour l’appellant/intimé à l’appel incident le procureur général du Canada.

*Craig A. B. Ferris, c.r., Lisa A. Peters, c.r., Gordon Brandt et Michael Sobkin*, pour l’intimée/appelante à l’appel incident la British Columbia Investment Management Corporation.

*Sointula Kirkpatrick et David Poore*, pour l’intimée/intimée à l’appel incident Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Padraic Ryan et Robin K. Basu*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *L. Christine Enns, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les présents pourvoi et pourvoi incident portent sur la question de savoir dans quelles circonstances les activités d’une société de la Couronne provinciale peuvent être assujetties à la taxation fédérale. Pour trancher cette question, notre Cour doit évaluer la portée de l’immunité fiscale intergouvernementale énoncée à l’art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et établir si les accords conclus par deux ordres de gouvernement en vue du paiement de l’équivalent de « taxes » peuvent lier d’autres entités de la Couronne.

[2] En 1999, la législature de la Colombie-Britannique a créé la British Columbia Investment Management Corporation (BCI) afin qu’elle fournisse des services de gestion de placements aux régimes de retraite du secteur public de la province ainsi qu’à d’autres entités de la Couronne. Au moment de sa création, BCI a assumé la propriété en common law et a pris en charge la gestion des

public sector pensions by creating a joint trusteeship structure whereby employers and employees would assume greater control over the management of pension monies. Both of these changes were intended to create a degree of separation between the government and the management of its investment funds and the public sector pensions.

[3] The Attorney General of Canada submits that these structural changes require BCI to collect and remit federal Goods and Services Tax<sup>1</sup> (GST) on the costs it incurs in making investments in the Portfolios on behalf of the public sector pension boards and other Crown entities. Because the investment assets are beneficially owned by private entities (the pension boards), they are not provincial “property” and are not constitutionally immune from federal taxation. Even if BCI is constitutionally immune, it must nevertheless pay GST pursuant to reciprocal taxation agreements signed by the federal and provincial governments.

[4] BCI argues that the provisions of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (*ETA*), do not capture the investment management activities it provides. As a provincial Crown agent, it claims constitutional immunity from taxation with respect to the property that it legally owns, including the investment assets. And even if the *Province* is bound by the agreements, BCI is not a party to the agreements and is not subject to them.

[5] The Attorney General of British Columbia largely agrees with BCI, except on the applicability of the intergovernmental agreements, taking the position that the agreements apply to BCI.

<sup>1</sup> This matter concerns both the federal GST as well as the Harmonized Sales Tax (HST) regime in force in British Columbia from 2010-2013; for simplicity, these reasons refer to GST only.

placements détenus dans des Portefeuilles de fonds communs de placement. À la même époque, la législature procédait à une modernisation de ses fonds de retraite du secteur public en créant une structure d’administration fiduciaire conjointe, dans le cadre de laquelle les employeurs et les employés exerceraient un plus grand contrôle sur la gestion des fonds de pension. Ces changements visaient tous les deux à créer une certaine distance entre le gouvernement et la gestion de ses fonds de placement et des fonds de retraite du secteur public.

[3] Le procureur général du Canada soutient que ces changements structurels font en sorte que BCI est tenue de percevoir et de verser la taxe fédérale sur les produits et services<sup>1</sup> (la TPS) à l’égard des frais engagés pour faire des placements dans les Portefeuilles pour le compte des conseils des régimes de retraite du secteur public, ainsi que pour d’autres entités de la Couronne. Étant donné que les placements sont détenus à titre bénéficiaire par des entités privées (les conseils des régimes de retraite), ils ne constituent pas une « propriété » provinciale et ne bénéficient pas de l’immunité prévue par la Constitution à l’égard de la taxation fédérale. Même si BCI jouit de l’immunité constitutionnelle, elle doit néanmoins payer la TPS conformément aux accords de réciprocité fiscale signés par les gouvernements fédéral et provincial.

[4] BCI soutient que les dispositions de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (*LTA*), ne visent pas les activités de gestion de placements qu’elle exerce. À titre de mandataire de la Couronne provinciale, elle revendique l’immunité fiscale constitutionnelle sur les biens dont elle est propriétaire en common law, y compris les placements. Qui plus est, même si la *province* est liée par les accords, BCI n’est pas partie à ceux-ci et n’y est pas assujettie.

[5] Le procureur général de la Colombie-Britannique est en grande partie d’accord avec BCI, sauf en ce qui concerne l’applicabilité des accords intergouvernementaux; il soutient qu’ils s’appliquent à BCI.

<sup>1</sup> La présente affaire concerne à la fois le régime fédéral de la TPS et le régime de la taxe de vente harmonisée (TVH) en vigueur en Colombie-Britannique de 2010 à 2013; par souci de simplicité, les présents motifs renvoient seulement à la TPS.

[6] Like the courts below, I have concluded that the *ETA* cannot apply to BCI's activities in managing the Portfolios because it is constitutionally immune under s. 125. The *ETA* cannot impose GST on property legally owned by a Crown agent. Nevertheless, I also agree that both the Province and BCI are subject to the obligations set out in the intergovernmental agreements.

[7] I would dismiss the appeal and the cross-appeal.

### I. Background

[8] This matter involves a myriad of statutory and contractual relationships. I begin by summarizing the statutory framework governing BCI, the nature of the intergovernmental agreements, and the events leading up to the present appeal and cross-appeal. After reviewing the approaches taken by the courts below, I consider the three substantive issues raised by the parties.

#### A. *General Statutory Framework and History*

##### (1) BCI and the Pooled Investment Portfolios

[9] BCI was established in 1999 by Part 3 of the *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44 (*PSPPA*).<sup>2</sup> BCI's purpose is "to provide funds management services, including the making of investments and loans, for funds placed with [it]": s. 18(2). In fulfilling this purpose, BCI receives and invests monies on behalf of various authorized entities.

[10] Prior to the enactment of the *PSPPA*, large sums of money, including the public sector pension fund, were held and managed by British Columbia's Minister of Finance through the office of the chief investment officer. Beginning in 1984, s. 36 of the

<sup>2</sup> The relevant statutory provisions cited throughout these reasons are reproduced in the Appendix.

[6] À l'instar des juridictions inférieures, je conclus que la *LTA* ne peut s'appliquer aux activités qu'exerce BCI dans le cadre de la gestion des Portefeuilles, parce que BCI jouit de l'immunité constitutionnelle prévue à l'art. 125. La *LTA* ne peut imposer la TPS sur des biens appartenant en common law à un mandataire de la Couronne. Néanmoins, je conviens également que la province et BCI sont toutes les deux assujetties aux obligations énoncées dans les accords intergouvernementaux.

[7] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident.

### I. Contexte factuel

[8] Une multitude de relations contractuelles et de textes législatifs sont en cause dans la présente affaire. Dans un premier temps, je résumerai le cadre législatif régissant BCI, la nature des accords intergouvernementaux et les faits à l'origine du présent pourvoi et du pourvoi incident. Après avoir passé en revue les démarches retenues par les juridictions inférieures, j'examinerai les trois questions de fond soulevées par les parties.

#### A. *Cadre législatif et historique général*

##### (1) BCI et les Portefeuilles de fonds communs de placement

[9] BCI a été établie en 1999 sous le régime de la partie 3 de la *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44 (« *PSPPA* »).<sup>2</sup> Elle a pour objet de [TRA-DUCTION] « fournir des services de gestion financière à l'égard des fonds qui lui sont confiés, notamment de faire des placements et de consentir des prêts » (par. 18(2)). Pour réaliser cet objet, BCI reçoit et investit des fonds au nom de diverses entités autorisées.

[10] Avant l'adoption de la *PSPPA*, des sommes importantes, notamment les fonds de pension du secteur public, étaient détenues et gérées par le ministre des Finances de la Colombie-Britannique par l'entremise du bureau du directeur des placements. À compter de

<sup>2</sup> Les dispositions législatives pertinentes citées tout au long des présents motifs sont reproduites à l'annexe.



*Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15 (*FAA*),<sup>3</sup> empowered the Minister to establish and operate “pooled investment portfolios” (Portfolios). The Portfolios’ structure allowed the Minister to combine money from a variety of sources and invest it in a diversified group of assets. Originally, money held in a Portfolio could only be invested in low-risk debt securities. But in an effort to increase the rate of return of the Portfolios, the *FAA* was amended in 1989 to allow investment in a variety of financial instruments, including equities, options, and futures.

[11] The operation of the Portfolios was governed by the *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 84/86. The Minister was responsible for investing, managing and controlling all of the assets of the Portfolios: s. 3(2).<sup>4</sup> When money from a “fund” (e.g. the public sector pension fund) was placed with the Minister for investment in a Portfolio, the fund was issued units of participation in the Portfolio. Ownership of any investment assets purchased by the Minister was not attributable to any of the unit holders: s. 3(4).<sup>5</sup> Rather, the value of a unit of participation reflected the fund’s proportionate investment in the Portfolio: s. 4.<sup>6</sup> However, all of the assets of a Portfolio were “held in trust by the minister” and had to be identified separately from the other property of the government: ss. 3(1) and 3(3).<sup>7</sup> If the Minister decided to terminate a Portfolio, the net proceeds realized were to be distributed to the unit holders: s. 11.<sup>8</sup>

[12] In the early 1990s, concerns arose over potential conflicts of interest because the Minister supervised investment in companies with ties to British Columbia and made policy decisions which

1984, l’art. 36 de la *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15 (« *FAA* »),<sup>3</sup> autorisait le ministre à créer et à gérer des [TRADUCTION] « Portefeuilles de fonds communs de placement » (« Portefeuilles »). La structure des Portefeuilles permettait au ministre de réunir des sommes provenant de différentes sources et de les investir dans un ensemble diversifié de placements. À l’origine, les sommes détenues dans un Portfeuille ne pouvaient être investies que dans des titres de créance à faible risque. Cependant, avec pour objectif d’améliorer le taux de rendement des Portefeuilles, le législateur a modifié la *FAA* en 1989 de façon à autoriser les placements dans différents instruments financiers, notamment les actions, les options et les contrats à terme.

[11] La gestion des Portefeuilles était régie par le *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 84/86. Le ministre était chargé d’investir, de gérer et de contrôler tous les éléments d’actif des Portefeuilles (par. 3(2)<sup>4</sup>). Lorsque des sommes provenant d’un « fonds » (p. ex. le fonds de retraite du secteur public) étaient confiées au ministre pour être placées dans un Portfeuille, le fonds recevait des unités de participation dans ce Portfeuille. La propriété des placements achetés par le ministre n’était attribuable à aucun des détenteurs d’unités (par. 3(4)<sup>5</sup>). La valeur d’une unité de participation correspondait plutôt à la part de l’investissement du fonds dans le Portfeuille (art. 4<sup>6</sup>). Toutefois, tous les éléments d’actif d’un Portfeuille étaient [TRADUCTION] « détenus en fiducie par le ministre » et devaient être classés à part des autres biens du gouvernement (par. 3(1) et 3(3)<sup>7</sup>). Si le ministre décidait de mettre fin à un Portfeuille, le produit net réalisé devait être distribué aux détenteurs d’unités (art. 11<sup>8</sup>).

[12] Au début des années 1990, des préoccupations ont été soulevées concernant d’éventuels conflits d’intérêts parce que le ministre exerçait une surveillance sur les placements dans des sociétés ayant des liens

<sup>3</sup> Section 43 of the current *Financial Administration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 138.

<sup>4</sup> Section 4(2) in the updated *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99.

<sup>5</sup> Now s. 4(4).

<sup>6</sup> Now s. 5.

<sup>7</sup> Now ss. 4(1) and 4(3).

<sup>8</sup> Now s. 14.

<sup>3</sup> Article 43 de l’actuelle *Financial Administration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 138.

<sup>4</sup> Paragraphe 4(2) de la version à jour du *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99.

<sup>5</sup> Par. 4(4) actuel.

<sup>6</sup> Art. 5 actuel.

<sup>7</sup> Par. 4(1) et 4(3) actuels.

<sup>8</sup> Art. 14 actuel.

could affect their profitability. At the same time, the provincial and municipal governments, the province's four public sector pension plans and the major public sector unions discussed at length how to modernize British Columbia's pension legislation. These events culminated in the introduction of the *PSPPA*, which established the framework for joint trusteeship of the public sector pension plans.

[13] The purpose of joint trusteeship was to allow both pension plan members and their employers to participate in the management of the public sector pension plans. The *PSPPA* created infrastructure necessary to support the newly created boards of trustees of the pension plans. This included two new Crown entities: (1) the British Columbia Pension Corporation, tasked with providing administration services to the boards of trustees; and (2) BCI. BCI is a statutory agent of the government and the Minister of Finance is its only shareholder: ss. 16(5) and 17. At the second reading of the bill, the Minister of Finance explained the *PSPPA*'s goals:

The second purpose of the bill is to provide an option for joint trusteeship of pension plans. Joint trusteeship is based on the premise that plan members should share in the responsibility for and control over the pension plans in which they participate. . . .

The bill provides for the possibility of transferring full responsibility for the operation of each of the public sector pension plans to a board of pension trustees, which would have equal representation from plan members and plan employers. The transfer of this responsibility will result in the pension plans being operated at arm's length from government. . . .

...

An arm's-length relationship to government is necessary, since the pension trustees must have the unfettered ability

avec la Colombie-Britannique et qu'il prenait des décisions de politique générale susceptibles d'avoir une incidence sur leur rentabilité. Pendant la même période, de longues discussions ont eu lieu entre le gouvernement provincial, les administrations municipales et les responsables des quatre régimes de retraite du secteur public de la province et des principaux syndicats du secteur public sur la façon de moderniser la législation de la Colombie-Britannique sur les pensions, à la suite desquelles le législateur a adopté la *PSPPA*, qui a établi le cadre de l'administration en fiducie conjointe des régimes de retraite du secteur public.

[13] L'administration en fiducie conjointe visait à permettre tant aux participants aux régimes de retraite du secteur public qu'à leurs employeurs de participer à la gestion de ces régimes. La *PSPPA* a créé l'infrastructure nécessaire pour encadrer les nouveaux conseils des fiduciaires des régimes de retraite, qui comprenaient deux nouvelles entités de la Couronne : (1) la British Columbia Pension Corporation, chargée de fournir des services d'administration aux conseils des fiduciaires, et (2) BCI. Cette dernière est un mandataire légal du gouvernement et le ministre des Finances en est le seul actionnaire (par. 16(5) et art. 17). Lors de la deuxième lecture du projet de loi, la ministre des Finances a expliqué en ces termes les buts de la *PSPPA* :

[TRADUCTION] En deuxième lieu, le projet de loi vise à permettre l'administration en fiducie conjointe des régimes de retraite. L'administration en fiducie conjointe repose sur l'idée que les participants aux régimes devraient assumer une part de la responsabilité et du contrôle relatifs aux régimes de retraite auxquels ils participent . . .

Le projet de loi prévoit la possibilité que l'entière responsabilité de la gestion de chacun des régimes de retraite du secteur public soit transférée à un conseil de fiduciaires du régime de retraite, qui serait composé d'un nombre égal de représentants des participants au régime et des employeurs. Par suite du transfert de cette responsabilité, les régimes de retraite seront administrés de façon indépendante du gouvernement . . .

...

L'absence de lien de dépendance avec le gouvernement est nécessaire, car les fiduciaires des régimes de retraite

to determine the quality and timeliness of the service provided to plan members in order to carry out their responsibilities.

The British Columbia Investment Management Corporation will be the successor organization to the office of the chief investment officer. It will provide investment management services to the public sector pension plans and other non-pension clients. [Emphasis added.]

(British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 25, 3rd Sess., 36th Parl., July 14, 1999, at p.14409 (Hon. J. MacPhail))

[14] With the enactment of the *PSPPA*, BCI assumed the investment management responsibilities which formerly belonged to the Minister. According to s. 18(4), BCI “has the same powers, functions and duties in the provision of funds management services for funds placed with it . . . as the Minister of Finance would have if the funds had been placed with that minister under Part 5 of the *Financial Administration Act* as it read on April 1, 1999”. As part of this transfer of responsibilities, the previously established Portfolios were continued under the *PSPPA*: s. 18.1. The unit holders continued to hold the same units as they did before and all assets of a Portfolio previously held by the Minister continued to be held by BCI. Under the updated *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99 (Regulation), the Portfolios operate in substantially the same manner as when the Minister managed them.

[15] In 2013, BCI was the fourth largest pension fund manager in Canada, managing \$102.8 billion in gross assets for 39 institutional clients. A significant portion of these funds are managed on behalf of British Columbia’s four public sector pension plans. BCI uses two different structures to manage the assets placed with it for investment. Investments are either held in the Portfolios or as segregated funds, separate and apart from the assets of the Portfolios. Only the Portfolios are at issue in this appeal.

doivent avoir la capacité absolue d’évaluer la qualité et la rapidité des services fournis aux participants aux régimes afin de s’acquitter de leurs responsabilités.

La British Columbia Investment Management Corporation sera l’organisation qui succédera au bureau du directeur des placements. Elle fournira des services de gestion de placements aux régimes de retraite du secteur public et à d’autres clients qui ne participent pas aux régimes de retraite [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 25, 3<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 14 juillet 1999, p. 14409 (l’hon. Joy MacPhail))

[14] Par suite de l’adoption de la *PSPPA*, BCI a assumé les responsabilités de gestion des placements qui incombait auparavant au ministre. Suivant le par. 18(4), BCI [TRADUCTION] « dispose des mêmes pouvoirs, fonctions et devoirs dans le cadre de la prestation des services de gestion à l’égard des fonds qui lui sont confiés [. . .] que ceux dont disposerait le ministre des Finances si les fonds lui avaient été confiés en vertu de la partie 5 de la *Financial Administration Act*, telle qu’elle se lisait en date du 1<sup>er</sup> avril 1999 ». Dans le cadre de ce transfert de responsabilités, les Portefeuilles déjà constitués ont été maintenus sous le régime de la *PSPPA* (art. 18.1). Les détenteurs d’unités ont conservé celles qu’ils détenaient auparavant et BCI a continué à détenir tous les éléments d’actif des Portefeuilles que détenait auparavant le ministre. Selon la version à jour du *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99 (*Règlement*), les Portefeuilles fonctionnent essentiellement de la même façon que lorsqu’ils étaient gérés par le ministre.

[15] En 2013, BCI était le quatrième plus important gestionnaire de fonds de pension du Canada et gérait un actif brut d’une valeur de 102,8 milliards de dollars pour 39 clients institutionnels. Une grande partie de ces fonds sont gérés pour le compte des quatre régimes de retraite du secteur public de la Colombie-Britannique. BCI se sert de deux structures différentes pour gérer les actifs qui lui sont confiés à des fins d’investissement. Les placements sont détenus dans des Portefeuilles ou à titre de fonds distincts, séparément des actifs des Portefeuilles. Le présent pourvoi porte uniquement sur les Portefeuilles.

[16] Section 20(2)(d) of the *PSPPA* requires BCI's board of directors to "have in place an equitable fee system based on the user pay principle". Section 24(1) stipulates that BCI must recover its operating costs from one of three sources:

- (a) amounts charged to the funds for operating costs and capital expenditures necessarily incurred by the investment management corporation on behalf of the funds it manages;
- (b) amounts charged to persons, organizations and other clients for services provided by the investment management corporation;
- (c) income accruing from investments made by the investment management corporation on its own behalf.

For investments held in segregated funds, BCI charges investment management fees to its clients and collects and remits GST on these amounts. But for the Portfolios, BCI recovers the costs of managing them from the income realized on the assets held in the Portfolios and does not collect GST on these amounts. This aligns with the previous practice of the Minister, who recovered management costs from the assets of the Portfolios and did not collect or remit GST.

## (2) Intergovernmental Tax Agreements

[17] By virtue of two separate agreements (the Agreements), the governments of British Columbia and Canada agreed to pay the other's sales taxes in certain circumstances. The relevant Reciprocal Taxation Agreement (RTA), versions of which have been in place since before BCI was formed in 1999, came into effect in July 2010. Under the RTA, Canada agrees to pay certain provincial taxes and fees and the Province agrees to pay the taxes imposed under the federal *ETA*. Provincial entities listed in Schedule A of the RTA may apply for a rebate of any GST paid — these entities would pay GST on their purchases of goods and services but would be entitled to a rebate of those amounts. BCI was added

[16] Aux termes de l'al. 20(2)d) de la *PSPPA*, le conseil d'administration de BCI est tenu d'[TRADUCTION] « avoir en place un système de cotisation équitable fondé sur le principe de l'utilisateur-payeur ». Le paragraphe 24(1) prévoit que BCI doit recouvrer ses frais d'exploitation de l'une des trois sources suivantes :

[TRADUCTION]

- a) les sommes imputées aux fonds au titre des frais d'exploitation et des dépenses en capital que la société de gestion de placements a nécessairement engagés pour le compte des fonds qu'elle gère;
- b) les sommes imputées aux personnes, organisations et autres clients au titre des services que la société de gestion de placements a fournis;
- c) les revenus des placements que la société de gestion de placements a réalisés pour son propre compte.

Dans le cas des placements détenus dans des fonds distincts, BCI facture des frais de gestion à ses clients et perçoit et verse la TPS sur ces montants. Cependant, en ce qui concerne les Portefeuilles, BCI recouvre ses frais de gestion à même les revenus générés par les actifs qui y sont détenus et ne perçoit pas de TPS sur ces montants. Cette façon de procéder correspond à la pratique précédente du ministre, qui recouvrait les frais de gestion à même les actifs des Portefeuilles et ne percevait ni ne versait la TPS sur ces montants.

## (2) Accords fiscaux intergouvernementaux

[17] Aux termes de deux accords distincts (les Accords), le gouvernement de la Colombie-Britannique et celui du Canada ont convenu de payer réciproquement leurs taxes de vente dans certaines circonstances. L'accord de réciprocité fiscale pertinent (le *Reciprocal Tax Agreement* (RTA)), dont des versions étaient en vigueur avant la constitution de BCI en 1999, est entré en vigueur en juillet 2010. Selon cet accord, le Canada convient de payer certains frais et taxes provinciaux et la province convient de payer les taxes exigées au titre de la *LTA* fédérale. Les entités provinciales figurant sur la liste de l'annexe A du RTA peuvent demander un remboursement de la TPS payée — ces entités paieraient

to Schedule A in November 1999 but was removed in April 2003.

[18] In November 2009, British Columbia and Canada also entered into the Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement (CITCA). This agreement was part of the Province’s decision to replace the provincial sales tax and the federal GST with a Harmonized Sales Tax regime. Under the CITCA, the Province and Canada agreed to pay HST on supplies purchased by their respective governments and agents. Similar to the RTA, the CITCA sets out a “pay and rebate” scheme whereby amounts of HST paid by provincial entities that would otherwise be constitutionally immune are rebated. The CITCA allows the Province to determine whether any rebate is paid either to the government entity that paid the tax or to the Province directly. The CITCA was in effect until April 2013, when the Province withdrew from the HST regime and returned to a GST/PST model.

### (3) BCI’s Petition for Declaratory Relief

[19] Following BCI’s removal from Schedule A of the RTA in 2003, Canada Revenue Agency (CRA) began to question whether BCI was entitled to claim immunity from GST in respect of the expenses it incurred in managing the Portfolios. From 2006 onwards, BCI, the Province and Canada engaged in discussions about BCI’s GST status with respect to its management of the Portfolios.

[20] Unable to reach an agreement, CRA opened a “supplier compliance” audit file in September 2013, covering the GST reporting periods of April 1, 2010 to March 31, 2013. The audit began in January 2014.

[21] On December 20, 2013, BCI filed the petition that gave rise to this matter in the Supreme

la TPS sur leurs achats de produits et services, mais auraient droit à un remboursement de ces sommes. BCI a été ajoutée à l’annexe A en novembre 1999, mais a été retirée en avril 2003.

[18] En novembre 2009, la Colombie-Britannique et le Canada ont également conclu un accord global intégré de coordination fiscale, le *Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement* (« CITCA »). Celui-ci découlait de la décision de la province de remplacer la taxe de vente provinciale et la TPS fédérale par un régime de taxe de vente harmonisée. Aux termes du CITCA, la province et le Canada ont convenu de payer la TVH sur les fournitures achetées par leur gouvernement et mandataires respectifs. À l’instar du RTA, le CITCA établit un régime de « paiement et remboursement » qui prévoit le remboursement de la TVH versée par des entités provinciales qui jouiraient par ailleurs de l’immunité fiscale constitutionnelle. Le CITCA permet à la province d’établir si un remboursement est versé à l’entité gouvernementale qui a payé la taxe ou directement à la province. Le CITCA est demeuré en vigueur jusqu’en avril 2013, lorsque la province a délaissé le régime de la TVH en faveur du modèle antérieur de TPS-TVP.

### (3) Requête en jugement déclaratoire de BCI

[19] À la suite du retrait de BCI de l’annexe A du RTA en 2003, l’Agence du revenu du Canada (ARC) a commencé à mettre en doute le droit de BCI d’invoquer l’immunité à l’égard de la TPS relativement aux frais qu’elle engageait dans le cadre de la gestion des Portefeuilles. À compter de 2006, BCI, la province et le Canada ont eu des discussions au sujet de la question de savoir si les services de gestion des Portefeuilles fournis par BCI étaient assujettis à la TPS.

[20] Comme les parties étaient incapables d’arriver à un accord, l’ARC a ouvert un dossier de vérification de la « conformité des fournisseurs » en septembre 2013, pour les périodes de déclaration de la TPS allant du 1<sup>er</sup> avril 2010 au 31 mars 2013. La vérification a débuté en janvier 2014.

[21] Le 20 décembre 2013, BCI a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique de la requête



Court of British Columbia, seeking the following declarations:

- a) as a statutory Crown agent, BCI is immune from taxation in respect of the assets it holds in the Portfolios; and
- b) BCI is not bound by either the RTA or the CITCA or the payment obligations found in those agreements.

[22] Canada sought to strike BCI's petition, arguing that the dispute should be heard by the Tax Court of Canada, not the Supreme Court of British Columbia. Wong J. dismissed the motion, concluding that BCI's pleadings raised a "plausible argument which ought to be heard": *British Columbia Investment Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCSC 1296, [2014] G.S.T.C. 93, at paras. 5-7. Wong J.'s ruling was affirmed on appeal: 2015 BCCA 373, 80 B.C.L.R. (5th) 316.

[23] In November 2015, the Minister of National Revenue issued notices of reassessment to BCI. BCI was assessed as owing \$40,498,754.94 of GST and HST, plus interest and penalties, in respect of taxable supplies provided to the Portfolios. In February 2016, BCI filed notices of objection to the reassessments without prejudice to its position that the Portfolios are immune from taxation, preserving its rights to challenge the assessments under the *ETA*'s appeal provisions.

[24] BCI's petition was heard by Weatherill J. in April and June of 2016.

B. *Supreme Court of British Columbia, 2016 BCSC 1803, 90 B.C.L.R. (5th) 126 (Weatherill J.)*

[25] Weatherill J. first held that he had jurisdiction to decide the petition. He then proceeded to issue the following declaratory order:

Although by virtue of being a provincial Crown agent [BCI] is immune from taxation by Canada under the *ETA*

à l'origine de la présente affaire, afin d'obtenir les déclarations suivantes :

- a) en qualité de mandataire légal de la Couronne, BCI bénéficie de l'immunité fiscale à l'égard des actifs qu'elle détient dans les Portefeuilles;
- b) BCI n'est pas liée par le RTA ou le CITCA, ni par les obligations de paiement énoncées dans ces accords.

[22] Le Canada a sollicité la radiation de la requête de BCI, soutenant que le litige devait être instruit par la Cour canadienne de l'impôt, et non par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge Wong a rejeté la requête, concluant que les actes de procédure de BCI soulevaient un [TRADUCTION] « argument plausible qui devrait être examiné » (*British Columbia Investment Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCSC 1296, [2014] G.S.T.C. 93, par. 5-7). La décision du juge Wong a été confirmée en appel (2015 BCCA 373, 80 B.C.L.R. (5th) 316).

[23] En novembre 2015, le ministre du Revenu national a établi des avis de nouvelle cotisation à l'égard de BCI, selon lesquels celle-ci devait un montant de 40 498 754,94 \$, plus intérêts et pénalités, attribuable à la TPS et à la TVH à payer sur des fournitures taxables pour les Portefeuilles. En février 2016, BCI a déposé des avis d'opposition aux nouvelles cotisations, sans renoncer à sa position selon laquelle les Portefeuilles bénéficient des immunités fiscales, préservant ainsi ses droits de contester les cotisations en vertu des dispositions de la *LTA* prévoyant le droit d'appel.

[24] Le juge Weatherill a instruit la requête de BCI en avril et en juin 2016.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2016 BCSC 1803, 90 B.C.L.R. (5th) 126 (le juge Weatherill)*

[25] Le juge Weatherill a d'abord conclu qu'il avait compétence pour trancher la requête. Il a ensuite rendu l'ordonnance déclaratoire suivante :

[TRADUCTION] Même si, du fait qu'elle est un mandataire de la Couronne provinciale, [BCI] bénéficie de l'immunité

in respect of assets it holds in pooled investment portfolios pursuant to the *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg 447/99, it is nevertheless bound by the provisions of the RTA and CITCA respecting those assets. [para. 173]

[26] With respect to jurisdiction, Weatherill J. observed that while the Tax Court had concurrent jurisdiction over the immunity issue, it would not have jurisdiction to determine whether the Agreements bind BCI. Because the two issues are linked and the dispute had been going on for 10 years, judicial economy and fairness militated in favour of deciding the issues together.

[27] The chambers judge then held that BCI, as a statutory agent mandated to manage the Portfolios, enjoys the same tax immunity under s. 125 as the Province does. Because the *PSPPA* states that BCI legally owns the Portfolio assets, the *ETA* trust provisions “cannot change the trust into something it is not”: paras. 132-133. When the *PSPPA* was enacted, BCI “simply stepped into the Minister of Finance’s shoes”: para. 135. Finally, Weatherill J. concluded that s. 16(6) of the *PSPPA* places a specific obligation on BCI to pay the same tax as the province pays, including the tax due under the Agreements.

[28] Canada appealed the holding that BCI is immune from taxation and BCI cross-appealed with respect to the binding nature of the Agreements.

C. *Court of Appeal for British Columbia, 2018 BCCA 47, 5 B.C.L.R. (6th) 237 (Smith, Willcock and Goepel J.J.A.)*

[29] The Court of Appeal for British Columbia dismissed Canada’s appeal and BCI’s cross-appeal. Writing for the court, Willcock J.A. held that there was no reason to interfere with Weatherill J.’s decision

à l’égard de la taxation fédérale sous le régime de la *LTA* à l’égard des actifs qu’elle détient dans des portefeuilles de fonds communs de placement en application du *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg 447/99, elle est néanmoins liée par les dispositions du RTA et du CITCA concernant ces actifs. [par. 173]

[26] Pour ce qui est de la compétence, le juge Weatherill a souligné que, même si la Cour canadienne de l’impôt avait compétence concurrente sur la question de l’immunité, elle n’avait pas compétence pour décider si les Accords liaient BCI. Étant donné que les deux questions étaient connexes et que le différend durait depuis une dizaine d’années, il était selon lui préférable, par souci d’économie judiciaire et d’équité, de trancher les questions ensemble.

[27] Le juge siégeant en son cabinet a ensuite conclu qu’en qualité de mandataire légal chargé de gérer les Portefeuilles, BCI bénéficiait de la même immunité fiscale que celle dont jouissait la province en vertu de l’art. 125. Étant donné que la *PSPPA* prévoit que BCI est propriétaire en common law des actifs des Portefeuilles, les dispositions de la *LTA* régissant les fiducies [TRADUCTION] « ne peuvent transformer la fiducie en quelque chose qu’elle n’est pas » (par. 132-133). Lors de l’adoption de la *PSPPA*, BCI « a simplement pris la place du ministre des Finances » (par. 135). Enfin, le juge Weatherill a conclu que le par. 16(6) de la *PSPPA* impose l’obligation spécifique à BCI de payer la même taxe que la province, y compris celle exigible au titre des Accords.

[28] Le Canada a interjeté appel de la conclusion selon laquelle BCI bénéficie de l’immunité fiscale, et BCI a formé un appel incident à l’égard de la conclusion relative au caractère contraignant des Accords.

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 47, 5 B.C.L.R. (6th) 237 (les juges Smith, Willcock et Goepel)*

[29] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’appel du Canada et l’appel incident de BCI. S’exprimant au nom de la cour, le juge Willcock a décidé qu’il n’y avait aucune raison d’intervenir à

to take jurisdiction and consider the claim for declaratory relief.

[30] On the question of constitutional immunity, Willcock J.A. pointed out that as an agent of the Crown, BCI itself is immune from taxation. Thus, the question is whether a non-Crown entity receives services when BCI manages the Portfolios. While a tax that applies to a private, beneficial interest in property legally owned by the Crown is not barred by s. 125, two distinguishing factors arise in this case. First, there is no clear beneficial interest in the Portfolios that is distinct from BCI's legal interest. Second, absent the *ETA* deeming rules, there would be no taxable transaction as BCI would be both supplying and receiving the services as trustee. In Willcock J.A.'s view, the *ETA* deeming rules cannot apply to the statutory trust because a federal statute cannot reduce the scope of provincial immunity from taxation.

[31] Willcock J.A. also agreed that the Agreements are binding on BCI. While some intergovernmental agreements are merely political, the RTA and CITCA were intended to create mutually binding obligations. Section 16(6) of the *PSPPA* establishes that the extent of BCI's immunity from taxation is no greater than that of the provincial Crown. The phrase "liability to taxation" is broad enough to capture the contractual liability assumed by the Province under the RTA (para. 155).

## II. Analysis

[32] My analysis proceeds as follows. First, I conclude that the chambers judge did not err in exercising his jurisdiction. Next, I consider the operation of the *ETA* and determine that s. 125 renders the *ETA* inapplicable with respect to the costs BCI

l'égard de la décision du juge Weatherill, qui s'est déclaré compétent et a instruit la requête en jugement déclaratoire.

[30] Pour ce qui est de la question de l'immunité constitutionnelle, le juge Willcock a fait observer qu'en tant que mandataire de la Couronne, BCI elle-même bénéficiait de l'immunité fiscale. La question était donc de savoir si une entité qui n'est pas une entité de la Couronne reçoit des services lorsque BCI gère les Portefeuilles. Même si l'art. 125 n'interdisait pas l'imposition d'une taxe sur un intérêt bénéficiaire privé à l'égard d'un bien appartenant en common law à la Couronne, deux facteurs distinctifs intervenaient en l'espèce. D'abord, il n'y avait aucun intérêt bénéficiaire manifeste dans les Portefeuilles qui était différent de l'intérêt en common law de BCI. En second lieu, sans les dispositions déterminatives de la *LTA*, il n'y aurait aucune opération taxable, car BCI serait à la fois le fournisseur et l'acquéreur des services en qualité de fiduciaire. De l'avis du juge Willcock, les dispositions déterminatives de la *LTA* ne pouvaient s'appliquer à la fiducie d'origine législative parce qu'une loi fédérale ne peut restreindre la portée de l'immunité fiscale provinciale.

[31] Le juge Willcock a également reconnu que les Accords liaient BCI. Même si certains accords intergouvernementaux sont de nature purement politique, le RTA et le CITCA visaient à créer des obligations mutuellement contraignantes. Le paragraphe 16(6) de la *PSPPA* établit que la portée de l'immunité fiscale de BCI n'est pas supérieure à celle de la Couronne provinciale. L'expression [TRADUCTION] « assujettie à la taxation » est suffisamment générale pour englober la responsabilité contractuelle qu'assume la province aux termes du RTA (par. 155).

## II. Analyse

[32] Mon analyse est la suivante : je conclus tout d'abord que le juge siégeant en son cabinet n'a pas commis d'erreur en exerçant sa compétence. Ensuite, j'examine l'application de la *LTA* et je conclus que l'art. 125 rend cette loi inapplicable en ce qui concerne

recovers from the Portfolios. Finally, I conclude that the Agreements are binding on the Province and BCI is subject to the obligations set out in them by virtue of s. 16(6) of the *PSPPA*.

A. *A Superior Court's Discretion to Decline Jurisdiction in Favour of the Tax Court*

[33] Before the chambers judge, the Attorney General of Canada argued that the constitutional immunity claim fell within the exclusive jurisdiction of the Tax Court. But on appeal, the parties accepted that the superior court had inherent jurisdiction over all aspects of BCI's petition.

[34] Nevertheless, Canada submits that the chambers judge erred when he chose to *exercise* his jurisdiction. In doing so, he usurped the jurisdiction of the Tax Court and effectively determined BCI's challenge to the reassessments. In Canada's view, a superior court should decline to exercise its jurisdiction when another court with expertise in the core issues of a claim has concurrent jurisdiction. Canada also submits that the chambers judge erred in considering the judicial economy of deciding the immunity and Agreements issues together. Because CRA did not rely on the Agreements in reassessing BCI, the petition is premature.

[35] The parties agree that the chambers judge's discretionary decision to exercise his jurisdiction is entitled to deference. Unless the chambers judge misdirected himself or came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice, a reviewing court should not interfere: *Canada (Attorney General) v. Fontaine*, 2017 SCC 47, [2017] 2 S.C.R. 205, at para. 36; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 95; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1

les frais que BCI recouvre des Portefeuilles. Enfin, j'estime que les Accords lient la province et que BCI est assujettie aux obligations qui y sont énoncées en vertu du par. 16(6) de la *PSPPA*.

A. *Pouvoir discrétionnaire d'une cour supérieure de décliner compétence en faveur de la Cour canadienne de l'impôt*

[33] Devant le juge siégeant en son cabinet, le procureur général du Canada a prétendu que la demande relative à l'immunité constitutionnelle relevait de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt. Cependant, en appel, les parties ont admis que la cour supérieure était dotée d'une compétence inhérente à l'égard de tous les aspects de la requête de BCI.

[34] Néanmoins, le Canada fait valoir que le juge siégeant en son cabinet a commis une erreur lorsqu'il a décidé d'*exercer* sa compétence. Ce faisant, il a usurpé la compétence de la Cour canadienne de l'impôt et a en fait tranché la contestation de BCI à l'égard des nouvelles cotisations. De l'avis du Canada, une cour supérieure devrait refuser d'exercer sa compétence lorsqu'une autre cour dotée d'une expertise au sujet des principales questions à trancher dans un litige a compétence concurrente. Le Canada ajoute que le juge siégeant en son cabinet a commis une erreur lorsqu'il a tenu compte du principe de l'économie des ressources judiciaires pour trancher ensemble les questions relatives à l'immunité et aux Accords. Étant donné que l'ARC ne s'est pas fondée sur les Accords pour établir une nouvelle cotisation à l'encontre de BCI, la requête était prématurée.

[35] Les parties conviennent qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard de la décision discrétionnaire du juge siégeant en son cabinet d'exercer sa compétence. Sauf si le juge siégeant en son cabinet s'est fondé sur des considérations erronées ou a rendu une décision erronée au point de créer une injustice, le tribunal de contrôle ne devrait pas intervenir (*Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47, [2017] 2 R.C.S. 205, par. 36; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53,

S.C.R. 87, at para. 83; see also *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801, at para. 95; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 43.

[36] In deciding whether to exercise its jurisdiction, a court must determine the essential nature of the claim. A superior court may decline to exercise its jurisdiction if it concludes a party is using “artful pleading” to bring a claim in an inappropriate forum: *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at paras. 25-27; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 78. However, a party is also entitled to make genuine strategic choices about how to pursue a claim. If the pleadings disclose a reasonable basis for pursuing a valid claim in a provincial superior court, the party advancing the claim is generally entitled to pursue it: *Windsor (City)*, at para. 27; *TeleZone*, at para. 76.

[37] Any challenge to the correctness of a tax assessment under the *ETA* falls within the exclusive jurisdiction of the Tax Court: *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2, s. 12(1); *ETA*, ss. 306, 309(1); see *Johnson v. Minister of National Revenue*, 2015 FCA 51, 469 N.R. 326, at paras. 21-23, citing *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at para. 82; *Sorbara v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673, at paras. 7-11; see generally *Aboriginal Federated Alliance Inc. v. Canada Customs and Revenue Agency*, 2002 ABCA 104, 303 A.R. 304, at paras. 16-18; *Smith v. Canada*, 2006 BCCA 237, 61 B.C.L.R. (4th) 231.

[38] Even where a claim does not challenge an assessment, a superior court may decline to exercise its jurisdiction in recognition of the specialization of the Tax Court: *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793, at para. 11; see also

[2014] 2 R.C.S. 633, par. 95; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 83; voir également *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801, par. 95; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 43).

[36] Pour décider s’il exerce ou non sa compétence, le tribunal doit déterminer la nature essentielle de la demande. Une cour supérieure peut refuser d’exercer sa compétence si elle conclut qu’une partie invoque d’« astucieux arguments » pour porter sa demande devant une juridiction inappropriée (*Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 25-27; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 78). Cependant, une partie a également le droit de faire de véritables choix stratégiques quant à la façon de faire valoir ses droits. Si les actes de procédure révèlent l’existence de motifs raisonnables de présenter une demande valide devant une cour supérieure provinciale, l’auteur de la demande est généralement admis à exercer son recours (*Windsor (City)*, par. 27; *TeleZone*, par. 76).

[37] Toute contestation du bien-fondé d’une cotisation fiscale établie en application de la *LTA* relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt (*Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, par. 12(1); *LTA*, art. 306, par. 309(1); *Johnson c. Ministre du Revenu national*, 2015 CAF 51, 469 N.R. 326, par. 21-23, citant *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, par. 82; *Sorbara c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 506, 98 O.R. (3d) 673, par. 7-11; voir, de façon générale, *Aboriginal Federated Alliance Inc. c. Canada Customs and Revenue Agency*, 2002 ABCA 104, 303 A.R. 304, par. 16-18; *Smith c. Canada*, 2006 BCCA 237, 61 B.C.L.R. (4th) 231).

[38] Même lorsqu’une demande n’a pas pour objet la contestation d’une cotisation, une cour supérieure peut refuser d’exercer sa compétence en reconnaissance de l’expertise de la Cour canadienne de l’impôt (*Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007



D. Jacyk, “The Dividing Line Between the Jurisdictions of the Tax Court of Canada and Other Superior Courts” (2008), 56 *Can. Tax J.* 661, at pp. 685-86. In *Addison*, this Court cautioned against allowing “incidental litigation” to circumvent the tax appeal mechanisms established by Parliament: para. 11. But this does not mean an otherwise valid claim cannot proceed in superior court simply because it may impact a Tax Court proceeding.

[39] In this case, the chambers judge determined that the core of BCI’s petition was not an attack on the GST assessments but rather Canada’s ability to tax BCI in the first place. He also concluded that the constitutional immunity and Agreements issues were linked — if the immunity claim was successful, the Agreements were the only way BCI could be required to pay GST.

[40] Like the Court of Appeal, I see no reversible error in the chambers judge’s analysis. Both the scope and the timing of the petition support the chambers judge’s characterization of BCI’s claim and his decision to exercise his jurisdiction.

[41] First, the issues raised in BCI’s petition go beyond the assessment of tax under the *ETA*. Fundamentally, this case is about the rights, obligations and duties of a Crown agent, under the Constitution and at common law. While BCI may have raised constitutional immunity during a Tax Court appeal, the petition concerns Canada’s taxation authority over BCI more generally. BCI’s status under the Agreements is also undoubtedly a live issue between the parties. While other disputes related to their operation may arise, declaratory relief — which the Tax Court cannot grant (see *Pintendre Autos Inc. v. The Queen*, 2003 TCC 818, 2004 D.T.C. 2596, at para. 43; *Whitford v. The Queen*, 2008 TCC 359, 2008 G.T.C. 638, at paras. 13-14) — would provide

CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, par. 11; voir également D. Jacyk, « The Dividing Line Between the Jurisdictions of the Tax Court of Canada and Other Superior Courts » (2008), 56 *Rev. fisc. can.* 661, p. 685-686). Dans l’arrêt *Addison*, notre Cour a souligné qu’il ne fallait pas permettre qu’une « procédure connexe » serve à contourner le système d’appel établi par le Parlement en matière fiscale (par. 11). Cependant, il ne s’ensuit pas qu’une demande par ailleurs valide ne peut être introduite devant la cour supérieure pour la simple raison qu’elle pourrait avoir une incidence sur une instance devant la Cour canadienne de l’impôt.

[39] En l’espèce, le juge siégeant en son cabinet a décidé que l’essentiel de la requête de BCI ne constituait pas une contestation des cotisations de TPS, mais plutôt du pouvoir du Canada d’imposer dès le départ une taxe à BCI. Il a également conclu que les questions relatives à l’immunité constitutionnelle et aux Accords étaient connexes : si la demande relative à l’immunité était retenue, les Accords seraient la seule voie par laquelle BCI pourrait être tenu de payer la TPS.

[40] À l’instar de la Cour d’appel, je ne vois aucune erreur donnant lieu à révision dans l’analyse du juge siégeant en son cabinet. Tant la portée de la requête que le moment où elle a été introduite appuient la qualification de la demande de BCI par le juge siégeant en son cabinet et sa décision d’exercer sa compétence.

[41] D’abord, les questions soulevées dans la requête de BCI vont au-delà de la cotisation fiscale établie sous le régime de la *LTA*. La présente affaire porte essentiellement sur les droits, obligations et devoirs d’un mandataire de la Couronne aux termes de la Constitution et en common law. Même si BCI aurait pu soulever la question de l’immunité constitutionnelle dans le cadre d’un appel devant la Cour canadienne de l’impôt, sa requête concerne le pouvoir de taxation du Canada à son endroit de façon plus générale. Le statut de BCI aux termes des Accords est aussi sans aucun doute une question qui oppose les parties. Bien que d’autres débats quant à leur application puissent naître, un jugement déclaratoire — que la Cour canadienne de l’impôt ne peut

the answer to a long-standing disagreement about whether BCI is subject to the Agreements.

[42] Second, at the time BCI filed its petition, the reassessments had not yet been issued (indeed the audit had not yet begun) so the Tax Court had no jurisdiction over the dispute: *Tax Court of Canada Act*, s. 12(1); *ETA*, ss. 306, 309(1). I recognize that an assessment was issued before the petition was heard. But this does not change the fact that BCI filed its petition in the only forum capable of dealing with it at the time. The history of this dispute also predates CRA's decision to audit BCI. BCI's entitlement to constitutional immunity and its status under the Agreements has been disputed since at least 2006. In my view, the chambers judge did not err in concluding that judicial economy favoured resolving both issues together.

B. *Part IX of the Excise Tax Act and Constitutional Immunity From Taxation*

[43] The courts below focussed primarily on BCI's claim to constitutional immunity and did not consider the operation of the *ETA* in detail. Obviously, such analysis would likely lie at the centre of any Tax Court proceedings challenging the reassessments. The record is also incomplete — it identifies only some of the Portfolio unit holders and contains only some of the Funds Investment and Management Agreements between BCI and a unit holder. Further, it is not strictly necessary to examine how the *ETA* operates in order to determine whether constitutional immunity applies. However, some discussion will assist in addressing arguments made by the parties and understanding the mechanism by which Canada argues that the costs BCI recovers from the Portfolios are taxable.

rendre (voir *Pintendre Autos Inc. c. La Reine*, 2003 CCI 818, par. 43 (CanLII); *Whitford c. La Reine*, 2008 CCI 359, par. 13-14 (CanLII)) — fournirait la réponse à un conflit qui perdure quant à la question de savoir si BCI est assujettie aux Accords.

[42] En deuxième lieu, lorsque BCI a déposé sa requête, les nouvelles cotisations n'avaient pas encore été établies (d'ailleurs, la vérification n'avait pas encore commencé), de sorte que la Cour canadienne de l'impôt n'avait pas compétence sur le litige (*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, par. 12(1); *LTA*, art. 306, par. 309(1)). Je reconnais qu'une cotisation a été établie avant l'instruction de la requête; mais il n'en demeure pas moins que BCI a déposé sa requête devant la seule juridiction compétente pour l'instruire à l'époque. Le différend qui oppose les parties est également antérieur à la décision de l'ARC de mener une vérification à l'égard de BCI. Le droit de BCI d'invoquer l'immunité constitutionnelle et son statut aux termes des Accords sont contestés depuis au moins 2006. À mon avis, le juge siégeant en son cabinet n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il était souhaitable, par souci d'économie judiciaire, de trancher les deux questions ensemble.

B. *La partie IX de la Loi sur la taxe d'accise et l'immunité fiscale constitutionnelle*

[43] Les juridictions inférieures ont fait porter leur analyse principalement sur l'argument de BCI relatif à l'immunité constitutionnelle et n'ont pas examiné en détail l'application de la *LTA*. De toute évidence, une telle analyse serait probablement au cœur de toute instance devant la Cour canadienne de l'impôt visant la contestation des nouvelles cotisations. De plus, le dossier est incomplet : il ne mentionne que quelques-uns des détenteurs d'unités des Portefeuilles et ne comporte que certains des Accords d'investissement et de gestion conclus entre BCI et un détenteur d'unités. Par ailleurs, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner la façon dont s'applique la *LTA* pour décider si l'immunité constitutionnelle s'applique. Toutefois, certaines observations seront utiles afin d'examiner les arguments soulevés par les parties et de mieux comprendre le mécanisme auquel le Canada a recours pour faire valoir que les frais que BCI recouvre des Portefeuilles sont taxables.

(1) Applying Part IX of the *Excise Tax Act* to a Statutory Trust

[44] Part IX of the *ETA* governs the payment, collection and remittance of the federal GST (and HST, where applicable). According to s. 165, every recipient of a “taxable supply” must pay GST on the consideration paid for the supply. Various other rules define the types of commercial activities that constitute a taxable supply. Suppliers registered under the *ETA* are required to collect GST and periodically remit it to the federal government: ss. 221(1), 225(1), 228(1) and 228(2).

[45] There is no dispute that the investment management services BCI provides outside the context of the Portfolios (i.e. in managing the segregated funds) are taxable supplies for GST purposes. Thus, the issue under the *ETA* does not relate to the nature of BCI’s investment management activities but rather involves whether the Portfolios can be considered a “recipient” of a taxable supply.

[46] Section 123(1) of the *ETA* defines a “recipient” with reference to either the person who is liable to pay consideration for a supply of services or, if no consideration is payable, the person to whom a service is rendered. However, to fall within this definition, a recipient must also be a “person.” At common law, only natural persons and corporations have legal personalities; a trust does not: *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), by D. W. M. Waters, M.R. Gillen and L.D. Smith, at pp. 614-12. To capture transactions involving a wide range of entities, s. 123(1) broadly defines “person” as “an individual, a partnership, a corporation, the estate of a deceased individual, a trust, or a body that is a society, union, club, association, commission or other organization of any kind”. The definition of “person” in s. 123(1) thus confers upon a trust “a separate, artificial legal identity for tax purposes”: *Value-Added Taxation*

(1) Application de la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise* aux fiducies d’origine législative

[44] La partie IX de la *LTA* régit le paiement, la perception et le versement de la TPS fédérale (et, le cas échéant, de la TVH). Selon l’art. 165, l’acquéreur d’une « fourniture taxable » doit payer la TPS sur la valeur de la contrepartie de la fourniture. Diverses autres règles définissent les types d’activités commerciales qui constituent une fourniture taxable. Les fournisseurs inscrits au titre de la *LTA* sont tenus de percevoir la TPS et de la verser périodiquement au gouvernement fédéral (par. 221(1), 225(1), 228(1) et 228(2)).

[45] Il est indéniable que les services de gestion de placements que BCI fournit en dehors du contexte des Portefeuilles (c.-à-d., dans le cadre de la gestion des fonds distincts) constituent des fournitures taxables aux fins de la TPS. En conséquence, la question qui se pose dans le cadre de l’application de la *LTA* ne concerne pas la nature des activités de gestion de placements de BCI, mais est plutôt celle de savoir si les Portefeuilles peuvent être considérés comme un « acquéreur » d’une fourniture taxable.

[46] Selon le paragraphe 123(1) de la *LTA*, l’« acquéreur » s’entend de la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture du service qui lui est rendu ou, si nulle contrepartie n’est payable, la personne à qui un service est rendu. Cependant, pour être visé par cette définition, l’acquéreur doit également être une « personne ». En common law, seules les personnes physiques et les personnes morales ont une personnalité juridique; les fiducies n’en ont pas (*Waters’ Law of Trusts in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2012), par D. W. M. Waters, M.R. Gillen et L.D. Smith, p. 614-642). Afin de comprendre les opérations mettant en cause un vaste éventail d’entités, le par. 123(1) confère une grande portée au terme « personne », le définissant de la façon suivante : « particulier, société de personnes, personne morale, fiducie ou succession, ainsi que l’organisme qui est un syndicat, un club, une association, une commission ou autre organisation ».

in *Canada: GST, HST, and QST* (5th ed. 2015), at ¶12,030.

[47] Section 267.1(5) contains further trust rules, which deem a trustee's activities to have been done by the trust and, in certain circumstances, deem a trustee to have supplied services to the trust:

#### Activities of a trustee

(5) For the purposes of this Part, where a person acts as trustee of a trust,

(a) anything done by the person in the person's capacity as trustee of the trust is deemed to have been done by the trust and not by the person; and

(b) notwithstanding paragraph (a), where the person is not an officer of the trust, the person is deemed to supply a service to the trust of acting as a trustee of the trust and any amount to which the person is entitled for acting in that capacity that is included in computing, for the purposes of the *Income Tax Act*, the person's income or, where the person is an individual, the person's income from a business, is deemed to be consideration for that supply.

The combined effect of ss. 123(1) and 267.1(5) is to impose GST collection, remittance and payment obligations on trusts and trustees in certain circumstances.

[48] Applying the *ETA* to BCI and the Portfolios is further complicated by the fact that BCI is a provincial Crown agent. According to a long-standing rule of statutory interpretation, the Crown is not bound by statute except by express words or necessary implication: *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at pp. 556-57, citing *Province of Bombay v. City of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.); see also P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 397-406.

La définition du mot « personne » au par. 123(1) confère donc à la fiducie une [TRADUCTION] « identité juridique artificielle distincte aux fins fiscales » (*Value-Added Taxation in Canada : GST, HST, and QST* (5<sup>e</sup> éd. 2015), ¶12,030).

[47] Le paragraphe 267.1(5) énonce également d'autres règles applicables aux fiducies; selon ces règles, les actes accomplis par un fiduciaire sont réputés accomplis par la fiducie et le fiduciaire est réputé, dans certaines circonstances, avoir fourni des services à la fiducie :

#### Activités du fiduciaire

(5) Les présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre de la présente partie lorsqu'une personne agit à titre de fiduciaire d'une fiducie :

a) tout acte qu'elle accomplit à ce titre est réputé accompli par la fiducie et non par elle;

b) malgré l'alinéa a), si elle n'est pas un cadre de la fiducie, elle est réputée fournir à celle-ci un service de fiduciaire et tout montant auquel elle a droit à ce titre et qui est inclus, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul de son revenu ou, si elle est un particulier, dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise est réputé être un montant au titre de la contrepartie de cette fourniture.

Les paragraphes 123(1) et 267.1(5) ont ensemble pour effet d'imposer aux fiducies et aux fiduciaires des obligations relatives à la perception, au versement et au paiement de la TPS dans certaines circonstances.

[48] Le fait que BCI est un mandataire de la Couronne provinciale complique quelque peu l'application de la *LTA* à BCI et aux Portefeuilles. Selon un principe d'interprétation législative établi depuis longtemps, la Couronne n'est liée par aucun texte législatif, si ce n'est par des termes exprès ou nettement implicites (*R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 556-557, citant *Province of Bombay c. City of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.); voir également P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright,

For federal enactments,<sup>9</sup> this rule is codified in s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21:

#### Her Majesty not bound or affected unless stated

**17** No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

The Crown's immunity from statute extends to both the Crown in right of a province as well as Crown agents, when the agent acts within the scope of its statutory purposes: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at p. 274; *Eldorado Nuclear*, at pp. 565-66.

[49] In this case, s. 16(5) of the *PSPPA* declares BCI to be an agent of the government. Section 29 of the *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, defines "government" as Her Majesty in right of British Columbia, such that an agent of the government is an agent of the provincial Crown. Section 18(2) of the *PSPPA* states that BCI's purpose is to manage the funds placed with it for investment. Thus, BCI enjoys the benefit of Crown statutory immunity when it manages the Portfolios: see *Nova Scotia Power Inc. v. Canada*, 2004 SCC 51, [2004] 3 S.C.R. 53, at paras. 13-18.

[50] For a statute to be binding on the Crown, the Crown's immunity from statute must be "clearly lifted": *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 20. Section 122 of the *ETA* expressly sets out the Crown's obligations in relation to the GST rules found in Part IX:

*Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 397-406). Dans le cas des textes législatifs du gouvernement fédéral<sup>9</sup>, ce principe est codifié à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21 :

#### Non-obligation, sauf indication contraire

**17** Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

L'immunité de la Couronne à l'égard de l'application des lois vaut aussi pour la Couronne du chef d'une province ainsi que pour les mandataires de la Couronne, lorsqu'ils agissent dans le cadre des objectifs que leur attribue la loi (*Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, p. 274; *Eldorado Nucléaire*, p. 565-566).

[49] En l'espèce, le par. 16(5) de la *PSPPA* désigne BCI à titre de mandataire du gouvernement. L'article 29 de l'*Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 238, définit le [TRADUCTION] « gouvernement » comme Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique, de sorte que tout mandataire du gouvernement est mandataire de la Couronne provinciale. Le paragraphe 18(2) de cette même loi dispose que BCI est constituée pour gérer les fonds qui lui sont confiés à des fins d'investissement. En conséquence, BCI jouit de l'immunité d'origine législative de la Couronne lorsqu'elle gère les Portefeuilles (voir *Nova Scotia Power Inc. c. Canada*, 2004 CSC 51, [2004] 3 R.C.S. 53, par. 13-18).

[50] Pour qu'un texte de loi lie la Couronne, il doit y avoir une « dérogation claire à l'immunité » de la Couronne (*Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 20). L'article 122 de la *LTA* énonce expressément les obligations de la Couronne à l'égard des règles sur la TPS qui se trouvent à la partie IX :

<sup>9</sup> In British Columbia, the situation is reversed; a provincial legislative enactment is binding on the government "[u]nless it specifically provides otherwise": *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1).

<sup>9</sup> En Colombie-Britannique, c'est l'inverse : un texte législatif provincial lie le gouvernement : [TRADUCTION] « sauf disposition contraire expresse » (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, par. 14(1)).



**Application**

**122** This Part is binding

- (a) on Her Majesty in right of Canada; and
- (b) on Her Majesty in right of a province in respect of obligations as a supplier to collect and to remit tax in respect of taxable supplies made by Her Majesty in right of the province.

While Part IX applies in its entirety to the federal Crown, the provincial Crown's obligations are limited to *collecting and remitting* GST. The provincial Crown must therefore collect and remit GST when it makes taxable supplies to private parties: *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (*GST Reference*), at pp. 478-81.

[51] The parties disagree about whether the language of the *ETA* captures BCI's activities in managing the Portfolios.

[52] Canada submits that there are no statutory impediments to requiring BCI to collect and remit GST on the costs it recovers from the Portfolios. Canada's analysis proceeds in two steps. First, ss. 123(1) and 267.1(5)(a) operate to separate the statutory trust from BCI (the trustee) for tax purposes. Thus, when BCI provides investment management services to the Portfolios, a taxable transaction occurs. Second, when the Province created BCI to provide investment management services, it "cast itself as a service provider through its agent". As such, BCI is required by s. 122(b) of the *ETA* to collect and remit GST on the investment management services it supplies to the Portfolios (A.F., at para. 60).

[53] There are two potential obstacles to Canada's approach to the Portfolios. First, the respondents submit that because the *ETA* does not expressly state that ss. 123(1) and 267.1(5) apply to the provincial

**Sa Majesté**

**122** La présente partie lie :

- a) Sa Majesté du chef du Canada;
- b) Sa Majesté du chef d'une province en ce qui concerne une obligation à titre de fournisseur de percevoir et de verser la taxe relative aux fournitures taxables qu'elle effectue.

Alors que la partie IX s'applique en entier à la Couronne fédérale, les obligations de la Couronne provinciale se limitent à *percevoir et verser* la TPS. La Couronne provinciale doit donc percevoir et verser la TPS lorsqu'elle effectue des fournitures taxables pour des parties privées (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (*Renvoi relatif à la TPS*), p. 478-481).

[51] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si le libellé de la *LTA* comprend les activités qu'exerce BCI dans le cadre de la gestion des Portefeuilles.

[52] Le Canada soutient qu'aucune disposition législative ne l'empêche d'exiger de BCI qu'elle perçoive et verse la TPS sur les frais qu'elle recouvre des Portefeuilles. L'analyse du Canada comporte deux volets. D'abord, selon lui, le par. 123(1) et l'al. 267.1(5) a) s'appliquent de manière à établir une distinction entre la fiducie d'origine législative et BCI (le fiduciaire) aux fins de l'imposition de la taxe. En conséquence, lorsque BCI fournit des services de gestion de placements pour les Portefeuilles, une opération taxable a lieu. En second lieu, il soutient que lorsque la province a créé BCI pour fournir des services de gestion de placements, elle [TRADUCTION] « s'est elle-même présentée comme une entreprise qui fournit des services par l'entremise de son mandataire ». L'alinéa 122b) de la *LTA* oblige donc BCI à percevoir et à verser la TPS sur les services de gestion de placements qu'elle fournit aux Portefeuilles (m.a., par. 60).

[53] Deux obstacles potentiels pourraient se poser relativement à la démarche du Canada concernant les Portefeuilles. D'abord, les intimées font valoir que, étant donné que la *LTA* n'énonce pas

Crown, those provisions do not operate with respect to the Portfolios. Second, it is not clear that the Portfolios are “a trust” within the meaning of ss. 123(1) and 267.1(5). If not, the Portfolios are not persons for the purposes of the *ETA* and cannot be liable to pay GST as the recipient of services. If this is the case, no taxable transaction exists as BCI would simply be managing the assets it legally owns, rather than supplying a service to another “person”. I consider each of these potential hurdles in turn.

(a) *Do Sections 123(1) and 267.1(5) of the ETA Apply to BCI?*

[54] Turning first to the applicability of ss. 123(1) and 267.1(5) to BCI, I disagree with the respondents that these provisions do not apply to the provincial Crown. While s. 122(b) states that only collection and remittance obligations are imposed on the provincial Crown, it may be necessary to refer to ss. 123(1) and 267.1(5) to determine the scope of these obligations. For example, s. 221(1) imposes an obligation to collect GST on “[e]very person who makes a taxable supply”. The only way to understand the provincial Crown’s obligations under this provision is by referring to the definitions of “person” and “taxable supply” in s. 123(1). Section 122(b) also states that the provincial Crown’s obligations arise from “[t]his Part” (Part IX) as a whole. There is no need to list specifically every provision that may apply to the provincial Crown in determining its obligations as a supplier.

[55] The central question in this appeal — whether the taxing mechanism created by the *ETA* has the effect of requiring a province or its agent to *pay* tax out of its property — is properly viewed as a matter of characterization under s. 125 of the *Constitution Act, 1867*. The *ETA* makes the recipient of services,

expressément que les par. 123(1) et 267.1(5) s’appliquent à la Couronne provinciale, ces dispositions sont sans effet en ce qui concerne les Portefeuilles. Ensuite, il n’est pas certain que les Portefeuilles constituent une « fiducie » au sens des par. 123(1) et 267.1(5). Dans la négative, les Portefeuilles ne sont pas des personnes pour l’application de la *LTA* et ils ne peuvent être tenus de payer la TPS à titre d’acquéreurs de services. Si tel est le cas, il n’y a pas d’opération taxable puisque BCI ne ferait que gérer les actifs qu’elle possède en common law, plutôt que de fournir un service à une autre « personne ». Je vais maintenant examiner chacun de ces obstacles potentiels à tour de rôle.

a) *Les paragraphes 123(1) et 267.1(5) de la LTA s’appliquent-ils à BCI?*

[54] En ce qui concerne tout d’abord la question de savoir si les par. 123(1) et 267.1(5) s’appliquent à BCI, je ne suis pas d’accord avec les intimées pour dire que ces dispositions ne s’appliquent pas à la Couronne provinciale. Même si l’al. 122b) prévoit que la Couronne provinciale n’est assujettie qu’à des obligations de perception et de versement, il peut être nécessaire de recourir aux par. 123(1) et 267.1(5) pour déterminer la portée de ces obligations. Par exemple, le par. 221(1) impose à « la personne qui effectue une fourniture taxable » l’obligation de percevoir la TPS. La seule façon de comprendre les obligations qui incombent à la Couronne provinciale au titre de cette disposition est de se reporter aux définitions des termes « personne » et « fourniture taxable » énoncées au par. 123(1). Par ailleurs, l’al. 122b) prévoit que les obligations de la Couronne provinciale découlent de l’ensemble de « [l]a présente partie » (partie IX). Il n’est pas nécessaire de dresser la liste de toutes les dispositions pouvant s’appliquer à la Couronne provinciale pour déterminer les obligations qui lui incombent en qualité de fournisseur.

[55] La principale question en litige dans le présent pourvoi — celle de savoir si le mécanisme de taxation créé par la *LTA* a pour effet d’obliger une province ou son mandataire à *payer* la taxe à même ses biens — peut être considérée à bon droit comme une question de qualification aux termes de l’art. 125 de

not the supplier, liable to pay GST: *GST Reference*, at p. 480. In this case, Canada argues that the property held in trust is receiving services from BCI. Thus, if the Portfolio assets are not characterized as property of the Crown for the purposes of s. 125, then they do not enjoy statutory immunity under the *ETA* either. In such a case, the provincial Crown's obligations would be limited to collecting and remitting GST for services provided to that private property, as expressly required by s. 122(b).

(b) *Are the Portfolios “a Trust” for the Purposes of Part IX of the ETA?*

[56] The second question under the *ETA* is whether the Portfolios fall within the meaning of “a trust” in ss. 123(1) and 267.1(5). During oral arguments, counsel for Canada argued that even though the Portfolios do not appear to have all the qualities of a private law trust, they nonetheless are captured by the *ETA*. Counsel emphasized that because the *PSPPA* and the *Regulation* state that the Portfolio assets are “held in trust,” the Portfolios must be treated as a trust for the purposes of the *ETA*.

[57] I disagree. The term “trust” is not defined in the *ETA*. Absent express direction to the contrary, undefined terms in a taxation statute must be interpreted according to their established and accepted legal meaning: *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915, at paras. 29-33; see also *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367, at para. 17; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 20. In the case of a federal statute like the *ETA*, s. 8.1 of the *Interpretation Act* provides that, “unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province’s rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles

la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la *LTA*, c’est l’acquéreur des services, et non le fournisseur, qui est tenu de payer la TPS (*Renvoi relatif à la TPS*, p. 480). Dans le cas qui nous occupe, le Canada soutient que les biens détenus en fiducie reçoivent des services de BCI. En conséquence, si les éléments d’actif détenus dans les Portefeuilles ne sont pas qualifiés comme étant la propriété de la Couronne pour l’application de l’art. 125, ils ne peuvent pas non plus bénéficier de l’immunité d’origine législative sous le régime de la *LTA*. Dans ces conditions, les obligations de la Couronne provinciale se limiteraient à la perception et au versement de la TPS à l’égard des services fournis pour ces biens privés, comme l’exige expressément l’al. 122b).

b) *Les Portefeuilles constituent-ils une « fiducie » pour l’application de la partie IX de la LTA?*

[56] La deuxième question qui se pose dans le contexte de la *LTA* est celle de savoir si les Portefeuilles constituent une « fiducie » au sens des par. 123(1) et 267.1(5). Au cours des plaidoiries, les avocats du Canada ont fait valoir que même si les Portefeuilles ne semblent pas posséder tous les attributs d’une fiducie de droit privé, ils sont néanmoins visés par la *LTA*. Ils ont souligné que, étant donné que la *PSPPA* et le *Règlement* énoncent que les actifs des Portefeuilles sont [TRADUCTION] « détenus en fiducie », les Portefeuilles doivent être considérés comme une fiducie pour l’application de la *LTA*.

[57] Je ne suis pas de cet avis. Le terme « fiducie » n’est pas défini dans la *LTA*. Sauf indication contraire expresse, les termes non définis dans une loi fiscale doivent être interprétés suivant leur sens juridique bien établi et reconnu (*Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, par. 29-33; voir également *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 17; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 20). Dans le cas d’une loi fédérale comme la *LTA*, l’art. 8.1 de la *Loi d’interprétation* prévoit que « s’il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d’assurer l’application d’un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit

and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied”. Since the *ETA* does not define the term “trust” and the concept of a trust undoubtedly forms part of the law of property and civil rights, reference must be made to the concept as it exists in British Columbia law. On this basis, unless the Portfolios would be considered a trust at private law, they cannot be a “person” within the meaning of s. 123(1).

[58] The fact that the word “trust” is used, either in a statute or in a legal document, does not mean that an arrangement necessarily constitutes a private law trust. At private law, a trust exists where there has been (1) an express or implied declaration of trust, with (2) an alienation of property to a trustee (3) to be held for a specified beneficiary (alternatively, these requirements are described as the three “certainties” — certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of objects): *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, at p. 655; *Waters’ Law of Trusts in Canada*, at p.140.

[59] In *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, this Court considered whether a provincial statutory trust constituted “property held . . . in trust” for the purposes of s. 47(a) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (a predecessor to s. 67(1) of the current *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3). Despite the fact that the provincial statute stated that the property was deemed to be held “in trust,” McLachlin J. concluded that it was not a “true trust” because the property impressed with the trust was not identifiable (it lacked certainty of subject matter): pp. 34-36; see also *Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225.

[60] In other cases, courts have held that the Crown may assume trust-like obligations without creating a “true trust” in the private law sense: see *Ermineskin*

s’y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l’application du texte ». Puisque la *LTA* ne définit pas le terme « fiducie » et que le concept de fiducie appartient indubitablement au domaine de la propriété et des droits civils, il faut avoir recours au concept tel qu’il existe en droit en Colombie-Britannique. Sur ce fondement, à moins que les Portefeuilles ne soient considérés comme une fiducie en droit privé, ils ne peuvent être assimilés à des « personnes » au sens du par. 123(1).

[58] L’emploi du terme « fiducie », que ce soit dans une loi ou dans un document juridique, ne signifie pas qu’un arrangement constitue nécessairement une fiducie de droit privé. En droit privé, pour qu’il y ait fiducie, les conditions suivantes doivent être réunies : (1) il y a eu déclaration de fiducie expresse ou implicite, (2) les biens ont été confiés à un fiduciaire et (3) le fiduciaire détient les biens pour un bénéficiaire donné (ces exigences sont également appelées les trois « certitudes » : certitude quant à l’intention, certitude quant aux biens sujets à la fiducie et certitude quant aux bénéficiaires (*Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, p. 655; *Waters’ Law of Trusts in Canada*, p. 140)).

[59] Dans l’affaire *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, notre Cour s’est demandé si une fiducie créée par une loi provinciale donnait lieu à des « biens détenus [. . .] en fiducie » pour l’application de l’al. 47a) de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1970, c. B-3 (disposition qui a été remplacée par le par. 67(1) de l’actuelle *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3). Même si la loi provinciale prévoyait que les biens étaient réputés être détenus « en fiducie », la juge McLachlin a conclu qu’il ne s’agissait pas d’une « fiducie véritable » parce qu’il était impossible de cerner les biens pouvant être considérés comme sujets à la fiducie (il n’y avait pas de certitude quant aux biens sujets à la fiducie) (p. 34-36; voir également *Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225).

[60] Dans d’autres affaires, les tribunaux ont reconnu que la Couronne pouvait assumer des obligations semblables à celles d’une fiducie sans créer

*Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paras. 72-79; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 375, 378-79 and 386; *Attorney-General of British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, [1950] 1 D.L.R. 305 (P.C.), at p. 314; *Waters' Law of Trusts in Canada*, at pp. 31-33; Hogg, Monahan and Wright, at pp. 370-72.

[61] Similarly, even where private parties purport to create a trust, those relationships may be scrutinized to determine their true nature for tax purposes. For example, a “bare trust” — where a trustee’s only obligation is to convey property to the beneficiary upon demand — is generally disregarded for tax purposes: see *De Mond v. The Queen* (1999), 99 D.T.C. 893 (T.C.C.); M. C. Cullity, “Legal Issues Arising Out of the Use of Business Trusts in Canada”, in T.G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), 181, at pp. 187-188; Canada Revenue Agency, *GST/HST Technical Information Bulletin B-068: Bare Trusts*, January 20, 1993 (online); Canada Revenue Agency, *GST/HST Policy Statement P-015: Treatment of Bare Trusts under the Excise Tax Act*, July 20, 1992 (online); *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 104(1).

[62] In the present case, it is not clear whether the *PSPPA* and the *Regulation* contain sufficient language to satisfy the three certainties. For example, the statutory framework does not identify a beneficiary for the Portfolio assets.

[63] Canada argues that the existence of a beneficiary is implied by the words “held in trust” in s. 4(1) of the *Regulation*. In its view, a trust relationship cannot exist unless an entity other than BCI holds beneficial title to the Portfolio assets. Canada further submits that the statutory framework makes clear that neither the Crown nor BCI is the beneficial owner of the assets. Canada also describes the Portfolios as “conceptually similar to a mutual fund trust”, a recognized form of a common law trust which appears to be taxable under the *ETA*: A.F., at para. 78; *Waters' Law of Trusts in Canada*, at pp. 578-602; *C.I. Mutual*

une « fiducie véritable » au sens du droit privé (voir *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 72-79; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 375, 378-379 et 386; *Attorney General of British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, [1950] 1 D.L.R. 305 (C.P.), p. 314; *Waters' Law of Trusts in Canada*, p. 31-33; Hogg, Monahan et Wright, p. 370-372).

[61] De façon similaire, même lorsque des parties privées entendent créer une fiducie, il faut examiner soigneusement les relations en question afin d'en déterminer la véritable nature aux fins fiscales. Par exemple, la « simple fiducie » — dans le cadre de laquelle la seule obligation du fiduciaire consiste à transférer sur demande le bien au bénéficiaire — est généralement écartée aux fins fiscales (voir *De Mond c. La Reine* 1999 CanLII 466 (C.C.I.); M. C. Cullity, « Legal Issues Arising Out of the Use of Business Trusts in Canada », dans T. G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), 181, p. 187-188; Agence du revenu du Canada, *Bulletin d'information technique sur la TPS/TVH B-068 : Simples fiducies*, 20 janvier 1993 (en ligne); Agence du revenu du Canada, *Énoncé de politique P-015 sur la TPS/TVH : Le traitement des simples-fiducies en vertu de la Loi sur la taxe d'accise*, 20 juillet 1992 (en ligne); *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), par. 104(1)).

[62] Dans le cas qui nous occupe, il est difficile de savoir si la *PSPPA* et le *Règlement* comportent des dispositions suffisamment étoffées pour que la présence des trois certitudes soit établie. Par exemple, le cadre législatif ne désigne pas de bénéficiaire pour les actifs des Portefeuilles.

[63] Le Canada soutient que les mots [TRADUCTION] « détenus en fiducie » au par. 4(1) du *Règlement* sous-entendent l'existence d'un bénéficiaire. À son avis, il ne peut y avoir de relation fiduciaire à moins qu'une entité autre que BCI ne soit le titulaire du titre bénéficiaire sur les actifs des Portefeuilles. Le Canada ajoute qu'il ressort clairement du cadre législatif que ni la Couronne ni BCI n'est le propriétaire bénéficiaire de ces éléments d'actif. Le Canada décrit les Portefeuilles comme étant [TRADUCTION] « semblables sur le plan conceptuel à des fiducies de fonds communs de placement », c'est-à-dire une forme reconnue de fiducie



*Funds Inc. v. Canada*, [1997] G.S.T.C. 84 (T.C.C.), at pp. 84-20 to 84-21, var'd [1999] 2 F.C. 613 (C.A.).

[64] The problem with these arguments is that Canada interprets the legislature's use of the words "held in trust" as necessarily requiring the existence of a private law trust relationship. However, a statutory trust is not bound by ordinary trust principles: *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, at para. 34. It may well be that the Province modelled the Portfolios after a private law structure. And it would certainly be open to the Province to bind BCI to a trust relationship in the private law sense. However, such a conclusion requires an evaluation of whether the three certainties are met, not simply a reference to the phrase "held in trust."

[65] To summarize, in order for the Portfolios to fall within the meaning of "a trust" in Part IX of the *ETA*, they must meet the common law requirements. If the Portfolios are not common law trusts, and they are not captured by any other provision of the *ETA*, then BCI is simply managing the assets it owns and no taxable transaction exists. Whether a private law trust exists here is beyond the scope of this appeal. The shared assumption of the parties in this appeal was that the Portfolios *were* a "trust" for the purposes of *ETA*. Therefore, no submissions were made as to this specific issue. Given the incomplete record as well as my conclusion that s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, immunizes the Portfolios from taxation, it is unnecessary to decide the issue in this case. Nevertheless, for the purpose of determining the main issue in this appeal — whether BCI enjoys constitutional immunity — I will proceed as if the Portfolios are "a trust" within the meaning of Part IX of the *ETA*. On this assumption, BCI would hold the Portfolio assets in trust for the benefit of the unit holders.

de common law qui semble être assujettie à la taxe en vertu de la *LTA* (m.a., par. 78; *Waters' Law of Trusts in Canada*, p. 578-602; *C.I. Mutual Funds Inc. c. Canada*, [1997] G.S.T.C. 84 (C.C.I.), p. 84-20 à 84-21, mod. par [1999] 2 C.F. 613 (C.A.)).

[64] Le problème que posent ces arguments est que le Canada interprète l'emploi par le législateur des mots [TRADUCTION] « détenus en fiducie » comme supposant nécessairement l'existence d'une relation de fiduciaire de droit privé. Cependant, les règles habituelles applicables aux fiducies ne lient pas les fiducies d'origine législative (*First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 34). Il se peut fort bien que la province ait créé les Portefeuilles en s'inspirant d'une structure du droit privé. Et il serait sans doute loisible à la province d'imposer à BCI les contraintes d'une relation fiduciaire au sens du droit privé. Toutefois, une telle conclusion nécessite une évaluation à savoir si les trois certitudes sont respectées, et non simplement une mention de l'expression « détenus en fiducie ».

[65] En résumé, pour que les Portefeuilles soient considérés comme une « fiducie » au sens de la partie IX de la *LTA*, ils doivent respecter les exigences de la common law. Si les Portefeuilles ne sont pas des fiducies de common law et qu'ils ne sont visés par aucune autre disposition de la *LTA*, BCI gère simplement les actifs qui lui appartiennent et il n'y a aucune opération taxable. La question de savoir s'il existe une fiducie de droit privé en l'espèce dépasse le cadre du présent pourvoi. Les parties dans l'affaire qui nous occupe avaient comme postulat commun que les Portefeuilles *constituaient* une « fiducie » pour l'application de la *LTA*. Par conséquent, aucun argument n'a été présenté sur cette question précise. Eu égard au dossier incomplet et à ma conclusion selon laquelle les Portefeuilles bénéficiaient de l'immunité fiscale en application de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'est pas nécessaire de répondre à la question en l'espèce. Néanmoins, afin de trancher la principale question qui se pose dans le présent pourvoi, soit celle de savoir si BCI bénéficie de l'immunité constitutionnelle, je vais partir du principe que les Portefeuilles constituent une « fiducie » au sens de la partie IX de la *LTA*. Dans cette hypothèse, BCI détiendrait les actifs du Portefeuille en fiducie au profit des détenteurs d'unités.

(2) Section 125: Constitutional Immunity From Taxation

[66] Section 125 of the *Constitution Act, 1867*, states:

**125.** No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

[67] Section 125 exists “to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property”: *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1078. Intergovernmental immunity from taxation grants each level of government operational space to govern without interference. It also prevents one group of elected representatives from dictating how another legislative body should allocate the financial resources under its control: *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at paras. 17-19. In addition, s. 125 seeks to maintain the federal-provincial distribution of property set out in the *Constitution Act, 1867*: G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at pp. 182-83.

[68] Section 125 grants constitutional immunity from taxation when two requirements are met. First, the pith and substance of the impugned charge must constitute “taxation” within the meaning of ss. 91(3) or 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Regulatory charges or user fees fall outside the scope of s. 125: *Westbank*, at para. 31; *Exported Natural Gas*, at p. 1068. Second, the subject matter of the tax must be property belonging to the federal Crown in the case of a tax imposed by the provincial legislature and to the provincial Crown in the case of a tax imposed by Parliament: *Exported Natural Gas*, at pp. 1078-79. Where these two prerequisites are met, s. 125 applies and renders otherwise valid taxation provisions inapplicable in respect of Crown property: *Constitution Act, 1982*, s. 52(1); *Exported Natural Gas*, at p. 1067.

(2) Article 125 : l’immunité fiscale constitutionnelle

[66] L’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est ainsi libellé :

**125.** Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation.

[67] L’immunité prévue à l’art. 125 vise « à empêcher un palier de gouvernement de s’approprier, pour son propre usage, les biens de l’autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens » (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1078). L’immunité fiscale intergouvernementale accorde à chaque ordre de gouvernement l’espace opérationnel nécessaire pour gouverner sans intervention externe. Elle empêche également un groupe de représentants élus de dicter à un autre organe législatif la façon de répartir les ressources financières dont il a le contrôle (*Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 17-19). En outre, l’art. 125 a pour but de préserver la répartition des biens entre les gouvernements fédéral et provinciaux énoncée dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2<sup>e</sup> éd. 1981), p. 182-183).

[68] L’article 125 confère l’immunité fiscale constitutionnelle lorsque deux conditions sont réunies. D’abord, le prélèvement contesté, de par son caractère véritable, doit viser la « taxation » au sens du par. 91(3) ou 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les redevances de nature réglementaire et les frais d’utilisation ne sont pas visés par l’art. 125 (*Westbank*, par. 31; *Gaz naturel exporté*, p. 1068). Ensuite, la taxe doit viser des biens appartenant à la Couronne fédérale dans le cas d’une taxe imposée par la législature provinciale, et des biens appartenant à la Couronne provinciale dans le cas d’une taxe imposée par le Parlement (*Gaz naturel exporté*, p. 1078-1079). Lorsque ces deux conditions préalables sont établies, l’art. 125 s’applique et rend inapplicables les dispositions fiscales par ailleurs valides à l’égard des biens de la Couronne (*Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1); *Gaz naturel exporté*, p. 1067).

[69] For the reasons that follow, I conclude that the *ETA*'s mechanism for imposing GST on the Portfolios would result in Crown property being subject to taxation. Therefore, s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, renders the relevant provisions of Part IX of the *ETA* inapplicable in respect of the Portfolios.

[70] There is no question that the federal GST falls squarely within the meaning of "taxation" in s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867: GST Reference*, at pp. 467-71. For the second requirement, as a statutory Crown agent, BCI enjoys the same constitutional immunity in respect of its property as the provincial Crown does: *Westbank*, at para. 1; see also *City of Halifax v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215; *Re Canadian Broadcasting Corp. Assessment*, [1938] 4 D.L.R. 591 (Ont. Co. Ct.), aff'd [1938] 4 D.L.R. 764 (Ont. C.A.). As such, this appeal turns on whether the property made liable for tax under the *ETA* is property "belonging to" BCI within the meaning of s. 125.

[71] Courts have long held that s. 125 does not protect private interests from being taxed, even if the Crown also has an interest in the property: see, e.g., *Calgary & Edmonton Land Co. v. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 S.C.R. 170 (purchaser of federal lands liable for provincial tax despite the fact that Canada still held bare legal title because the patent had not yet been issued); *Smith v. Rur. Mun. of Vermillion Hills* (1916), 30 D.L.R. 83 (P.C.) (lessee of federal lands liable for provincial tax levied on his leasehold); *City of Vancouver v. Attorney-General of Canada*, [1944] S.C.R. 23 (legal owner of land taxed despite the fact that the Crown leased the land and erected buildings on it); *Phillips and Taylor v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404 (federal employees living in houses owned by Canada were liable for provincial tax payable by tenants of Crown property).

[69] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le mécanisme prévu dans la *LTA* pour imposer la TPS sur les Portefeuilles aurait pour effet d'assujettir les biens de la Couronne à la taxation. En conséquence, l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend inapplicables les dispositions pertinentes de la partie IX de la *LTA* en ce qui a trait aux Portefeuilles.

[70] Il ne fait aucun doute que la TPS fédérale relève directement du sens donné au terme « taxation » que l'on trouve au par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867 (Renvoi relatif à la TPS)*, p. 467-471). Pour ce qui est de la deuxième condition, en tant que mandataire légal de la Couronne, BCI jouit de la même immunité constitutionnelle à l'égard de ses biens que la Couronne provinciale (*Westbank*, par. 1; voir également *City of Halifax c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215; *Re Canadian Broadcasting Corp. Assessment*, [1938] 4 D.L.R. 591 (C. cté Ont.), conf. par [1938] 4 D.L.R. 764 (C.A. Ont.)). En conséquence, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les biens assujettis à la taxe sous le régime de la *LTA* sont des biens « appartenant » à BCI aux termes de l'art. 125.

[71] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'art. 125 n'empêche pas la taxation des intérêts privés, même si la Couronne détient elle aussi un intérêt dans le bien (voir, p. ex., *Calgary & Edmonton Land Co. c. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 R.C.S. 170 (l'acquéreur de bien-fonds fédéraux a été tenu de payer la taxe provinciale même si le Canada avait conservé le simple titre en common law parce que les lettres patentes n'avaient pas encore été délivrées); *Smith c. Rur. Mun. of Vermillion Hills* (1916), 30 D.L.R. 83 (C.P.) (le locataire de bien-fonds fédéraux a été tenu de payer la taxe provinciale prélevée sur sa tenure à bail); *City of Vancouver c. Attorney-General of Canada*, [1944] R.C.S. 23 (une taxe a été imposée au propriétaire en common law d'un bien-fonds malgré le fait que la Couronne avait loué le bien-fonds et construit des immeubles sur celui-ci); *Phillips and Taylor c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404 (les employés fédéraux habitant dans des maisons appartenant au Canada ont été tenus de payer la taxe provinciale imposée aux locataires des biens de la Couronne)).

[72] However, the common thread in all these cases is that the taxing statute successfully captured a private interest in the property that was distinct from the Crown's interest. For example, in *Calgary & Edmonton Land Co.*, the provincial statute imposed tax on "any person who has any right, title or estate whatsoever or any interest other than that of a mere occupant in any land". The private purchaser's interest in the land indisputably fell within this definition: pp. 185-86. In the words of Davies J., "[t]he interest of the Crown whatever it might have been could not be taxed, but the beneficial interest of the appellants certainly was not exempted under [s. 125]": p. 179 (emphasis added).

[73] The legislation in *Smith* contained similar comprehensive definitions which captured the lessee's interest in Crown land: see (1913), 6 Sask. L.R. 366 (S.C. *en banc*). And in *Phillips and Taylor*, s. 32 of *The Assessment Act*, R.S.O. 1950, c. 24, imposed tax liability on "the tenant of land owned by the Crown" — "tenant" was further defined as "any person who uses land belonging to the Crown as or for the purposes of, or in connection with his residence": p. 406. Because the "tenant" was the one who was liable to pay the tax, s. 125 was not engaged.

[74] Canada submits that *Calgary & Edmonton Land Co.* and *Smith (en banc)* demonstrate that s. 125 only applies if the provincial Crown (or BCI) is the *beneficial* owner of the Portfolio assets. Since the statutory framework makes clear that BCI is not the beneficiary, Canada says s. 125 does not apply.

[75] With respect, this asks the wrong question. Rather, the issue is whether the taxing statute seeks to tax the Crown's interest in the property. In the cases relied on by Canada, the tax was levied on the interest of the beneficiary, not the interest of the Crown. These cases stand for the proposition that a

[72] Cependant, toutes ces décisions présentent un dénominateur commun : dans chacune d'elles, la loi fiscale s'appliquait à un intérêt privé dans le bien qui était distinct de l'intérêt de la Couronne. Par exemple, dans l'arrêt *Calgary & Edmonton Land Co.*, la loi provinciale imposait une taxe à [TRADUCTION] « toute personne détenant quelque droit ou titre que ce soit, ou un intérêt autre que celui du simple occupant d'un bien-fonds ». L'intérêt de l'acquéreur privé dans le bien-fonds était incontestablement visé par cette définition (p. 185-186). Comme l'a expliqué le juge Davies : [TRADUCTION] « L'intérêt de la Couronne quel qu'il soit ne pouvait pas être taxé, mais l'intérêt bénéficiaire des appelants n'était certainement pas soustrait à la taxation en vertu de [l'art. 125] » (p. 179 (je souligne)).

[73] La loi examinée dans l'arrêt *Smith* comportait des définitions exhaustives similaires qui englobaient l'intérêt du locataire dans le bien-fonds de la Couronne (voir (1913), 6 Sask. L.R. 366 (C.S. en formation plénière)). De plus, dans l'affaire *Phillips and Taylor*, l'art. 32 de la loi de l'Ontario intitulée *The Assessment Act*, R.S.O. 1950, c. 24, assujettissait à la taxation [TRADUCTION] « le locataire d'un bien-fonds qui est la propriété de la Couronne », le terme « locataire » était en outre défini comme [TRADUCTION] « la personne qui utilise un bien-fonds appartenant à la Couronne à titre de résidence ou à des fins connexes » (p. 406). Étant donné que le « locataire » était la personne assujettie au paiement de la taxe, l'art. 125 ne s'appliquait pas.

[74] De l'avis du Canada, il ressort des arrêts *Calgary & Edmonton Land Co.* et *Smith* (C.S. en formation plénière) que l'art. 125 ne s'applique que si la Couronne provinciale (ou BCI) est le propriétaire *bénéficiaire* des actifs détenus dans les Portefeuilles. Étant donné que le cadre législatif établit sans conteste que BCI n'est pas le bénéficiaire, le Canada affirme que l'art. 125 ne s'applique pas.

[75] Soit dit en toute déférence, j'estime que ce n'est pas la question qu'il faut se poser. Il faut plutôt se demander si la loi fiscale vise à imposer une taxe sur l'intérêt de la Couronne dans le bien. Dans les décisions invoquées par le Canada, la taxe était prélevée sur l'intérêt du bénéficiaire, et non sur celui

private beneficial interest can be taxed despite the existence of legal title in the Crown. But if the tax is imposed on the Crown's interest in the property, then constitutional immunity applies.

[76] Pursuant to s. 4(1) of the *Regulation* and s. 18.1(3) of the *PSPPA*, BCI, as trustee, legally owns the assets held in the Portfolios. In this case, the *ETA* places the burden of the tax on the Portfolio assets to which BCI holds legal title. BCI, a Crown agent, has thus successfully shown that it has an ownership interest in the property which bears the federal tax. I recognize that the beneficiaries of the trust may also be seen as bearing the burden of the tax. However, the key point is that the provincial *Crown's* interest is being taxed under federal law, which is not permitted by s. 125.

[77] Section 125 is directly engaged when one level of government attempts to require the other to use what is legally Crown property to pay tax. This is the case even if the Crown holds the property as trustee unless there is another distinct private beneficial ownership interest that is the subject of the tax. Accordingly, I agree with the intervener the Attorney General of Alberta that unless the tax is imposed directly on the beneficiaries or their beneficial interest, the protection of s. 125 extends to the Crown when it acts as a trustee.

[78] This conclusion is consistent with the early case of *Quirt v. The Queen* (1891), 19 S.C.R. 510. In that case, the property of an insolvent bank was vested in the federal Crown as trustee. This Court unanimously held that the property vested in the Crown could not be taxed: at pp. 514 (per Ritchie C.J.), 518 (per Strong J.), and 525 (per Patterson J.). While the Crown also had a beneficial interest in the bank's assets as its largest creditor, both Strong J. and Osler J.A. at the Court of Appeal held that the Crown's interest as trustee was sufficient for Crown immunity to apply: see *Regina*

de la Couronne. Ces décisions permettent d'affirmer qu'un intérêt bénéficiaire privé peut faire l'objet d'une taxe malgré l'existence d'un titre en common law de la Couronne. Cependant, si la taxe est imposée sur l'intérêt de la Couronne dans le bien, l'immunité constitutionnelle s'applique.

[76] Suivant le par. 4(1) du *Règlement* et le par. 18.1(3) de la *PSPPA*, BCI — en qualité de fiduciaire — est propriétaire en common law des éléments d'actif détenus dans les Portefeuilles. En l'espèce, la *LTA* fait porter le fardeau de la taxe aux actifs détenus dans les Portefeuilles sur lesquels BCI détient le titre en common law. En qualité de mandataire de la Couronne, BCI a donc réussi à établir qu'elle est titulaire d'un intérêt de propriété sur les biens qui supportent le fardeau de la taxe fédérale. Je reconnais qu'on peut aussi considérer que les bénéficiaires de la fiducie supportent la charge de la taxe. Toutefois, l'essentiel, c'est que l'intérêt *de la Couronne* provinciale est taxé en vertu du droit fédéral, et que cela est interdit par l'art. 125.

[77] L'article 125 entre directement en jeu lorsqu'un ordre de gouvernement tente d'obliger l'autre à se servir de ce qui constitue légalement un bien de la Couronne pour payer une taxe. Il en est ainsi même si la Couronne détient le bien en qualité de fiduciaire, à moins qu'il n'y ait un autre intérêt bénéficiaire privé et distinct qui est assujéti à la taxe. En conséquence, je conviens avec l'intervenant, le procureur général de l'Alberta, qu'à moins que la taxe ne soit imposée directement aux bénéficiaires, ou sur leur intérêt bénéficiaire, la Couronne jouit de l'immunité prévue à l'art. 125 lorsqu'elle agit en qualité de fiduciaire.

[78] Cette conclusion concorde avec une ancienne décision de notre Cour, l'arrêt *Quirt c. The Queen* (1891), 19 R.C.S. 510. Dans cette affaire, les biens d'une banque insolvable avaient été dévolus à la Couronne fédérale en qualité de fiduciaire. Notre Cour a décidé, à l'unanimité, que les biens dévolus à la Couronne ne pouvaient pas être taxés (p. 514 (le juge en chef Ritchie), p. 518 (le juge Strong) et p. 525 (le juge Patterson)). Même si la Couronne détenait également un intérêt bénéficiaire dans les actifs de la banque puisqu'elle était son plus important créancier, le juge Strong et le juge Osler en Cour



v. *County of Wellington* (1890), 17 O. A. R. 421, at p. 444.

[79] In *Exported Natural Gas*, the majority of this Court wrote, “[t]he fundamental constitutional protection framed by s. 125 cannot depend on subtle nuances of form”: p. 1078. Relying on this statement, Canada maintains that Portfolio assets purchased with monies from the pension boards (which Canada says are private, not public, bodies) do not belong to the Crown within the meaning of s. 125. While I agree with the general principle that constitutional protections should not turn on legal formalities, I disagree with Canada on its application to this case for two reasons.

[80] First, in *Exported Natural Gas*, the Court emphasized a substantive approach in giving s. 125 a broad and generous interpretation, not a narrow one. That case involved the federal government’s attempt to impose an export levy on natural gas owned and produced by the province of Alberta. The federal government argued that s. 125 was not engaged because the tax resulted from Alberta’s choice to engage in the commercial trading of natural gas. It was thus not a tax on Crown property but rather on a transaction. The majority of the Court rejected this formalistic approach and held that s. 125 applied because, in substance, the federal government was attempting to “exact a tax from the provincial Crown in respect of its property”: pp. 1078-80. *Exported Natural Gas* thus stands for the proposition that s. 125 immunity does not depend on the label assigned to a particular charge. But the situation in the present appeal is reversed. Here, Canada argues that the Court should disregard the fact that BCI would be required to pay the tax using assets it legally owns because, in substance, a non-Crown entity would bear the burden of the tax. In my view, *Exported Natural Gas* does not dictate such a result.

d’appel avaient conclu que l’intérêt de la Couronne en qualité de fiduciaire était suffisant pour que l’immunité de la Couronne s’applique (voir *Regina c. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421, p. 444).

[79] Dans l’arrêt *Gaz naturel exporté*, les juges majoritaires de notre Cour ont écrit que « [l]a protection fondamentale qu’offre l’art. 125 de la Constitution ne peut pas reposer sur des nuances subtiles en ce qui concerne la forme » (p. 1078). Se fondant sur ces propos, le Canada soutient que les actifs des Portefeuilles achetés à l’aide des fonds provenant des conseils des régimes de retraite (qui, selon lui, sont des organismes privés et non publics) n’appartiennent pas à la Couronne au sens de l’art. 125. Même si je souscris au principe général selon lequel l’applicabilité des protections constitutionnelles ne devrait pas dépendre de formalités juridiques, je ne partage pas l’avis du Canada quant à l’application de ce principe à la présente affaire pour les deux motifs qui suivent.

[80] D’abord, dans l’arrêt *Gaz naturel exporté*, la Cour a adopté une approche axée sur le fond pour donner à l’art. 125 une interprétation large et généreuse plutôt qu’une interprétation restrictive. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral tentait d’imposer une taxe à l’exportation sur le gaz naturel appartenant à la province de l’Alberta et produit par celle-ci. Le gouvernement fédéral soutenait que l’art. 125 ne s’appliquait pas parce que la taxe découlait de la décision de l’Alberta de faire le commerce du gaz naturel. Il ne s’agissait donc pas d’une taxe sur un bien de la Couronne, mais d’une taxe sur une opération. La Cour a rejeté à la majorité cette approche formaliste et conclu que l’art. 125 s’appliquait parce que, essentiellement, le gouvernement fédéral tentait « d’exiger le paiement par la Couronne du chef de la province d’une taxe sur sa propriété » (p. 1078-1080). L’arrêt *Gaz naturel exporté* permet donc d’affirmer que l’immunité prévue à l’art. 125 ne dépend pas du qualificatif attribué à un prélèvement précis. Toutefois, en l’espèce, la situation est inversée : le Canada soutient que la Cour ne devrait pas tenir compte du fait que BCI serait tenue de payer la taxe au moyen des actifs dont il est propriétaire en common law parce que, essentiellement, une entité qui n’est pas une société de la Couronne assumerait le fardeau de la taxe. À mon avis, l’arrêt *Gaz naturel exporté* ne commande pas un tel résultat.

[81] Second, Canada's approach to determining whether trust property falls within s. 125 treats legal ownership as irrelevant. According to Canada, s. 125 applies to property "held in trust" by the Crown only when it is clear that the Crown is the beneficial owner. However, legal ownership is clearly a property interest and nothing in s. 125 warrants reading the phrase "Property belonging to Canada or any Province" as requiring that property be beneficially owned by the Crown.

[82] Canada further submits that s. 125 immunity applies only to the extent that the property held by the Crown agent is available to discharge a government function. Applying this test, Canada says that the monies invested by the public sector pension boards fall outside the scope of s. 125.

[83] The difficulty with this submission is that it disregards the government objective underlying the Portfolios' existence. The Portfolios were created to allow the Province and other authorized entities to pool their monies for diversified investment. This purpose is underscored by the active role that BCI plays as trustee of this statutory trust. BCI has broad discretion over the investment and management of the Portfolios, including the distribution and re-investment of any income: *Regulation*, ss. 4(2) and 11. BCI may also establish or terminate Portfolios as it sees fit: *Regulation*, ss. 2 and 14. This structure makes sense given the Province's interest in ensuring the public sector pension funds' investments are managed well. For example, if the pension funds have a surplus, there may be a contribution holiday. If there is a pension shortfall, the Province's consolidated revenue fund will satisfy any portion attributable to the government: *PSPPA*, s. 25.1.

[84] In short, these features demonstrate that the Portfolios, including the British Columbia legislature's

[81] Ensuite, selon la démarche préconisée par le Canada pour déterminer si un bien en fiducie est visé par l'art. 125, la détention du titre de propriété en common law n'est pas pertinente. De l'avis du Canada, l'art. 125 ne s'applique aux biens [TRA-DUCTION] « détenus en fiducie » par la Couronne seulement lorsqu'il est évident que celle-ci en est le propriétaire bénéficiaire. Toutefois, la propriété en common law est sans conteste un intérêt de propriété et rien dans l'art. 125 ne justifie d'interpréter l'expression « propriété appartenant au Canada ou à [une] province en particulier » comme exigeant que la Couronne détienne la propriété à titre bénéficiaire.

[82] Le Canada ajoute que l'immunité prévue à l'art. 125 ne s'applique que lorsque les biens détenus par le mandataire de la Couronne peuvent être utilisés pour l'exercice d'une fonction gouvernementale. Appliquant ce critère, le Canada affirme que les sommes investies par les conseils des régimes de retraite du secteur public ne sont pas visées par l'art. 125.

[83] Cet argument pose une difficulté, car il fait fi de l'objectif du gouvernement qui sous-tend l'existence des Portefeuilles : ceux-ci ont été créés pour permettre à la province et à d'autres entités autorisées de mettre en commun leurs capitaux en vue de diversifier leurs placements. Le rôle actif que joue BCI en qualité de fiduciaire de cette fiducie d'origine législative illustre cet objectif. BCI dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à l'investissement et à la gestion des Portefeuilles, notamment la distribution et le réinvestissement des revenus (*Règlement*, par. 4(2) et art. 11). BCI peut également constituer des Portefeuilles ou y mettre fin selon ce qu'il juge indiqué (*Règlement*, art. 2 et 14). Cette structure est logique compte tenu de l'intérêt de la province à s'assurer que les investissements des fonds de pension du secteur public sont bien gérés. Par exemple, en cas d'excédent dans les fonds de pension, il pourrait y avoir exonération de cotisations. En cas de déficit, le montant correspondant à la portion attribuable au gouvernement sera prélevé sur le Trésor de la province (*PSPPA*, art. 25.1).

[84] En résumé, ces caractéristiques montrent que les Portefeuilles, y compris le choix du législateur

choice to vest legal title of the Portfolio assets in BCI as trustee, fall within the “operational space” that s. 125 immunity from taxation affords to the Province and BCI. Clearly, BCI’s operations would be affected by imposing federal tax on the Portfolios, thereby reducing significantly the investment assets under BCI’s control. While it is unnecessary to determine the outer bounds of s. 125 in this case, these aspects of BCI’s statutory mandate indicate that its control over the assets goes far beyond that of a bare trustee (as was the case in *Calgary & Edmonton Land Co.*). I leave for another day the question of whether s. 125 would apply to the activities of a Crown trustee which do not involve an appropriate governmental function.

[85] The British Columbia legislature’s purpose in creating the Portfolios also answers Canada’s objection that s. 125 immunity would confer an inappropriate tax advantage on the unit holders. While Canada may disagree with the legislature’s decision to create this investment structure, s. 125 gives both the federal and provincial governments freedom to carry out their constitutionally assigned mandates: *Westbank*, at para. 17. Subject to constitutional limits on its authority, the legislature is free to pursue its own policy objectives, even if the federal government has different priorities.

[86] Canada’s reliance on tax fairness between Crown and non-Crown suppliers as a reason not to apply s. 125 is also difficult to square with the existence of the RTA. According to the RTA’s preamble, one of its primary purposes is to address competitive inequities between government and non-government suppliers. If Crown immunity from taxation depended on whether it would create competitive inequity, there would be no need for voluntary agreements such as the RTA. As such, neither fairness nor the possibility of hindering tax neutrality under the federal *ETA* provides any basis

de la Colombie-Britannique d’attribuer à BCI, en sa qualité de fiduciaire, le titre de propriété en common law sur les actifs des Portefeuilles, font partie de « l’espace opérationnel » que l’immunité fiscale prévue à l’art. 125 confère à la province et à BCI. De toute évidence, l’imposition d’une taxe fédérale sur les Portefeuilles toucherait les activités de BCI, diminuant ainsi considérablement la valeur des actifs de placement relevant du contrôle de BCI. Même s’il n’est pas nécessaire de circonscrire avec précision la portée de l’art. 125 en l’espèce, ces aspects du mandat que la loi confère à BCI indiquent que son contrôle sur les actifs va bien au-delà de celui qu’exerce un simple fiduciaire (comme c’était le cas dans l’affaire *Calgary & Edmonton Land Co.*). Je remets à une autre occasion l’examen de la question de savoir si l’art. 125 s’appliquerait aux activités d’un fiduciaire de la Couronne qui ne portent pas sur une fonction gouvernementale appropriée.

[85] L’objectif que visait le législateur de la Colombie-Britannique lorsqu’il a créé les Portefeuilles répond également à l’objection du Canada selon laquelle l’immunité prévue à l’art. 125 conférerait un avantage fiscal indu aux détenteurs d’unités. Bien que le Canada ne souscrive peut-être pas à la décision du législateur provincial de créer cette structure d’investissement, l’art. 125 donne tant au gouvernement fédéral qu’au gouvernement provincial la liberté nécessaire pour exercer les fonctions que leur confère la Constitution (*Westbank*, par. 17). Sous réserve des limites constitutionnelles à sa compétence, la législature peut poursuivre ses propres objectifs de principe, même si le gouvernement fédéral a des priorités différentes.

[86] Le fait que le Canada invoque l’équité fiscale entre les fournisseurs de la Couronne et les autres fournisseurs pour justifier la non-application de l’art. 125 est aussi difficile à concilier avec l’existence du RTA. Selon le préambule de celui-ci, un de ses principaux objets est la lutte contre les iniquités sur le plan de la concurrence entre les fournisseurs du gouvernement et les autres fournisseurs. Si l’immunité fiscale de la Couronne dépendait du risque d’injustice pouvant en découler sur le plan de la concurrence, il ne serait pas nécessaire de conclure des accords volontaires comme le RTA. En conséquence, ni les considérations liées

for restricting the constitutional protection granted to the Province by s. 125.

[87] In summary, the *ETA* uses a legal fiction to require a trust to pay tax on taxable services provided to it by its trustee. However, when the trustee is a provincial Crown agent, this mechanism runs afoul of s. 125 because it imposes tax on property legally owned by the Crown. The *ETA* does not impose GST on a distinct private beneficial ownership interest in this case. Therefore, the *ETA* is constitutionally inapplicable to the Portfolios.

*C. The Effect of Intergovernmental Tax Agreements on a Statutory Agent*

[88] BCI, as appellant on the cross-appeal, submits that the Court of Appeal made two errors in holding that it is bound by the RTA and the CITCA. First, BCI argues that the Agreements are political, not legal, in nature — they have not been implemented by legislation and lack the features necessary to demonstrate intent to create legal obligations. Second, even if the Agreements place obligations on the Province, these commitments do not extend to BCI. In its view, s. 16(6) of the *PSPPA* is of no assistance because the Agreements do not create tax liability for the Province, and thus BCI, within the meaning of that section. The Province disagrees, arguing that the Agreements create binding obligations which apply to BCI as a statutory agent. Canada suggests the Agreements may create such obligations.

[89] The cross-appeal requires this Court to determine whether BCI is subject to the RTA and the CITCA. This requires an assessment of whether the Agreements impose legal obligations on the provincial Crown, and if so, whether s. 16(6) of the *PSPPA* extends these obligations to BCI. Stated differently, the question throughout these proceedings has been

à l'équité ni le risque de compromettre la neutralité fiscale aux termes de la *LTA* fédérale ne constituent des raisons valables de restreindre la protection constitutionnelle que l'art. 125 confère à la province.

[87] En résumé, la *LTA* recourt à une fiction juridique pour contraindre une fiducie à payer une taxe sur les services taxables que lui fournit son fiduciaire. Cependant, lorsque le fiduciaire est un mandataire de la Couronne provinciale, ce mécanisme contrevient à l'art. 125 parce qu'il impose une taxe sur des biens appartenant en common law à la Couronne. La *LTA* n'impose pas la TPS sur un intérêt de propriété bénéficiaire privé et distinct en l'espèce. En conséquence, la *LTA* est constitutionnellement inapplicable aux Portefeuilles.

*C. L'effet des accords fiscaux intergouvernementaux sur les mandataires légaux*

[88] BCI, en qualité d'appelante dans le pourvoi incident, soutient que la Cour d'appel a commis deux erreurs lorsqu'elle a conclu que BCI était liée par le RTA et le CITCA. Premièrement, BCI fait valoir que les Accords sont de nature politique et non juridique : ils n'ont pas été mis en œuvre par une loi et ne possèdent pas les caractéristiques nécessaires pour démontrer que les parties avaient l'intention de créer des obligations juridiques. Deuxièmement, même si les Accords imposent des obligations à la province, ces engagements ne lient pas BCI. De l'avis de celle-ci, le par. 16(6) de la *PSPPA* n'est pas pertinent, parce que les Accords n'assujettissent pas la province — et, par conséquent, BCI — à la taxe aux termes de cette disposition. La province n'est pas de cet avis et soutient que les Accords créent des obligations contraignantes qui s'appliquent à BCI en sa qualité de mandataire légal. Le Canada laisse entendre que les Accords pourraient créer de telles obligations.

[89] Pour trancher le pourvoi incident, notre Cour doit décider si BCI est assujettie au RTA et au CITCA. Pour ce faire, elle doit évaluer si les Accords imposent des obligations légales à la Couronne provinciale et, dans l'affirmative, si le par. 16(6) de la *PSPPA* étend la portée de ces obligations à BCI. En d'autres termes, la question qui s'est posée tout au long de

whether the Agreements have the legal effect of removing the immunity from tax that BCI would otherwise enjoy as a statutory agent. On this issue, the chambers judge's order simply declared that BCI is "bound by the provisions of the RTA and CITCA respecting [the Portfolio] assets" (para. 173). The details of any specific obligations under the Agreements are beyond the scope of the cross-appeal.

[90] I would dismiss the cross-appeal. I agree with Willcock J.A. that the language of the Agreements demonstrates that the Province and Canada intended to create mutually binding obligations. Although otherwise constitutionally immune from the *ETA*'s operation, the Province voluntarily agreed to pay GST to Canada. I also agree with the Court of Appeal that s. 16(6) of the *PSPPA* is broad enough to encompass the liability assumed by the Province under the Agreements. Because s. 16(6) ties BCI's tax immunities and obligations to those of the Province, BCI is generally subject to the obligations set out in the Agreements to the same extent that the Province is.

[91] There is no dispute that the respective Ministers of Finance exercised lawful authority when they entered into the Agreements. The execution of both Agreements by British Columbia's Minister of Finance was authorized by Order in Council (CITCA: O.I.C. No. 661/2009; RTA: O.I.C. No. 485/2010), pursuant to s. 4 of the *Ministry of Intergovernmental Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 303. In a similar fashion, ss. 32 and 33 of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, R.S.C. 1985, c. F-8, authorize the federal Minister of Finance to enter into and carry out the requirements of reciprocal taxation agreements on behalf of Canada.

[92] As Laskin C.J. made clear in *Reference re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, the execution of an intergovernmental agreement by the proper signatory can make an agreement binding on the Crown: at p. 433; see also *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC

l'instance est celle de savoir si les Accords ont l'effet juridique d'écarter l'immunité fiscale dont BCI jouirait par ailleurs en qualité de mandataire légal. Sur ce point, le juge siégeant en son cabinet a simplement déclaré dans son ordonnance que BCI était [TRADUCTION] « liée par les dispositions du RTA et du CITCA concernant les actifs [détenus dans les Portefeuilles] » (par. 173). Les détails des obligations spécifiques découlant des Accords dépassent le cadre du pourvoi incident.

[90] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident. Je conviens avec le juge Willcock de la Cour d'appel qu'il ressort du libellé des Accords que la province et le Canada avaient l'intention de créer des obligations mutuellement contraignantes. Bien qu'elle jouisse par ailleurs de l'immunité constitutionnelle en ce qui concerne l'application de la *LTA*, la province a accepté de son plein gré de payer la TPS au Canada. À l'instar de la Cour d'appel, je reconnais également que le par. 16(6) de la *PSPPA* a une portée assez large pour englober l'obligation assumée par la province aux termes des Accords. Étant donné que le par. 16(6) rattache les immunités et obligations fiscales de BCI à celles de la province, BCI est généralement assujettie aux obligations énoncées dans les Accords dans la même mesure que la province.

[91] Nul ne conteste que les ministres des Finances respectifs étaient légalement habilités à conclure les Accords. La signature des deux Accords par la ministre des Finances de la Colombie-Britannique a été autorisée par décret (CITCA : O.I.C. n° 661/2009; RTA : O.I.C. n° 485/2010), conformément à l'art. 4 de la *Ministry of Intergovernmental Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 303. Dans le même ordre d'idées, les art. 32 et 33 de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1985, c. F-8, autorisent le ministre fédéral des Finances à conclure des accords de réciprocité fiscale au nom du Canada et à en appliquer les modalités.

[92] Comme l'a expliqué clairement le juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, la Couronne peut être liée par un accord intergouvernemental régulièrement signé (p. 433) (voir également *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*,



50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 11. Obviously, the legislature is entitled to enact legislation inconsistent with the government's commitments under a prior agreement: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 548-49; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at paras. 62-71; see also S. A. Kennett, "Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644, at pp. 653-54. However, this possibility does not prevent a court from determining the legal status of an intergovernmental agreement or interpreting its terms. In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, Sopinka J. described the difference between purely political questions, which cannot be answered by courts and those which have "a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch": at p. 545. In this case, the legal question is whether the Agreements have the effect of modifying the rights and obligations of the Province.

[93] BCI argues that the Agreements do not have the force of law in British Columbia because they have not been legislatively implemented: A.F. on cross-appeal, at paras. 122-123. I agree that legislation would be required to implement an intergovernmental agreement to the extent that it purports to modify provincial law: *Reference re: Anti-Inflation Act*, at p. 433; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 66. However, the issue in this case is narrower — it does not depend upon any modification of provincial law. The issue here relates only to the nature of obligations voluntarily assumed by the Province and whether those obligations extend to its statutory agent, BCI. Whether the Agreements are "binding" on their signatories thus turns on whether the commitments they contain are legal or merely political in nature.

[94] Intergovernmental agreements exist on a spectrum, ranging from the merely aspirational and political

2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 11). Bien entendu, une législature a le droit d'adopter une loi qui est incompatible avec des engagements pris par le gouvernement aux termes d'un accord antérieur (*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 548-549; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 62-71; voir également S. A. Kennett, « Hard Law, Soft Law and Diplomacy : The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment » (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644, p. 653-654). Toutefois, cette possibilité n'empêche pas le tribunal de déterminer le statut juridique d'un accord intergouvernemental ou d'en interpréter les modalités. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, le juge Sopinka a expliqué la différence qui existe entre les questions purement politiques, qui ne peuvent être tranchées par les tribunaux, et celles qui « présentent un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention des tribunaux » (p. 545). En l'espèce, la question de droit qui se pose est de savoir si les Accords ont pour effet de modifier les droits et obligations de la province.

[93] BCI soutient que les Accords n'ont pas force de loi en Colombie-Britannique parce qu'ils n'ont pas été mis en œuvre par voie législative (m.a. pour le pourvoi incident, par. 122-123). Je conviens qu'une loi serait nécessaire pour mettre en œuvre un accord intergouvernemental dans la mesure où il vise à modifier le droit provincial (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, p. 433; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 66). Cependant, la question à trancher en l'espèce est plus restreinte, et elle ne dépend pas d'une modification du droit provincial. Elle concerne uniquement la nature des obligations que la province a volontairement assumées et la mesure dans laquelle ces obligations valent aussi pour son mandataire légal, BCI. La question de savoir si les Accords sont « contraignants » pour leurs signataires dépend donc de la nature juridique ou simplement politique des engagements qu'ils contiennent.

[94] Il existe toute une gamme d'accords intergouvernementaux, allant de ceux qui sont de simples

to those which resemble private law contracts and create legally enforceable obligations: see *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, at paras. 85-86, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting, but not on this point). As with private law contracts, intergovernmental agreements must be evaluated to determine whether the parties intended to create legal obligations: see *Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, at pp. 311-12; *South Australia v. The Commonwealth* (1962), 108 C.L.R. 130 (H.C.).

[95] Various elements of an intergovernmental agreement may demonstrate an intention to create legal obligations:

- The subject matter: does the agreement deal with discrete commercial matters rather than broad questions of public policy?
- The language used: do the terms of the agreement resemble a private law contract? For example, does it use mandatory language such as “shall” or “binding,” set out the duration of the agreement, or require audits or the publishing of financial statements?
- The mechanism for resolving disputes: did the parties agree to refer disputes to arbitration or a designated court rather than resolving them by purely political means?
- Subsequent conduct: did the parties treat the agreement as binding, rely on it to their detriment or derive clear benefits from it?

See J. Poirier, “Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics” in J.P. Meekison, H. Telford and H. Lazar, eds., *Canada: The State of the Federation 2002 — Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism* (2004) 425, at pp. 430-34; Kennett, at pp. 653-56; N. Bankes, “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements

vœux pieux ou qui sont de nature politique jusqu’à ceux qui s’apparentent à des contrats de droit privé et qui créent des obligations juridiquement contraignantes (voir *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 85-86, les juges LeBel et Deschamps (dissidents, mais pas sur ce point)). Comme pour tout contrat de droit privé, il faut analyser l’accord intergouvernemental pour savoir si les parties avaient l’intention de créer des obligations légales (voir *Esquimalt and Nanaimo R. Co.*, p. 311-312; *South Australia c. The Commonwealth* (1962), 108 C.L.R. 130 (H.C.)).

[95] Divers éléments peuvent indiquer l’intention des parties de créer des obligations légales dans un accord intergouvernemental :

- L’objet : l’accord porte-t-il sur des questions commerciales précises plutôt que sur des questions générales d’intérêt public?
- Les mots employés : la formulation de l’accord ressemble-t-elle à celle d’un contrat de droit privé? Par exemple, est-ce que des obligations y sont exprimées, comme au moyen de l’emploi de l’indicatif présent; est-ce que la durée de l’accord est précisée, ou est-ce que l’accord exige des vérifications ou la production d’états financiers?
- Le mécanisme de règlement des différends : les parties ont-elles convenu de soumettre leurs différends à l’arbitrage ou à un tribunal désigné plutôt que de les régler par des moyens purement politiques?
- Le comportement ultérieur des parties : les parties ont-elles considéré l’accord comme contraignant, se sont-elles fondées sur celui-ci à leur détriment ou en ont-elles tiré des avantages clairs?

(Voir J. Poirier, « Intergovernmental Agreements in Canada : At the Crossroads Between Law and Politics », dans J.P. Meekison, H. Telford et H. Lazar, dir., *Canada : The State of the Federation 2002 — Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism* (2004) 425, p. 430-434; Kennett, p. 653-656; N. Bankes, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements

in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, at pp. 794 and 832; J. Owen Saunders, *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management* (1988), at pp. 95-99. I consider each factor in turn.

[96] In terms of the subject matter, the Agreements deal with taxation, which is undoubtedly a question of government policy. However, each government’s commitment is limited to paying the existing sales taxes levied by the other government. The Agreements do not involve the implementation of a new taxation regime or other broad policy goals. In addition, the Agreements are narrow in scope as they purport to apply only to Canada, the Province and their agents.

[97] As the Court of Appeal observed, the Agreements set out detailed payment, collection and remittance obligations: paras. 142-51. Article 3 of the RTA expressly states, “[t]his agreement is binding on Canada, the Province and their respective agents” (emphasis added). Both set out a discrete time period during which the Agreements are in force (RTA, art. 15; CITCA, art. 42) and art. 15 of the RTA specifically refers to “rights or obligations which may have accrued to either party during the term of this agreement” (emphasis added). This language evinces an intention to agree to much more than merely “aspirational” goals.

[98] BCI argues that the Agreements must, at a minimum, contain a binding dispute resolution system in order to give rise to liability. Otherwise, it says that the only consequences to a party for not honouring its commitments are political: A.F. on cross-appeal, at para. 165.

[99] I am not persuaded that this is a decisive factor. As the Court of Appeal noted, commentators have expressed varying views about the importance of a binding dispute resolution system: para. 148; see also K. Horsman and G. Morley, *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at para. 2.20.40(3), citing D. W. Mundell, “Legal

in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, p. 794 et 832; J. Owen Saunders, *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management* (1988), p. 95-99). J’examinerai chacun de ces facteurs à tour de rôle.

[96] Pour ce qui est de l’objet, les Accords portent sur la taxation, ce qui est sans conteste une question de politique gouvernementale. Toutefois, l’engagement de chaque gouvernement se limite au paiement des taxes de vente existantes perçues par l’autre gouvernement. Les Accords ne prévoient ni la mise en œuvre d’un nouveau régime de taxation ni d’autres objectifs de principe généraux. De plus, les Accords ont une portée restreinte car ils sont censés s’appliquer seulement au Canada, à la province et à leurs mandataires.

[97] Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, les Accords énoncent des obligations détaillées en matière de paiement, de perception et de versement (par. 142-151). L’article 3 du RTA prévoit expressément que [TRADUCTION] « [l]e présent accord lie le Canada, la province et leurs mandataires respectifs » (je souligne). Chacun des Accords prévoit une période distincte durant laquelle il sera en vigueur (RTA, art. 15; CITCA, art. 42), et l’art. 15 du RTA renvoie spécifiquement aux « droits acquis ou [aux] obligations contractées par l’une ou l’autre des parties pendant la durée de l’application du présent accord » (je souligne). Ce libellé témoigne de l’intention des parties de s’entendre sur bien plus que de simples « vœux pieux ».

[98] BCI fait valoir que les Accords doivent, à tout le moins, comprendre un mécanisme contraignant de règlement des différends pour que la responsabilité des parties soit engagée. Autrement, affirme-t-elle, les seules conséquences auxquelles s’expose la partie qui ne respecte pas ses engagements sont de nature politique (m.a. pour le pourvoi incident, par. 165).

[99] Je ne suis pas convaincue que ce facteur soit décisif. Comme l’a souligné la Cour d’appel, les commentateurs ont exprimé différents points de vue sur l’importance des mécanismes contraignants de règlement des différends (par. 148; voir également K. Horsman et G. Morley, *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), par. 2.20.40(3),

Nature of Federal and Provincial Executive Governments: Some Comments on Transactions between them” (1960), 2 *Osgoode Hall L.J.* 56; Poirier, at pp. 433-34; D. Culat, “Coveting Thy Neighbour’s Beer: Intergovernmental Agreements Dispute Settlement and Interprovincial Trade Barriers” (1992), 33 *C. de D.* 617, at pp. 619-21; Saunders, at p. 96. In my view, while a mandatory mechanism for resolving disputes may create a “strong presumption” that the parties intended to create legal obligations, it is not a prerequisite: see Poirier, at p. 433.

[100] The nature of the mechanisms in the Agreements for referring disputes to a third party for independent consideration is disputed in this case. It is clear that a non-binding reference is available: see RTA, art. 9; CITCA, arts. 38 to 41; see also Court of Appeal reasons, at paras. 148-50. Canada also argues that the *ETA*’s statutory appeal mechanism would apply to any RTA disputes related to the “administration or enforcement” of that Act: see RTA, art. 9(9); see also *Toronto District School Board v. R.*, 2009 TCC 39, at para. 50 (CanLII); *Ottawa Hospital Corp. v. R.*, 2010 TCC 53, at paras. 65-67 (CanLII). However, whether any dispute resolution mechanism is binding is not determinative in this case. Even absent a binding dispute resolution mechanism, the other factors indicate an intention to create legal, not merely political, obligations.

[101] Finally, for the parties’ subsequent conduct, the record does not indicate the extent to which the respective government signatories have carried out their commitments under the Agreements (beyond BCI’s objection that the Agreements do not apply to it). However, both Canada and the Province take the position that the Agreements create binding obligations. This is a strong indicator that the parties intended to be bound by the Agreements.

citant D. W. Mundell, « Legal Nature of Federal and Provincial Executive Governments : Some Comments on Transactions between them » (1960), 2 *Osgoode Hall L.J.* 56; Poirier, p. 433-434; D. Culat, « Coveting Thy Neighbour’s Beer : Intergovernmental Agreements Dispute Settlement and Interprovincial Trade Barriers » (1992), 33 *C. de D.* 617, p. 619-621; Saunders, p. 96). À mon avis, même si l’existence d’un mécanisme obligatoire de règlement des différends peut donner naissance à une « forte présomption » que les parties avaient l’intention de créer des obligations légales, il ne s’agit pas d’une condition préalable (voir Poirier, p. 433).

[100] En l’espèce, la nature des mécanismes prévus dans les Accords pour que les différends soient soumis à un tiers en vue d’un examen indépendant est contestée. Il est évident que les parties peuvent soumettre leur différend à un tiers, mais elles n’y sont pas tenues (RTA, art. 9; CITCA, art. 38 à 41; voir également les motifs de la Cour d’appel, par. 148-150). Le Canada soutient également que le mécanisme d’appel prévu par la *LTA* s’appliquerait à tout différend découlant du RTA concernant l’« application ou l’exécution » de cette Loi (voir RTA, par. 9(9); voir également *Conseil scolaire de district de Toronto c. La Reine*, 2009 CCI 39, par. 50 (CanLII); *Corporation de l’hôpital d’Ottawa c. La Reine*, 2010 CCI 53, par. 65-67 (CanLII)). Toutefois, la question du caractère contraignant de tout mécanisme de règlement des différends n’est pas déterminante en l’espèce. Même s’il n’y avait pas de mécanisme contraignant de règlement des différends, les autres facteurs indiquent que les parties avaient l’intention de créer des obligations juridiques, et non simplement politiques.

[101] Enfin, pour ce qui est du comportement ultérieur des parties, le dossier ne permet pas de savoir dans quelle mesure les gouvernements signataires respectifs se sont acquittés des engagements qu’ils avaient pris aux termes des Accords (abstraction faite de l’objection de BCI selon laquelle les Accords ne s’appliquent pas dans son cas). Toutefois, le Canada et la province sont d’avis que les Accords créent des obligations contraignantes. Il s’agit là d’un indice clair que les parties avaient l’intention d’être liées par les Accords.

[102] To summarize, in light of their clear wording, I have no difficulty in concluding that the Agreements at issue in the cross-appeal resemble private law contracts and were intended to create legally binding obligations for Canada and the Province.

[103] Having concluded that the Agreements impose binding obligations on the Province, the remaining question is whether these obligations have any impact on BCI. In my opinion, in describing the extent of BCI's immunity from taxation, s. 16(6) of the *PSPPA* also encompasses the Province's choice to pay amounts which it would otherwise be constitutionally immune from paying. Although the Agreements have not been specifically implemented by British Columbia's legislature, the *PSPPA* ties BCI's tax obligations to those of the Province. Section 16(6) therefore provides the legislative link between the Province's immunities and obligations, under the Constitution, and the Agreements, and the immunities and obligations of BCI.

[104] Section 16(6) states:

(6) The investment management corporation, as an agent of the government, is not liable for taxation except as the government is liable for taxation.

[105] BCI raises three arguments for why s. 16(6) does not bind it to the Province's obligations under the Agreements. First, it submits that s. 16(6) is "plainly drafted" to deal with its immunity and liability under provincial statutes of general application: *A.F.* on cross-appeal, at paras. 146-48. While I do not doubt that it serves this purpose, there is nothing in the wording of the provision to restrict its scope to only provincial taxation statutes.

[106] Second, BCI argues that the amounts owed under the Agreements are not "tax" but rather amounts paid in lieu of tax, which fall outside the scope of

[102] En résumé, à la lumière de leur libellé clair, je n'ai aucun mal à conclure que les Accords en litige dans le pourvoi incident s'apparentent à des contrats de droit privé et qu'ils visaient à créer des obligations juridiquement contraignantes pour le Canada et la province.

[103] Ayant conclu que les Accords imposent des obligations contraignantes à la province, je dois maintenant établir si ces obligations ont quelque incidence sur BCI. À mon avis, en précisant la portée de l'immunité fiscale de BCI, le par. 16(6) de la *PSPPA* englobe également le choix de la province de payer des sommes qu'elle serait par ailleurs dispensée de payer en vertu de son immunité constitutionnelle. Même si les Accords n'ont pas été expressément mis en œuvre par la législature de la Colombie-Britannique, la *PSPPA* rattache les obligations fiscales de BCI à celles de la province. Le paragraphe 16(6) établit donc le lien législatif qui existe entre les immunités et les obligations de la province, aux termes de la Constitution et des Accords, et celles de BCI.

[104] Le paragraphe 16(6) de la *PSPPA* est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

(6) À titre de mandataire du gouvernement, la société de gestion de placements n'est assujettie à la taxation que dans la mesure où l'est le gouvernement.

[105] BCI invoque trois arguments pour soutenir que le par. 16(6) ne la soumet pas aux obligations qui incombent à la province aux termes des Accords. D'abord, elle soutient que cette disposition traite [TRADUCTION] « en langage simple » de l'immunité dont elle jouit et des obligations qui lui incombent aux termes des lois provinciales de portée générale (m.a. pour le pourvoi incident, par. 146-148). Bien que je ne doute pas que cette disposition sert cet objectif, rien dans son libellé n'en restreint la portée aux lois fiscales provinciales.

[106] En deuxième lieu, BCI fait valoir que les sommes dues aux termes des Accords ne constituent pas une « taxe », mais plutôt des sommes versées pour



s. 16(6). Because the Agreements expressly preserve the Province's immunity from taxation (RTA, art. 4; CITCA, art. 65), in its view, any references to "taxes" in the Agreements are merely "shorthand": A.F. on cross-appeal, at para. 149.

[107] I disagree. BCI's approach implies that because the Province is constitutionally immune from federal taxation statutes, it cannot, by intergovernmental agreement, choose to pay "tax." However, it appears that the Province has agreed to do precisely that. Beginning with the CITCA, pursuant to art. 51, "the Province agree[s] to pay the harmonized sales taxes in respect of supplies acquired by their respective governments or by agents and entities thereof" (emphasis added). Similarly, under art. 6(d) of the RTA, the Province agrees "to pay . . . the Value-Added Tax in accordance with the [ETA]"; art. 1 defines "Value-Added Tax" as "any tax imposed or levied under Part IX of the [ETA]" (emphasis added). In light of this clear wording, I see no other way of characterizing these amounts other than as voluntarily-assumed tax liabilities. The fact that the Province cannot have federal tax obligations imposed on it does not prevent the Province from assuming those obligations if it chooses to do so.

[108] Finally, BCI submits that even if the Province has voluntarily agreed to pay "tax", it is not "liable" to pay tax under the Agreements because it cannot be obligated to pay federal tax as imposed by a taxing statute: A.F. on cross-appeal, at para. 150. Again, this argument conflicts with the express wording of the Agreements. In similar fashion to the RTA, art. 1 of the CITCA defines "harmonized sales taxes" as the federal and provincial components of the "tax payable under Part IX of the Excise Tax Act". As a matter of constitutional law, the Province is not obliged to pay federal tax under the *ETA*. However, by entering into the Agreements, the Province has agreed to pay tax determined in accordance with the *ETA*. Thus, as long as the Agreements are in force, the Province is "liable for taxation" under the *ETA*,

tenir lieu de taxes, qui ne sont pas visées par la portée du par. 16(6). Étant donné que les Accords préservent expressément l'immunité fiscale de la province (RTA, art. 4; CITCA, art. 65), BCI estime que toute mention du mot « taxes » dans les Accords n'est qu'un « renvoi commode » (m.a. pour le pourvoi incident, par. 149).

[107] Je ne suis pas de cet avis. Le raisonnement de BCI sous-entend que parce que la province bénéficie de l'immunité constitutionnelle en ce qui a trait aux lois fiscales fédérales, elle ne peut, au moyen d'un accord intergouvernemental, décider de payer une « taxe ». Cependant, il semble que c'est précisément ce que la province a convenu de faire. D'abord, en vertu de l'art. 51 du CITCA, la province convient [TRADUCTION] « de payer les taxes de vente harmonisées relativement aux fournitures effectuées par leurs gouvernements respectifs ou par leurs mandataires ou entités » (je souligne). De même, aux termes de l'al. 6d) du RTA, la province s'engage [TRADUCTION] « à payer [. . .] la taxe à la valeur ajoutée conformément à la [LTA] » (je souligne); l'art. 1 définit ainsi la « taxe à la valeur ajoutée » : « toute taxe imposée ou perçue sous le régime de la partie IX de la [LTA] » (je souligne). Vu ce libellé clair, je ne vois pas comment ces sommes pourraient être considérées comme autre chose que des obligations fiscales volontairement assumées. Le fait que la province ne peut se voir imposer d'obligations fiscales fédérales ne l'empêche pas d'assumer de telles obligations si elle choisit de le faire.

[108] Enfin, BCI affirme que même si la province a convenu de son plein gré de payer une « taxe », elle n'est pas « assujettie » à la taxation aux termes des Accords parce qu'elle ne peut être tenue de payer une taxe fédérale imposée par une loi fiscale (m.a. pour le pourvoi incident, par. 150). Encore là, cet argument contredit le libellé exprès des Accords. L'article 1 du CITCA définit, d'une façon semblable au RTA, les « taxes de vente harmonisées » comme étant les composantes fédérale et provinciale de la « taxe payable en vertu de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise ». Sur le plan constitutionnel, la province n'est pas tenue de payer la taxe fédérale sous le régime de la *LTA*. Cependant, en concluant les Accords, la province a accepté de la payer conformément à la *LTA*. En conséquence, tant et aussi longtemps que les

notwithstanding the fact that the source of this liability lies in the Agreements themselves.

[109] Textual nuances aside, there is a more fundamental reason why BCI's immunity from taxation (constitutional, statutory, contractual or otherwise) must be the same as the Province's. Section 16(6) directly ties BCI's liability for and immunity from tax to the liabilities and immunities of the Province. In a similar fashion, both Agreements indicate an intention to require the Province's agents to assume the same tax liabilities as the Province: RTA, art. 3; CITCA, art. 51. By entering into the Agreements, the provincial Crown chose to pay taxes for which it would not otherwise have been liable. Given that any immunity that BCI enjoys is directly tied to the Crown's by s. 16(6) of the *PSPPA*, there is simply no basis for BCI to assert that it is not generally subject to taxation on the same basis as the Province. Obviously, BCI's actual liability is determined by the terms of the taxing statute and this cross-appeal does not concern any specific obligations that BCI might have under the Agreements.

[110] In summary, the language of the RTA and the CITCA demonstrates that the Province intended to bind itself to fulfill the obligations found in those Agreements. Section 16(6) of the *PSPPA* establishes that BCI's tax immunities and obligations follow those of the Province. Because the language of this provision is broad enough to include obligations voluntarily assumed by the Province, BCI is generally subject to the obligations set out in the Agreements to the same extent that the Province would be. However, as noted above, the nature of any specific obligations under the Agreements is beyond the scope of the cross-appeal.

#### D. Conclusion

[111] I would dismiss the appeal and the cross-appeal.

Accords sont en vigueur, la province est « assujettie à la taxation » sous le régime de la *LTA*, malgré le fait que cette obligation trouve sa source dans les Accords eux-mêmes.

[109] Au-delà de ces nuances fondées sur le texte, il existe une raison plus fondamentale pour laquelle BCI doit bénéficier de la même immunité fiscale (qu'elle soit d'origine constitutionnelle, législative, contractuelle ou autre) que celle dont jouit la province. Le paragraphe 16(6) rattache directement les obligations fiscales de BCI et les immunités fiscales dont elle jouit à celles de la province. De la même façon, il ressort des deux Accords que les parties avaient l'intention d'assujettir les mandataires de la province aux mêmes obligations fiscales que la province (RTA, art. 3; CITCA, art. 51). En concluant les Accords, la Couronne provinciale a choisi de payer les taxes auxquelles elle n'aurait pas autrement été assujettie. Étant donné que l'immunité dont jouit BCI est directement associée à celle de la Couronne en application du par. 16(6) de la *PSPPA*, BCI ne peut tout simplement pas prétendre qu'elle n'est généralement pas assujettie à la taxation de la même façon que la province. Évidemment, l'obligation actuelle de BCI est établie par les dispositions de la loi fiscale, et le pourvoi incident ne porte pas sur les obligations particulières que BCI pourrait avoir aux termes des Accords.

[110] En résumé, il ressort du libellé du RTA et du CITCA que la province avait l'intention de s'engager à s'acquitter des obligations énoncées dans ces Accords. Le paragraphe 16(6) de la *PSPPA* établit que les obligations et immunités fiscales de BCI sont les mêmes que celles de la province. Comme le libellé de cette disposition est suffisamment large pour inclure les obligations que la province a assumées de son plein gré, BCI est généralement assujettie aux obligations énoncées dans les Accords dans la même mesure que le serait la province. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, la nature des obligations précises prévues par les Accords est une question qui dépasse le cadre du pourvoi incident.

#### D. Conclusion

[111] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

[112] Because Part IX of the *ETA* attempts to require a provincial agent to pay tax out of property legally held by the Crown, s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, renders the relevant *ETA* provisions inapplicable in respect of the Portfolios. However, as a statutory Crown agent and pursuant to s. 16(6) of the *PSPPA*, BCI is subject to the obligations assumed by the Province under the RTA and CITCA.

[113] As a result, the following declaratory order is appropriate:

As a provincial Crown agent, the British Columbia Investment Management Corporation (BCI) is immune from taxation by Canada under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, in respect of assets BCI holds in pooled investment portfolios under the *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg 447/99.

Under s. 16(6) of the *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44, BCI is nevertheless subject to the provisions of the Reciprocal Taxation Agreement and the Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement respecting those assets to the same extent as Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

[114] All parties request costs in this Court and in the courts below. In light of the mixed outcome for the parties, I am of the view that this is a case where no cost award is appropriate.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) —

### I. Overview

[115] This case is about whether private parties can rely on the Constitution to immunize themselves from paying tax on investment management services they receive from a Crown corporation. Here, private pension boards entered into contracts with the British Columbia Investment Management Corporation

[112] Étant donné que la partie IX de la *LTA* vise à obliger le mandataire provincial à payer les taxes à même des biens détenus en common law par la Couronne, l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend les dispositions pertinentes de la *LTA* inapplicables à l'égard des Portefeuilles. Toutefois, à titre de mandataire légal de la Couronne et conformément au par. 16(6) de la *PSPPA*, BCI est assujettie aux obligations que la province a assumées aux termes du RTA et du CITCA.

[113] Il y a donc lieu de rendre le jugement déclaratoire suivant :

En tant que mandataire de la Couronne provinciale, la British Columbia Investment Management Corporation (BCI) bénéficie de l'immunité fiscale à l'égard de la taxation fédérale sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15, à l'égard des actifs qu'elle détient dans des portefeuilles de fonds communs de placement en application du *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg 447/99.

En vertu du par. 16(6) de la *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44, BCI est néanmoins assujettie aux dispositions du Reciprocal Tax Agreement et de la Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement concernant ces actifs dans la même mesure que l'est Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

[114] Toutes les parties sollicitent leurs dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures. Étant donné que chacune des parties a obtenu partiellement gain de cause, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'adjudger de dépens en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie) —

### I. Aperçu

[115] La présente affaire porte sur la question de savoir si des parties privées peuvent se fonder sur la Constitution pour se soustraire au paiement de la taxe sur les services de gestion de placements qu'elles reçoivent d'une société d'État. En l'espèce, les conseils privés des régimes de retraite ont conclu

(“BCI”), a Crown corporation that is an agent of the provincial government. Under the contracts, BCI agreed to hold the pension boards’ funds in trust and to provide them with investment management services in respect of those funds in exchange for payment. The pension boards elected not to pay BCI for its services directly. Instead, they arranged to pay it indirectly by allowing it to take its payment from the trust funds. If BCI were paid directly by the pension boards, the boards would be taxable as the recipients of the services under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and would therefore be liable to pay Goods and Services Tax (“GST”). The indirect payment method elected by the pension boards and BCI makes the trust property itself the recipient of the services under the *ETA* and thus liable to pay the tax. My colleague concludes that, as a result, BCI’s provision of services is immune from taxation under s. 125 of the *Constitution Act, 1867*, because BCI holds legal title to the trust property.

[116] I cannot agree. BCI’s legal title to the taxed property is insufficient to make it property “belonging to” the Province, as s. 125 requires, because the property was entrusted to BCI by private parties to hold and manage for their sole benefit in exchange for payment. The property is liable to taxation only because the private pension boards chose to make it the mechanism of payment for the services they received from BCI. Extending immunity under s. 125 to the circumstances of this case does not protect the constitutional values of federalism and democracy that s. 125 exists to promote. Instead, it overshoots those purposes by giving private parties the benefit of immunity from taxation to which they are not entitled, protecting the Province from adverse contractual consequences, and providing BCI with an unjustified commercial advantage.

des contrats avec la British Columbia Investment Management Corporation (« BCI »), une société d’État mandataire du gouvernement provincial. Aux termes de ces contrats, BCI convenait de détenir en fiducie les fonds des conseils des régimes de retraite et de fournir à ces derniers des services de gestion de placements à l’égard de ces fonds contre paiement. Les conseils des régimes de retraite ont choisi de ne pas payer BCI directement pour ses services. Ils ont plutôt pris des dispositions pour payer indirectement BCI en lui permettant de se payer à même les fonds en fiducie. Si BCI était payée directement par les conseils des régimes de retraite, ceux-ci seraient imposables en tant qu’acquéreurs des services au sens de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (« *LTA* ») et seraient donc tenus de payer la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le mode de paiement indirect retenu par les conseils des régimes de retraite et par BCI fait en sorte que le bien en fiducie lui-même devient l’acquéreur des services aux termes de la *LTA*, et est de ce fait assujéti à la taxe. Ma collègue conclut donc que la prestation de services de BCI fait l’objet de l’immunité fiscale prévue à l’art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce que BCI détient un titre de propriété en common law sur les biens en fiducie.

[116] Je ne peux accepter ce point de vue. Le titre de propriété en common law que détient BCI sur les biens taxés n’est pas suffisant pour faire en sorte que ces biens « appartiennent » à la province, comme l’exige l’art. 125, parce qu’ils ont été confiés à BCI par des parties privées pour qu’elle les détienne et les gère à leur seul profit contre paiement. Les biens sont assujétiés à la taxe seulement parce que les conseils privés des régimes de retraite ont choisi de se servir de ces biens comme mécanisme de paiement des services qu’ils ont reçus de BCI. Le fait d’étendre l’immunité prévue à l’art. 125 aux circonstances de la présente affaire ne protège pas les valeurs constitutionnelles du fédéralisme et de la démocratie que cet article cherche à promouvoir; cela va plutôt au-delà de ces objectifs en permettant à des parties privées de profiter de l’immunité fiscale à laquelle ils n’ont pas droit, tout en protégeant la province de certaines conséquences contractuelles préjudiciables et en conférant à BCI un avantage commercial injustifié.

[117] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Karakatsanis J. I agree with her conclusion that the chambers judge appropriately assumed jurisdiction over this litigation. I also agree with her conclusion that BCI is bound by the relevant intergovernmental taxation agreements (“Agreements”) between British Columbia and Canada. My sole disagreement with my colleague is on the issue of immunity under s. 125.

## II. Factual Background

[118] My colleague has skillfully outlined the complex factual underpinnings of this appeal. However, to clarify my position on the s. 125 immunity issue, I must provide some additional facts concerning the pension boards that are the unit holders of the pooled investment portfolios (“Portfolios”) held in trust by BCI and their relationship with BCI. In this regard, I will make four points:

- (a) The unit holders are the beneficiaries of the funds BCI holds in trust;
- (b) The pension boards, which form the “bulk” of the unit holders, are private parties;
- (c) The pension boards bear the real impact of the tax; and
- (d) The pension boards would be the recipients of BCI’s services under the *ETA* but for the indirect payment method they have chosen.

### A. *The Unit Holders Are the Beneficiaries of the Funds BCI Holds in Trust*

[119] First, it is important to underline one essential point. Both my colleague and I have proceeded under the assumption that the Portfolios are common law trusts. This being the case, there *must* be a beneficial interest in the Portfolios distinct from BCI’s legal interest. It would be incompatible with the existence of a common law trust for BCI to be both the legal and the sole beneficial owner of the trust property

[117] J’ai pris connaissance de l’opinion de ma collègue la juge Karakatsanis. Je souscris à sa conclusion que le juge siégeant en son cabinet s’est à bon droit déclaré compétent à l’égard du présent litige. Je souscris aussi à sa conclusion suivant laquelle BCI est liée par les accords fiscaux intergouvernementaux applicables (« Accords ») entre la Colombie-Britannique et le Canada. Le seul point sur lequel mon opinion diverge de la sienne concerne la question de l’immunité prévue à l’art. 125.

## II. Contexte factuel

[118] Ma collègue a habilement exposé les faits complexes à l’origine du présent pourvoi. Toutefois, pour bien préciser ma position sur la question de l’immunité prévue à l’art. 125, je dois donner certains faits additionnels concernant les conseils des régimes de retraite, qui sont les détenteurs d’unités des portefeuilles de fonds communs de placement (« Portefeuilles ») que BCI détient en fiducie, ainsi que leur lien avec BCI. À cet égard, je vais développer les quatre idées suivantes :

- a) les détenteurs d’unités sont les bénéficiaires des fonds que BCI détient en fiducie;
- b) les conseils des régimes de retraite, qui représentent la « majeure partie » des détenteurs d’unités, sont des parties privées;
- c) les conseils des régimes de retraite supportent dans les faits la charge de la taxe;
- d) les conseils des régimes de retraite seraient les acquéreurs des services de BCI au sens donné dans la *LTA* n’eût été le mode de paiement indirect qu’ils ont choisi.

### A. *Les détenteurs d’unités sont les bénéficiaires des fonds que BCI détient en fiducie*

[119] Tout d’abord, il est important de souligner un point essentiel. Ma collègue et moi sommes partis du principe que les Portefeuilles sont des fiducies de common law. Dès lors, l’intérêt bénéficiaire dans les Portefeuilles *doit* être distinct de l’intérêt en common law de BCI. Il serait incompatible avec l’existence d’une fiducie de common law que BCI soit à la fois propriétaire en common law des biens en fiducie



(see *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224). The statutory and regulatory regime that governs the Portfolios does not specifically identify a beneficial interest in them. However, as I will demonstrate, an analysis of this regime makes it clear that the beneficial interest rests with the unit holders. Indeed, even had I accepted that the Portfolios are *sui generis* statutory trusts, to which common law requirements would therefore not necessarily apply, based on this regime I still would have easily concluded that the beneficial interest in them rests with the unit holders.

[120] BCI is a creature of the *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44 (“*PSPPA*”). Section 18(3) of the *PSPPA* allows certain defined persons (various government or trust-fund entities) to place money or securities with BCI for investment. Money or securities placed with BCI under the authority of s. 18(3) are referred to as “funds” (s. 15). Funds are held by BCI in one of two types of investment structures: segregated investments, which are operated like standard investment or brokerage accounts, and Portfolios. The operation of the Portfolios is governed primarily by the *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99 (“*Regulation*”). This appeal is concerned with the tax consequences of the Portfolios; however, I shall return to the segregated investments in my analysis below. BCI collects and remits GST on the investment management services it provides to the segregated funds.

[121] The “bulk” of the funding for the Portfolios comes from B.C.’s four major public sector pension plans — the Public Service Pension Plan, the Municipal Pension Plan, the Teachers’ Pension Plan and the College Pension Plan — and from the Workers’ Compensation Board. Other amounts come from the B.C. government directly, including from the Consolidated Revenue Fund. The amounts originating directly from the Province are said to “vary from time to time” (R.F., at para. 10; affidavit of S.

et unique propriétaire bénéficiaire de ceux-ci (voir *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224). Le régime législatif et réglementaire qui s’applique aux Portefeuilles ne précise pas en quoi consiste l’intérêt bénéficiaire dans ceux-ci. Toutefois, comme je vais le démontrer, il ressort clairement de l’analyse de ce régime que ce sont les détenteurs d’unités qui sont les titulaires de l’intérêt bénéficiaire. D’ailleurs, même si j’avais accepté que les Portefeuilles sont des fiducies d’origine législative *sui generis* qui ne seraient donc pas nécessairement soumises aux exigences de la common law, j’aurais conclu sans hésiter, en me fondant sur ce régime, que ce sont les détenteurs d’unités qui sont titulaires de l’intérêt bénéficiaire dans les Portefeuilles.

[120] BCI a été créée par la *Public Sector Pension Plans Act*, S.B.C. 1999, c. 44 (« *PSPPA* »). Le paragraphe 18(3) de la *PSPPA* permet à certaines personnes définies (divers fonds en fiducie ou entités publiques) de placer de l’argent ou des titres auprès de BCI à des fins de placement. Les sommes d’argent et les titres confiés à BCI en vertu du par. 18(3) sont appelés [TRADUCTION] « fonds » (art. 15). Les fonds sont détenus par BCI dans l’un des deux types de structures de placement suivants : des placements distincts, qui sont gérés comme des comptes de placement ou de courtage ordinaires, ou des Portefeuilles. La gestion des Portefeuilles est encadrée principalement par le *Pooled Investment Portfolios Regulation*, B.C. Reg. 447/99 (« *Règlement* »). Le présent pourvoi porte sur les incidences fiscales des Portefeuilles, mais je reviendrai sur les placements distincts plus loin dans mon analyse. BCI perçoit et verse la TPS sur les services de gestion de placements qu’elle fournit aux fonds distincts.

[121] La « majeure partie » des fonds des Portefeuilles provient de quatre importants régimes de retraite du secteur public de la Colombie-Britannique, à savoir le régime de retraite de la fonction publique, le régime de retraite des employés municipaux, le régime de retraite des enseignants et le régime de retraite des enseignants du niveau collégial — ainsi que de la Worker’s Compensation Board. Les autres sommes proviennent directement du gouvernement de la Colombie-Britannique, notamment du Trésor.

Newton, A.R., vol. X, at p. 50), although logically the inverse of the “bulk” cannot be a particularly large percentage. BCI utilizes the funds to make various investments, including through subsidiary corporations.

[122] In the *Regulation*, a “participating fund” is defined as a fund from which money or securities are used to purchase “unit[s] of participation” (“units”) in a Portfolio (s. 1). Portfolios must be divided into units of equal value, and the proportionate interest attributed to each participating fund must be expressed by the number of units allocated to it (*Regulation*, s. 5(1)). On the last opening date of the calendar year,<sup>10</sup> the aggregate of the income and net taxable capital gains of each Portfolio for that year is payable to each participating fund in proportion to its participation in the Portfolio (less any income and net taxable capital gains already paid to the participating fund for that year) (s. 10(1)). A participating fund can demand the payment to which it is entitled (s. 10(2)). Where it does so demand, the number of its units must be reduced proportionally to reflect the value of the payment (s. 10(5)). If it does not so demand, it is deemed to have elected to contribute to the Portfolio the income and net taxable capital gains to which it is entitled, and those amounts must be added to the carrying costs of the units held by the fund (ss. 10(3) and (4)).

[123] Assets invested in Portfolios must be identified separately from other property of BCI (*Regulation*, s. 4(3)). The Chief Investment Officer must report to the trustees or other persons responsible for funds “with respect to the management and investment performance of the funds that they have placed

Les sommes provenant directement de la province auraient [TRADUCTION] « fluctué au fil du temps » (m.i., par. 10; affidavit de S. Newton, d.a., vol. X, p. 50), même si, logiquement, le contraire de la « majeure partie » ne peut représenter un pourcentage particulièrement élevé. BCI utilise les fonds pour effectuer divers placements, notamment par l’entremise de filiales.

[122] Dans le *Règlement*, un [TRADUCTION] « fonds participant » est défini comme étant un fonds à partir duquel des sommes d’argent ou des titres sont utilisés pour acheter des « unité[s] de participation » (« unités ») dans un portefeuille (art. 1). Les Portefeuilles doivent être divisés en unités de valeur égale, et l’intérêt proportionnel attribué à chaque fonds participant doit être exprimé en fonction du nombre d’unités qui lui sont allouées (*Règlement*, par. 5(1)). Lors de la dernière date d’ouverture de l’année civile<sup>10</sup>, le total des revenus et des gains en capital nets imposables de chaque Portefeuille pour cette année est payable à chaque fonds participant au prorata de sa participation dans le Portefeuille (déduction faite des revenus et gains en capital nets imposables déjà versés au fonds participant pour l’année en question) (par. 10(1)). Un fonds participant peut exiger le paiement auquel il a droit (par. 10(2)). Dans ce cas, le nombre de ses unités doit être réduit proportionnellement pour correspondre à la valeur du paiement (par. 10(5)). S’il n’exige pas le paiement, le fonds participant est réputé avoir choisi de verser au portefeuille les revenus et les gains en capital nets imposables auxquels il a droit, et ces sommes doivent être ajoutées aux coûts de détention des unités détenus par le fonds (par. 10(3) et 10(4)).

[123] Les placements détenus dans les Portefeuilles doivent être désignés séparément des autres biens de BCI (*Règlement*, par. 4(3)). Le directeur des placements doit rendre compte aux fiduciaires ou aux autres personnes responsables des fonds [TRADUCTION] « de la gestion et du rendement des fonds qu’ils

<sup>10</sup> “[O]pening date” is a term defined in the *Regulation* as “a date when funds may purchase or realize units in a portfolio” (s. 1). Opening dates for each Portfolio are set by the Chief Investment Officer (*Regulation*, s. 6(2)), a position created by s. 20 of the *PSPPA*.

<sup>10</sup> Le terme [TRADUCTION] « [d]ate d’ouverture » est défini dans le *Règlement* : « date à laquelle les fonds peuvent acheter ou liquider des unités dans un portefeuille » (art. 1). Les dates d’ouverture de chacun des Portefeuilles sont fixées par le directeur des placements (*Règlement*, par. 6(2)), un poste créé par l’art. 20 de la *PSPPA*.

with [BCI]” (*PSPPA*, s. 21(2)(b)). The *PSPPA* further recognizes that BCI may make investments “on its own behalf” (s. 24(1)(c)), which are distinct from investments that it makes on behalf of participating funds as their agent (s. 18(3)). The Chief Investment Officer is empowered to terminate a Portfolio but must then distribute the net proceeds realized to the unit holders (*Regulation*, s. 14). No part is payable on termination to BCI or to the Province (unless the Province itself is a unit holder).

[124] The investment management services that BCI provides for the Portfolios ultimately benefit the unit holders. It is the unit holders that are entitled to the income and capital gains generated by the Portfolios while they exist. It is the unit holders that are entitled to the net proceeds on termination of the Portfolios. Neither BCI nor the Province has the ability or right to appropriate Portfolio assets. The only benefit BCI derives from the Portfolios is the recouping of its operating costs and capital expenditures from the funds therein, which reduces the value of the units and the ultimate return realized by the unit holders (*PSPPA*, s. 24(1)(a)). I note that the *PSPPA* allows BCI to charge service fees directly to its clients to cover these expenses (s. 24(1)(b)). However, the Funds Investment and Management Agreement (“Funds Agreement”) between BCI and the teachers’ pension board (discussed further below) demonstrates that BCI charges such fees only with respect to segregated funds. BCI recoups its operating costs and capital expenditures with respect to Portfolios exclusively from the assets in the Portfolios.

[125] The parties advanced various arguments concerning s. 4(4) of the *Regulation*, which provides that “[o]wnership in any asset in a portfolio must not be attributed to a participating fund”. Section 4(4) must be read in conjunction with s. 4(1), which states that “[a]ll the assets of a portfolio are held in trust” by BCI. There is obviously a considerable difference between the Portfolios — vehicles intended for pooled investments in modern capital markets — and a more “traditional” trust reflecting divided interests

ont confiés à [BCI] » (*PSPPA*, al. 21(2)b)). La *PSPPA* reconnaît en outre que BCI peut effectuer des placements « pour son propre compte » (al. 24(1)c)), qui sont distincts des placements qu’elle fait pour le compte des fonds participants en tant que mandataire (al. 18(3)). Le directeur des placements est habilité à mettre fin à un portefeuille, mais il doit alors distribuer le produit net réalisé aux détenteurs d’unités (*Règlement*, art. 14). Dans un tel cas, aucune part n’est payable à BCI ou à la province (sauf si la province détient elle-même des unités).

[124] Les services de gestion de placements que fournit BCI aux Portefeuilles profitent ultimement aux détenteurs d’unités. Ce sont eux qui ont droit aux revenus et aux gains en capital produits par les Portefeuilles pendant qu’ils existent. Ce sont eux qui ont droit au produit net lorsqu’il est mis fin aux Portefeuilles. Ni BCI ni la province n’ont la capacité ou le droit de s’approprier les actifs du portefeuille. Le seul avantage que BCI retire des Portefeuilles est la possibilité de recouvrer ses frais d’exploitation et ses dépenses en capital à même les fonds détenus dans les Portefeuilles, ce qui réduit la valeur des unités et le rendement final réalisé par les détenteurs d’unités (*PSPPA*, al. 24(1)a)). Je signale que la *PSPPA* permet à BCI de facturer des frais de service directement à ses clients pour couvrir ces dépenses (al. 24(1)b)). Il ressort toutefois de l’accord d’investissement et de gestion des fonds (« Accord de gestion ») conclu entre BCI et le conseil du régime de retraite des enseignants (dont il est question plus loin) que BCI ne facture de tels frais que pour les fonds distincts. BCI recouvre ses frais d’exploitation et ses dépenses en capital à l’égard des Portefeuilles exclusivement sur les actifs se trouvant dans les Portefeuilles.

[125] Les parties ont fait valoir divers arguments au sujet du par. 4(4) du *Règlement*, qui prévoit que [TRADUCTION] « [l]a propriété d’un élément d’actif détenu dans les Portefeuilles ne peut être conférée à un fonds participant ». Le paragraphe 4(4) doit être interprété à la lumière du par. 4(1), qui prévoit que [TRADUCTION] « [t]ous les éléments d’actif des Portefeuilles sont détenus en fiducie par BCI ». Il y a évidemment une nette différence entre les Portefeuilles — qui sont des véhicules pour des fonds

in a piece of real property. Funds in each Portfolio originate from several sources. Section 4(4) indicates that unit holders cannot point to any particular asset in a Portfolio and claim ownership of it. As Canada argues, the unit holders instead are collectively entitled to all assets in a Portfolio on a proportional basis, without possessing ownership rights in any particular asset (A.F., at para. 78).

[126] Based on this regime, I am satisfied that the beneficial interest in the Portfolios rests with the unit holders. My colleague has also accepted that if the Portfolios are a common law trust, then the unit holders are the beneficiaries (para. 65). The importance of this conclusion must be stressed. It means that the unit holders are the beneficial *owners* of the Portfolios.

B. *The Pension Boards, Which Form the “Bulk” of the Unit Holders, Are Private Parties*

[127] Moreover, the pension boards that are said to hold the “bulk” of the units in the Portfolios are private entities. British Columbia and BCI have never suggested, in this Court or the British Columbia courts, that the pension boards are Crown entities that are entitled to constitutional immunity from taxation. As I will explain, British Columbia and BCI were correct not to contest this point, as the pension boards cannot be equated with the provincial Crown and are instead creatures of contract.

[128] The public sector pension plans are governed by boards of trustees pursuant to contractual “joint trust” arrangements. Although the makeup of the four public sector pension plan boards differs somewhat, generally each board is comprised of an equal number of trustees appointed, on the one hand, by

communs de placement sur les marchés de capitaux modernes — et la fiducie plus « traditionnelle », structurée en fonction d’intérêts divis dans un bien immeuble. Les fonds de chaque portefeuille proviennent de diverses sources. Suivant le par. 4(4), les détenteurs d’unités ne peuvent pas désigner un élément d’actif particulier dans un portefeuille et en revendiquer la propriété. Comme le fait valoir le Canada, les détenteurs d’unités ont plutôt droit collectivement à tous les actifs d’un portefeuille sur une base proportionnelle, sans être titulaires de droits de propriété sur un élément d’actif en particulier (m.a., par. 78).

[126] Compte tenu de ce régime, je suis convaincu que ce sont les détenteurs d’unités qui sont titulaires de l’intérêt bénéficiaire dans les Portefeuilles. Ma collègue reconnaît aussi que, si les Portefeuilles constituent une fiducie de common law, les détenteurs d’unités en sont les bénéficiaires (par. 65). L’importance de cette conclusion mérite d’être soulignée, car elle implique que les détenteurs d’unités sont les *propriétaires* bénéficiaires des Portefeuilles.

B. *Les conseils des régimes de retraite, qui représentent « la majeure partie » des détenteurs d’unités, sont des parties privées*

[127] De plus, les conseils des régimes de retraite qui détiendraient « la majeure partie » des unités dans les Portefeuilles sont des entités privées. La Colombie-Britannique et BCI n’ont jamais laissé entendre, que ce soit devant notre Cour ou devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, que les conseils des régimes de retraite sont des entités de l’État ayant droit à l’immunité fiscale constitutionnelle. Comme je vais l’expliquer, la Colombie-Britannique et BCI ont eu raison de ne pas contester ce point, car les conseils des régimes de retraite ne peuvent être assimilés à la Couronne provinciale; ils tirent leur existence d’un contrat.

[128] Les régimes de retraite du secteur public sont dirigés par des conseils de fiduciaires aux termes d’accords contractuels « d’administration en fiducie conjointe ». Bien que la composition des conseils des quatre régimes de retraite du secteur public diffère quelque peu, chacun d’entre eux compte généralement

the Province and the relevant employer(s) and, on the other, by the plan member union(s) and, in one case, the B.C. Government Retired Employees Association. The public sector pension plans were not always run via this joint trust model. Joint trust arrangements were initially introduced and imposed by the *PSPPA* when it was enacted in 1999. The provisions that did so were repealed following the successful negotiation of contractual joint trust agreements between the Province, the employers and the unions.

[129] I will refer to the Public Service Pension Plan Joint Trust Agreement as an example of the four such public sector pension plan agreements. The purpose of the agreements is to “provide for the prudent management” of the pension plans and funds, while having plan members and employers “share the responsibility of plan governance and share the risks and rewards of plan sponsorship” (preamble). The pre-existing pension plans and pension funds were continued under the joint trust agreements. Pension funds are held in trust by the boards of trustees for the sole benefit of plan members, i.e. current and former employees (art. 3). The power to amend or terminate the joint trust agreements resides solely with the boards of trustees (art. 13). The pension boards were required to retain BCI as investment manager for defined periods, after which they were given discretion to use other managers (arts. 7.2 and 7.3). The four pension boards subsequently entered into funds investment and management agreements with BCI.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> It is unclear whether thus far any pension board has opted to use a manager other than BCI – Canada says that this has not occurred, while BCI says that there is no evidence on this point, given that the joint trust agreements do not require the appointment of a single, exclusive investment manager (A.F., at para. 16; R.F., at fn. 16).

un nombre égal de fiduciaires nommés, d’une part, par la province et le ou les employeurs concernés et, d’autre part, par le ou les syndicats participant au régime et, dans un cas, par la B.C. Government Retired Employees Association. Les régimes de retraite du secteur public n’ont pas toujours été gérés selon ce modèle d’administration en fiducie conjointe. Les accords d’administration en fiducie conjointe ont été instaurés et imposés par la *PSPPA* lors de son adoption en 1999. Les dispositions à cet effet ont été abrogées à la suite de la négociation fructueuse d’accords contractuels d’administration en fiducie conjointe entre la province, les employeurs et les syndicats.

[129] Je me reporterai à l’accord relatif à l’administration en fiducie conjointe du régime de retraite de la fonction publique à titre d’exemple des quatre accords des régimes de retraite du secteur public. L’objet de ces accords est [TRADUCTION] « d’assurer une gestion prudente » des régimes et des fonds de pension, tout en veillant à ce que les participants au régime et les employeurs [TRADUCTION] « se partagent la responsabilité de la gestion du régime, ainsi que les risques et les avantages que comporte l’adhésion au régime » (préambule). Les régimes de retraite et les fonds de pension qui existaient auparavant ont été prorogés en vertu des accords d’administration en fiducie conjointe. Les fonds de pension sont détenus en fiducie par les conseils des fiduciaires, au seul profit des participants au régime, c’est-à-dire les employés actuels et anciens (art. 3). Seul le conseil des fiduciaires est habilité à modifier ou à résilier les accords d’administration en fiducie conjointe (art. 13). Les conseils des régimes de retraite étaient tenus de retenir les services de BCI comme gestionnaire de placements pour des périodes déterminées, après quoi ils avaient toute latitude pour recourir à d’autres gestionnaires (art. 7.2 et 7.3). Les quatre conseils des régimes de retraite ont par la suite conclu des accords d’investissement et de gestion des fonds avec BCI<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> On ne sait pas avec certitude si, jusqu’à présent, un conseil de régime de retraite a opté pour un autre gestionnaire que BCI; le Canada affirme que ce n’est pas le cas, alors que BCI soutient que rien ne permet de l’affirmer, étant donné que les accords d’administration en fiducie conjointe n’exigent pas la nomination d’un seul gestionnaire exclusif de placements (m.a., par. 16; m.i., note 16).



[130] When the *PSPPA* was introduced in the Legislature for second reading, the Honourable Minister Joy MacPhail indicated that joint trusteeship would result in “transferring full responsibility for the operation of each of the public sector pension plans to a board of pension trustees”. The Minister stated that “[t]he transfer of this responsibility will result in the pension plans being operated at arm’s length from government”. She explained that this arm’s length relationship was necessary because “pension trustees must have the unfettered ability to determine the quality and timeliness of the service provided to plan members in order to carry out their responsibilities” (British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 25, 3rd Sess., 36th Parl., July 14, 1999, at p. 14409 (Hon. J. MacPhail)).

[131] The Province’s involvement with the public sector pension plans is purely contractual. It is a party to the various joint trust agreements and appoints a certain number of trustees directly pursuant to those agreements. However, the Province retains no control over the trustees once appointed. In addition, half of the contributions to the pension plans come from the provincial government through the public sector employers. However, once the contributions are made, such funds are impressed with the trust and governed by its contractual terms (see *Ehrcke v. Public Service Pension Board of Trustees*, 2004 BCSC 757, 32 B.C.L.R. (4th) 388, at para. 60). Finally, like the plan members, the Province (through the public sector employers) has certain responsibilities in the event of a pension shortfall and may be entitled to a contribution holiday in the event of a surplus. Any surplus must remain within the pension fund (Public Service Pension Plan Joint Trust Agreement, art. 10.3) and is subject to “equal ownership” (recitals, C(d)). There is also “equal sharing of responsibility” for any unfunded liabilities (recitals, C(c)). The *PSPPA* does not require the Province’s Consolidated Revenue Fund to make up any shortfalls but merely gives the Minister of Finance the discretion to make up the portion of the unfunded liability attributable to the government (s. 25.1). As

[130] Lors de la présentation de la *PSPPA* en deuxième lecture, la ministre responsable du dossier, l’honorable Joy MacPhail, a expliqué que l’administration en fiducie conjointe donnerait lieu [TRADUCTION] « au transfert de l’entière responsabilité de la gestion de chacun des régimes de retraite du secteur public à un conseil de fiduciaires ». Elle a déclaré que « par suite du transfert de cette responsabilité, les régimes de retraite seront administrés de façon indépendante du gouvernement ». Elle a expliqué qu’il était nécessaire qu’il n’y ait aucun lien de dépendance avec le gouvernement, car « les fiduciaires des régimes de retraite doivent avoir la capacité absolue de déterminer la qualité et la rapidité de la prestation des services fournis aux membres des régimes afin de s’acquitter de leurs responsabilités » (Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislature Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 25, 3<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 14 juillet 1999, p. 14409 (hon. Joy MacPhail)).

[131] Le rôle que joue la province en ce qui concerne les régimes de retraite du secteur public est purement contractuel. Elle est partie aux divers accords d’administration en fiducie conjointe et elle nomme un certain nombre de fiduciaires directement en application de ces accords. Elle n’exerce cependant aucun contrôle sur les fiduciaires une fois qu’ils sont nommés. Par ailleurs, la moitié des cotisations aux régimes de retraite provient du gouvernement provincial par l’entremise des employeurs du secteur public. Toutefois, une fois que les cotisations sont versées, ces fonds sont assujettis à la fiducie et sont régis par ses modalités contractuelles (voir *Ehrcke c. Public Service Pension Board of Trustees*, 2004 BCSC 757, 32 B.C.L.R. (4th) 388, par. 60). Enfin, tout comme les participants au régime, la province (par l’entremise des employeurs du secteur public) a certaines responsabilités en cas de déficit du fonds de pension, et elle peut avoir droit à une exonération de cotisations en cas d’excédent. Tout excédent doit demeurer dans le fonds de pension (accord relatif à l’administration en fiducie conjointe du régime de retraite de la fonction publique, art. 10.3), et cet excédent est la propriété de chacun [TRADUCTION] « à parts égales » (préambule, Cd)). L’accord prévoit également que chacun assume une « part égale de responsabilité » relativement à tout déficit

Canada submitted, such obligations do not flow from provincial ownership of assets but are instead rooted in the contractual obligations the Province has assumed in relation to its employees (transcript, p. 39).

[132] I thus agree with the conclusion of the Supreme Court of British Columbia in *Ehrcke* that the pension boards are private bodies. In that case, Neilson J. considered whether the Public Service Pension Board of Trustees was a public body in order to determine whether its decisions were amenable to judicial review. Although the context of this appeal is different, I agree with her conclusion that “the nature of the Board of Trustees, the source and nature of its powers, and the description of its decision-making powers as set out in the Joint Trust Agreement lead to the inevitable conclusion that the Board of Trustees is a private body” (para. 63). This is not solely because the pension boards are formally placed at arm’s length from the government. In substance, their position can be analogized to that of the universities in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. In that case, the Court held that universities do not form part of “government” within the meaning of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The following comment at pp. 272-74, adjusted for context, is applicable to the pension boards:

The fact is that each of the universities has its own governing body. Only a minority of its members . . . are appointed by the Lieutenant-Governor in Council . . . .

. . . Though the universities, like other private organizations, are subject to government regulations and in large measure depend on government funds, they manage their own affairs and allocate these funds . . . .

actuariel (préambule, Cc)). La *PSPPA* n’oblige pas le Trésor de la province à combler tout déficit qui pourrait survenir, mais donne simplement au ministre des Finances le pouvoir discrétionnaire de combler la partie du déficit actuariel attribuable au gouvernement (art. 25.1). Comme l’a fait remarquer le Canada, ces obligations ne résultent pas du fait que les actifs appartiennent à la province, mais sont plutôt des obligations contractuelles de la province envers ses employés (transcription, p. 39).

[132] Je souscris à la conclusion de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Ehrcke* selon laquelle les conseils des régimes de retraite sont des organismes privés. Dans cette affaire, la juge Neilson s’est penchée sur la question de savoir si le conseil des fiduciaires du régime de retraite de la fonction publique était un organisme public afin d’établir si ses décisions pouvaient faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Bien que le contexte du présent pourvoi soit différent, je souscris à sa conclusion suivant laquelle [TRADUCTION] « la nature du conseil des fiduciaires, la source et la nature de ses pouvoirs et la façon dont ses pouvoirs décisionnels sont énoncés dans l’accord d’administration en fiducie conjointe mènent inévitablement à la conclusion qu’il s’agit d’un organisme privé » (par. 63). Cette conclusion ne reposait pas seulement sur le fait que les conseils des régimes de retraite n’ont officiellement aucun lien de dépendance avec le gouvernement. Essentiellement, leur situation peut se comparer à celle des universités dont il était question dans l’affaire *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que les universités ne faisaient pas partie du « gouvernement » au sens de l’art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les propos suivants (aux p. 272-274 de cet arrêt), adaptés en fonction du contexte, valent aussi pour les conseils des régimes de retraite :

En réalité, chaque université a son corps dirigeant. Seul un petit nombre de ses membres [. . .] sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil . . . .

. . . Bien que les universités, comme d’autres organismes privés, soient assujetties à la réglementation gouvernementale et dépendent en grande partie de fonds publics, elles dirigent leurs propres affaires et répartissent ces sommes . . . .

. . . Though the legislature may determine much of the environment in which universities operate, the reality is that they function as autonomous bodies within that environment. . . .

[133] Accordingly, it is evident that neither the plan members nor the pension boards are entitled to the protection of s. 125. As the applicable regime indicates, the pension boards are not the Province or agents thereof. Thus, the pension funds that belong to the pension boards do not qualify as “Property belonging to . . . any Province” under s. 125.

[134] It is not necessary to consider the percentage of the funds in the Portfolios that comes from the B.C. government directly, including from the Consolidated Revenue Fund. Canada acknowledges that BCI holds these funds for the ultimate benefit of the Province (A.F., at para. 77). As the Province holds a beneficial interest in these funds, s. 125 applies and they are immune from federal taxation.

### C. *The Pension Boards Bear the Real Impact of the Tax*

[135] The real impact of the tax is borne by the unit holders because BCI provides the services relating to the Portfolios for the benefit of the unit holders alone. In substance, the GST is imposed in respect of services that BCI provides to the private unit holders. Only the pension boards’ choice to pay BCI indirectly by permitting it to take its payment from the trust makes the Portfolios the recipients under the *ETA* of the services that BCI provides.

[136] The characteristics of the Portfolios demonstrate that the unit holders bear the real impact of the tax. To briefly recap, during the lifetime of the Portfolios, all the income and capital gains generated from them accrue to the unit holders. On termination of the Portfolios, the net proceeds flow entirely to the unit holders. BCI cannot appropriate assets from the Portfolios and receives nothing on their termination.

. . . Bien que la législature puisse délimiter en grande partie le milieu dans lequel les universités fonctionnent, la réalité est qu’elles fonctionnent comme des organismes autonomes dans ce milieu . . .

[133] En conséquence, il est évident que ni les participants au régime ni les conseils des régimes de retraite n’ont droit à la protection de l’art. 125. Comme l’indique le régime applicable, les conseils des régimes de retraite ne sont pas assimilés à la province et ils n’en sont pas les mandataires. Ainsi, les fonds de pension qui appartiennent aux conseils des régimes de retraite ne peuvent être considérés comme une « propriété appartenant à [. . .] [une] province » au sens de l’art. 125.

[134] Il n’est pas nécessaire de tenir compte du pourcentage des fonds dans les Portefeuilles qui provient directement du gouvernement de la Colombie-Britannique, notamment du Trésor. Le Canada admet que BCI détient ces fonds au profit ultime de la province (m.a., par. 77). Comme la province détient un intérêt bénéficiaire dans les fonds en question, l’art. 125 s’applique et les fonds jouissent de l’immunité fiscale fédérale.

### C. *Les conseils des régimes de retraite supportent dans les faits la charge de la taxe*

[135] Ce sont les détenteurs d’unités qui supportent dans les faits la charge de la taxe parce que BCI fournit ses services relativement aux Portefeuilles au seul profit des détenteurs d’unités. Essentiellement, la TPS est exigible sur les services que BCI fournit aux détenteurs d’unités privés. Seul le choix des conseils des régimes de retraite de payer BCI indirectement en lui permettant de se payer à même la fiducie fait en sorte que les Portefeuilles deviennent les acquéreurs au sens de la *LTA* des services fournis par BCI.

[136] Les caractéristiques des Portefeuilles démontrent que les détenteurs d’unités assument dans les faits la charge de la taxe. Pour résumer brièvement, pendant la durée de vie des Portefeuilles, tous les revenus et gains en capital produits par ceux-ci reviennent aux détenteurs d’unités. Lorsqu’il est mis fin aux Portefeuilles, le produit net est versé en totalité aux détenteurs d’unités. BCI ne peut s’approprier

Taxation of the Portfolios therefore does not result in BCI losing anything to which it would otherwise have had access without the tax. Instead, taxation of the Portfolios results in less income, capital gains and ultimate proceeds accruing to the unit holders. The *only* benefit BCI receives from each Portfolio is the recouping of its operating costs and capital expenditures with respect to that Portfolio. Such operating costs and capital expenditures arise only because BCI is managing the Portfolios for the ultimate benefit of the unit holders.

[137] The Funds Agreement between BCI and the teachers' pension board further demonstrates that the unit holders enjoy substantial control over their funds even once they have been invested in the Portfolios.<sup>12</sup> As noted, the *Regulation* empowers BCI's Chief Investment Officer to terminate Portfolios. However, the Funds Agreement empowers the pension board to direct BCI to terminate a Portfolio, although BCI appears to retain discretion as to whether in fact to follow this direction (s. 2.4.3). Nonetheless, even if the pension board cannot order BCI to terminate a Portfolio, it has the ability to terminate the Funds Agreement on 180 days' notice (s. 8), following which, *inter alia*, the pro-rated share of the investments in a Portfolio belonging to the board will be returned to the board (s. 9.1.2.).

[138] Furthermore, the taxable transaction under the *ETA* is the direct result of BCI's contractual obligation to provide services to the private pension boards. In the Funds Agreement, BCI agrees to provide specified investment and management services to the teachers' pension board (s. 1.1.22). The Funds

<sup>12</sup> Although BCI has entered into funds investment and management agreements with the boards of all four public sector pension plans, only the agreement with the teachers' pension board is in the record. There is no suggestion that there are any substantial differences between it and the other three agreements – counsel for Canada agreed during the hearing that it was “typical” (transcript, at p. 15).

les éléments d'actif des Portefeuilles et elle ne reçoit rien lorsqu'il y est mis fin. La taxation des Portefeuilles n'entraîne pas donc pour BCI la perte d'un bien auquel elle aurait autrement eu accès sans cette taxe. La taxation des Portefeuilles entraîne plutôt une diminution des revenus, des gains en capital et du produit final revenant aux détenteurs d'unités. Le *seul* avantage que BCI retire de chaque portefeuille est la possibilité de recouvrer ses frais d'exploitation et ses dépenses en capital relativement au Portefeuille en question. De tels frais d'exploitation et dépenses en capital n'existent que parce que BCI gère les Portefeuilles au profit ultime des détenteurs d'unités.

[137] L'Accord de gestion conclu entre BCI et le conseil du régime de retraite des enseignants démontre également que les détenteurs d'unités exercent un contrôle important sur leurs fonds, même après qu'ils ont été investis dans les Portefeuilles<sup>12</sup>. Comme nous l'avons mentionné, le *Règlement* confère au directeur des placements de BCI le pouvoir de mettre fin aux Portefeuilles. Toutefois, aux termes de l'accord de gestion, le conseil du régime de retraite peut ordonner à BCI de mettre fin à un portefeuille, bien que BCI semble conserver son pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de suivre ou non cette directive (art. 2.4.3). Néanmoins, même s'il n'a pas le pouvoir de donner l'ordre à BCI de mettre fin à un portefeuille, le conseil du régime de retraite peut résilier l'Accord de gestion moyennant un préavis de 180 jours (art. 8), après quoi, entre autres, la part proportionnelle des placements dans le portefeuille qui lui appartient lui sera restituée (art. 9.1.2.).

[138] De plus, l'opération taxable aux termes de la *LTA* est la conséquence directe de l'obligation contractuelle de BCI visant la prestation de services aux conseils privés des régimes de retraite. Aux termes de l'Accord de gestion, BCI a convenu de fournir certains services de placement et de gestion au conseil

<sup>12</sup> Bien que BCI ait conclu des accords d'investissement et de gestion des fonds avec les conseils des quatre régimes de retraite du secteur public, seul l'accord qu'elle a signé avec le conseil du régime de retraite des enseignants a été versé au dossier. Rien ne permet de penser qu'il existe des différences substantielles entre cet accord et les trois autres. L'avocat du Canada a convenu lors de l'audience qu'il s'agissait d'un accord [TRADUCTION] « typique » (transcription, p. 15).

Agreement states that BCI is acting as the board's agent and is fulfilling the board's responsibilities in providing those services (ss. 2.1 and 2.2). The board also pays BCI in consideration of those services (s. 5.1 and Sch. A, s. 2).

*D. The Pension Boards Would Be the Recipients of BCI's Services Under the ETA but for the Indirect Payment Method They Have Chosen*

[139] The only reason why differing tax consequences may occur here is because the pension boards have agreed to a different form of payment where BCI holds their property in trust. BCI manages two types of funds: Portfolios and segregated funds. It holds the Portfolios in trust but does not hold the segregated funds in trust. For the segregated funds, BCI bills the pension board directly for the costs and expenditures it incurs in providing the services (Funds Agreement, Sch. A, s. 5). However, BCI and the pension board selected a different method of payment for the Portfolios. They agreed that the pension board would pay BCI indirectly by permitting it to recover its costs and expenses from the Portfolios (Funds Agreement, Sch. A, ss. 2-4). Nothing in the *PSPPA* required BCI to select this method of payment for the Portfolios. In fact, s. 24(1) of the *PSPPA* gives it the discretion as to whether to recover its operating costs and capital expenditures by charging the funds it manages or by charging its clients for the services provided.

[140] As a result of these contractual choices by BCI and the pension board, the tax consequences under the *ETA* differ. In the case of the segregated funds, the pension board is the "recipient" because it is liable under the Funds Agreement to pay consideration to BCI for the taxable supply of investment management services (*ETA*, s. 123(1) (definition of "recipient")). Accordingly, the pension board is liable to pay GST (*ETA*, s. 165(1)). In contrast, if it is assumed that the Portfolios are a "trust" for the purposes of the *ETA*, they are considered to be a "person" under the *ETA* and BCI is their trustee.

du régime de retraite des enseignants (art. 1.1.22). L'Accord de gestion précise que BCI agit en qualité de mandataire du conseil et s'acquitte des responsabilités de ce dernier lorsqu'elle fournit ces services (art. 2.1 et 2.2). Le conseil paie par ailleurs BCI en contrepartie de ces services (art. 5.1 et ann. A, art. 2).

*D. Les conseils des régimes de retraite seraient les acquéreurs des services de BCI au sens donné dans la LTA n'eût été le mode de paiement indirect qu'ils ont choisi*

[139] La seule raison pour laquelle il pourrait y avoir des conséquences fiscales différentes en l'espèce est que les conseils des régimes de retraite ont convenu d'utiliser un mode de paiement différent lorsque BCI détient leurs biens en fiducie. BCI gère deux types de fonds : les Portefeuilles et les fonds distincts. Elle détient les Portefeuilles en fiducie, mais pas les fonds distincts. En ce qui concerne ces derniers, BCI facture directement au conseil des régimes de retraite les frais et les dépenses qu'elle engage pour fournir ses services (Accord de gestion, ann. A, art. 5). Toutefois, BCI et le conseil des régimes de retraite ont choisi un mode de paiement différent pour les Portefeuilles. Ils ont convenu que ce dernier paierait BCI indirectement en permettant à celle-ci de recouvrer ses frais et ses dépenses à même les Portefeuilles (Accord de gestion, ann. A, art. 2-4). Rien dans la *PSPPA* n'obligeait BCI à choisir ce mode de paiement pour les Portefeuilles. En fait, le par. 24(1) de la *PSPPA* lui donne le pouvoir discrétionnaire de recouvrer ses frais d'exploitation et ses dépenses en capital en les facturant aux fonds qu'elle gère ou en facturant à ses clients les services fournis.

[140] En raison de ces choix contractuels de BCI et du conseil du régime de retraite, les conséquences fiscales au titre de la *LTA* diffèrent. Dans le cas des fonds distincts, le conseil du régime de retraite est l'« acquéreur » parce qu'il est tenu, aux termes de l'Accord de gestion, de payer à BCI la contrepartie de la fourniture taxable des services de gestion de placements (*LTA*, par. 123(1), définition d'« acquéreur »). En conséquence, le conseil du régime de retraite est tenu de payer la TPS (*LTA*, par. 165(1)). En revanche, en tenant pour acquis qu'ils sont une « fiducie » pour l'application de la *LTA*, les Portefeuilles



The Canada Revenue Agency took the position that the Portfolios themselves are the recipients of the services because BCI as trustee recovers its costs and expenses from the Portfolios, not directly from the pension boards. It is the fact that the Portfolios themselves, rather than the pension boards, are the recipients under the *ETA* that gives rise to immunity under s. 125 according to BCI.

[141] The contractual choices of BCI and the pension boards are the only reason why the recipients of the services BCI supplies under the *ETA* are the Portfolios and not the pension boards. Had BCI and the pension boards agreed that BCI would bill the boards directly for its services instead of taking its payment from the Portfolios, the boards would have been the recipients under the *ETA* and would thus have been liable to pay GST.

### III. Section 125 of the *Constitution Act, 1867*

#### A. *Test for Immunity Under Section 125*

[142] Section 125 of the *Constitution Act, 1867*, provides as follows:

**125.** No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

[143] BCI is a statutory agent of the provincial Crown and thus has the same constitutional immunity from taxation under s. 125 as the provincial Crown (*Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at para. 46). The two requirements for the provincial or federal Crown (or its agent) to make a successful s. 125 claim are well established. First, the impugned charge must constitute “Taxation” within the meaning of ss. 91(3) and 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The taxation powers in those sections are subject to s. 125 (see *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at pp. 1054-55 and 1067 (“*Natural Gas Tax*”). There is no dispute in

sont considérés être une « personne » au sens de la *LTA* et BCI est leur fiduciaire. L’Agence du revenu du Canada a adopté la position selon laquelle les Portefeuilles eux-mêmes sont les acquéreurs des services parce que BCI, à titre de fiduciaire, recouvre ses frais et ses dépenses à même les Portefeuilles, et non directement des conseils des régimes de retraite. L’immunité prévue à l’art. 125 s’applique, selon BCI, parce que ce sont les Portefeuilles eux-mêmes, et non les conseils des régimes de retraite, qui sont les acquéreurs au sens de la *LTA*.

[141] Les choix contractuels de BCI et des conseils des régimes de retraite sont la seule raison pour laquelle les acquéreurs des services fournis par BCI sous le régime de la *LTA* sont les Portefeuilles et non les conseils des régimes de retraite. Si BCI et les conseils des régimes de retraite avaient convenu que BCI facturerait directement ses services à ces derniers plutôt qu’elle se paye à même les Portefeuilles, les conseils auraient été les acquéreurs au sens de la *LTA* et ils auraient donc été tenus de payer la TPS.

### III. L’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

#### A. *Critère pour l’application de l’immunité prévue à l’art. 125*

[142] L’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est ainsi libellé :

**125.** Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation.

[143] BCI est un mandataire légal de la Couronne provinciale et bénéficie donc, en vertu de l’art. 125, de la même immunité fiscale constitutionnelle que celle dont jouit la Couronne provinciale (*Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 46). Les deux exigences que doivent respecter la Couronne provinciale et la Couronne fédérale — ou leurs mandataires — pour obtenir gain de cause dans une demande fondée sur l’art. 125 sont bien établies. Premièrement, le prélèvement contesté doit constituer une « taxation » au sens des par. 91(3) et 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les pouvoirs de taxation prévus par ces dispositions sont assujettis à

this case that the charge Canada seeks to levy on the Portfolios (the GST) constitutes taxation. Therefore, the dispute before the Court concerns the second requirement for a successful s. 125 claim: whether the subject matter of the taxation — the Portfolios — is property “belonging” to the Crown or its agent, in this case BCI. To determine whether this second requirement is met, it is necessary to consider the purposes of s. 125.

#### B. *Purposes of Section 125*

[144] Section 125 exists to protect two constitutional values: federalism and democracy. The primary value served by s. 125 is federalism (*Westbank*, at para. 19). This Court has thus identified one purpose of s. 125 as being “to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property” (*Natural Gas Tax*, at p. 1078). The placement of s. 125 in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, confirms this purpose. Entitled “Revenues; Debts; Assets; Taxation”, Part VIII divides Crown assets between Canada and the provinces. Section 125 protects that division of assets by preventing one level of government from “unilaterally . . . alter[ing] the terms of the division of assets” by taxing lands or property that belong to another level of government (*Natural Gas Tax*, at p. 1066). By providing such protection, s. 125 ensures that each level of government possesses “sufficient operational space to govern without interference” (*Westbank*, at para. 17).

[145] Section 125 also advances the constitutional value of democracy. As the Court explained in *Westbank*, at para. 19, intergovernmental taxation would permit the elected representatives at one level of government to determine how to spend taxes that the elected representatives at another level of government have levied. This would undermine the principle of no taxation without representation that this Court recognized in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at paras. 30-32. By barring

l’art. 125 (voir *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1054-1055 et 1067) (« *Gaz naturel exporté* »)). Nul ne conteste en l’espèce que le prélèvement que le Canada cherche à percevoir sur les Portefeuilles (la TPS) constitue une taxe. Pour cette raison, le différend dont la Cour est saisie porte sur la deuxième exigence à respecter pour qu’une demande fondée sur l’art. 125 soit accordée : les biens assujettis à la taxe — les Portefeuilles — sont des biens « appartenant » à la Couronne ou à son mandataire, en l’espèce BCI. Pour établir si cette seconde exigence est respectée, il faut examiner les objets de l’art. 125.

#### B. *Les objets de l’article 125*

[144] L’article 125 vise à protéger deux valeurs constitutionnelles : le fédéralisme et la démocratie. La principale valeur que soutient l’art. 125 est le fédéralisme (*Westbank*, par. 19). Selon notre Cour, l’art. 125 vise « à empêcher un palier de gouvernement de s’approprier, pour son propre usage, les biens de l’autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens » (*Gaz naturel exporté*, p. 1078). Le fait que l’art. 125 se trouve à la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867* confirme cet objet. Intitulée « Revenus; Dettes; Actifs, Taxe », la partie VIII partage les biens de l’État entre le Canada et les provinces. L’article 125 protège ce partage des biens en empêchant un ordre de gouvernement « d’agir unilatéralement pour modifier [ce] partage » au moyen de la taxation de terres ou de biens appartenant à l’autre ordre de gouvernement (*Gaz naturel exporté*, p. 1066). En assurant une telle protection, l’art. 125 garantit à chaque palier de gouvernement « suffisamment d’espace opérationnel pour gouverner sans intervention externe » (*Westbank*, par. 17).

[145] L’article 125 favorise également la valeur constitutionnelle de la démocratie. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Westbank*, par. 19, la taxation entre gouvernements permettrait aux représentants élus d’un ordre de gouvernement de décider comment devraient être dépensées les taxes prélevées par les représentants élus d’un autre ordre de gouvernement. Cela irait à l’encontre du principe suivant lequel il n’y a pas de taxation sans représentation, que notre Cour a reconnu dans l’arrêt *Succession Eurig*

intergovernmental taxation, s. 125 thus safeguards democracy at each of level of government.

*C. The Interpretation of Section 125 Should Not Overshoot These Purposes*

[146] The courts have been careful not to interpret s. 125 in a way that overshoots these twin purposes. For instance, in *Natural Gas Tax*, at pp. 1054-55, this Court restricted the protection of s. 125 to taxation under s. 91(3) or 92(2) and held that it was not a purpose of s. 125 to protect against proper regulatory action taken by either level of government. Similarly, in *Westbank*, at para. 33, the Court emphasized that the exclusion of regulatory charges from the ambit of s. 125 ensures that s. 125 will provide only the “degree of operational space” to governments that its purposes require. Such judicial caution is entirely appropriate because it is a settled principle of constitutional interpretation that it is important not to overshoot the purpose of a provision. Courts lack the power to “invent new obligations foreign to the original purpose of the provision” (*Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 37, citing *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, at para. 40).

[147] Courts have restricted the application of s. 125 to ensure that it does not overshoot its purposes in two ways that are relevant to this appeal. First, courts have been careful not to extend the protection of s. 125 to private parties. As Davies J. held in *Calgary & Edmonton Land Co. v. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 S.C.R. 170, at p. 180, the purpose of s. 125 immunity is not to shield from taxation the beneficial interests of private parties in property to which the Crown holds legal title. As my colleague explains at para. 71 of her reasons, courts have thus consistently rejected claims in which private parties sought to use the Crown’s s. 125 immunity as a shield to avoid taxation.

(*Re*), [1998] 2 R.C.S. 565, par. 30-32. En interdisant la taxation entre gouvernements, l’art. 125 protège ainsi la démocratie à chaque ordre de gouvernement.

*C. L’interprétation de l’art. 125 ne doit pas aller au-delà de ces objets*

[146] Les tribunaux se sont gardés d’interpréter l’art. 125 d’une façon qui irait au-delà de ce double objet. Par exemple, dans l’arrêt *Gaz naturel exporté*, aux p. 1054-1055, notre Cour a limité la protection de l’art. 125 à la taxation prévue aux par. 91(3) et 92(2) et a conclu que l’art. 125 n’avait pas pour objet d’assurer une protection contre les mesures de réglementation légitimes prises par un ordre de gouvernement. De même, dans l’arrêt *Westbank*, par. 33, la Cour a souligné que l’exclusion des redevances de nature réglementaire du champ d’application de l’art. 125 fait en sorte que cet article confère aux gouvernements seulement l’« espace opérationnel » que les objectifs de cet article exigent. Une telle prudence de la part des tribunaux est tout à fait de mise parce que, selon un principe bien établi d’interprétation constitutionnelle, il est important de ne pas interpréter une disposition d’une façon qui va au-delà de son objet. Les tribunaux n’ont pas le pouvoir d’« inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l’objectif original de la disposition en litige » (*Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 37, citant *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 40).

[147] Les tribunaux ont limité le champ d’application de l’art. 125 pour s’assurer qu’il n’excède pas son objet de deux façons qui nous intéressent en l’espèce. Premièrement, les tribunaux se sont gardés d’étendre la protection de l’art. 125 aux parties privées. Comme l’a déclaré le juge Davies dans l’arrêt *Calgary & Edmonton Land Co. c. Attorney-General of Alberta* (1911), 45 R.C.S. 170, p. 180, l’immunité prévue à l’art. 125 n’a pas pour objet de protéger contre la taxation les intérêts bénéficiaires que possèdent des parties privées sur des biens sur lesquels la Couronne détient le titre de propriété en common law. Comme l’explique ma collègue au par. 71 de ses motifs, les tribunaux ont donc systématiquement rejeté les demandes par lesquelles des parties privées tentaient, pour se soustraire à la taxation, de se prévaloir de l’immunité dont jouit la Couronne en vertu de l’art. 125.

[148] In particular, this Court has made it clear that Parliament can require private purchasers of provincial services to pay GST in respect of those services without running afoul of s. 125. In *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (“*GST Reference*”), Alberta argued that imposing the GST on taxable supplies made by the provinces amounted to taxation of the “fruits” of provincial property. The Court rejected this argument. The GST was payable not by the provinces as the suppliers, but instead by the private parties purchasing provincial services as the recipients: *GST Reference*, at pp. 479-80.

[149] Second, courts have found that s. 125 is not intended to immunize the Crown from contractual consequences or other adverse commercial effects that it may bear as a result of the taxation of a private party. For instance, in *City of Vancouver v. Attorney-General of Canada*, [1944] S.C.R. 23, Vancouver taxed a private legal owner of land leased to Canada based on the value of the land, which included the value of structures Canada had erected as tenant. Canada argued that the effect of the tax would be to leave it on the hook to pay, because the private party would either charge an increased rental fee or require Canada to indemnify it for the taxes. This Court conclusively rejected that argument and held that s. 125 did not protect Canada from such adverse contractual or commercial consequences (at pp. 36-37, per Davies J., p. 56, per Rand J. (Taschereau J. concurring)). Likewise, in *Phillips and Taylor v. City of Sault Ste. Marie*, [1954] S.C.R. 404, at pp. 408-9, the Court rejected the argument that the fact that Canada might be contractually liable to pay a tax levied on an occupant of federal Crown land was sufficient to engage s. 125 immunity. Similarly, this Court held that the GST does not offend s. 125 simply because it renders provincial property less commercially attractive than it would be if the tax did not apply (*GST Reference*, at p. 480).

[148] En particulier, notre Cour a bien précisé que le Parlement peut obliger les acheteurs privés de services provinciaux à payer la TPS sur ces services sans contrevenir à l’art. 125. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (« *Renvoi relatif à la TPS* »), l’Alberta soutenait que l’imposition de la TPS sur les fournitures taxables fabriquées par les provinces équivalait à taxer les « fruits » provenant des biens de la province. La Cour a rejeté cet argument. Ce n’était pas les provinces qui étaient tenues de payer la TPS en tant que fournisseurs, mais plutôt les parties privées qui achetaient des services provinciaux en tant qu’acquéreurs (*Renvoi relatif à la TPS*, p. 479-480).

[149] Deuxièmement, les tribunaux ont conclu que l’art. 125 n’a pas pour objet de mettre l’État à l’abri des conséquences contractuelles ou d’autres effets commerciaux préjudiciables qu’il pourrait subir en raison de la taxation d’une partie privée. Par exemple, dans l’affaire *City of Vancouver c. Attorney-General of Canada*, [1944] R.C.S. 23, la ville de Vancouver avait taxé le propriétaire privé en common law d’un terrain que le Canada lui avait loué en fonction de la valeur du terrain, qui comprenait la valeur des structures que le Canada y avait érigées à titre de locataire. Le Canada a fait valoir que l’imposition de cette taxe aurait pour effet qu’il serait tenu de payer, parce que la partie privée facturerait des frais de location plus élevés ou exigerait que le Canada l’indemnise pour les taxes. La Cour a catégoriquement rejeté cet argument et statué que l’art. 125 ne protégeait pas le Canada contre de telles conséquences contractuelles ou commerciales préjudiciables (p. 36-37, le juge Davies, p. 56, le juge Rand (avec l’accord du juge Taschereau)). De même, dans l’arrêt *Phillips and Taylor c. City of Sault Ste. Marie*, [1954] R.C.S. 404, p. 408-409, la Cour a rejeté l’argument selon lequel le fait que le Canada pourrait être tenu contractuellement de payer une taxe imposée à l’occupant d’une terre appartenant au gouvernement fédéral était suffisant pour que s’applique l’immunité prévue à l’art. 125. De façon similaire, notre Cour a jugé que la TPS ne contrevenait pas à l’art. 125 simplement parce qu’elle rend un bien de la province moins attrayant sur le plan commercial qu’il ne le serait si cette taxe ne s’appliquait pas (*Renvoi relatif à la TPS*, p. 480).

[150] This line of jurisprudence reflects a concern not to overshoot s. 125's purposes by favouring the commercial and contractual interests of the Crown at the expense of those of private parties. The Court recognized this concern in *Natural Gas Tax* by stressing the narrowness of its holding that the proposed federal tax on provincial resource property was unconstitutional. At p. 1081, the Court stated that it was not addressing a situation in which Parliament was taxing the provision of a service by a province or the conduct by a province of business that only incidentally concerned the consumption of a provincial resource property.

[151] Such judicial caution is appropriate. An overbroad definition would overshoot the purpose of protecting the division of assets. It would instead “shift the balance between private and public enterprise in favour of public ownership” by encouraging provinces to create Crown corporations to manage activities previously undertaken by private enterprise (G. Bale, “Reciprocal Tax Immunity in a Federation — Section 125 of the Constitution Act, 1867 and the Proposed Federal Tax on Exported Natural Gas” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 652, at p. 678). I take no position on whether such a shift is desirable from a public policy standpoint. That is for Parliament and the provincial legislatures to decide. My point is that it forms no part of s. 125's purposes to effect or incentivize such a shift.

#### IV. Section 125 Does Not Apply to Immunize BCI's Services From GST

##### A. *In Substance, the Portfolios Belong to the Private Pension Boards*

[152] The real issue is whether, in the circumstances of this case, the property “belong[s] to” the Crown and is thus immune under s. 125. I hold that the property does not belong to the Crown as s. 125 requires. Section 125 does not immunize property that private parties have placed with the Crown to hold in trust for their sole benefit from a tax on

[150] Cette jurisprudence témoigne du souci des tribunaux de ne pas aller au-delà des objets de l'art. 125 en favorisant les intérêts commerciaux et contractuels de l'État au détriment de ceux des parties privées. La Cour a reconnu cette préoccupation dans l'arrêt *Gaz naturel exporté* en soulignant la portée étroite de sa déclaration d'inconstitutionnalité de la taxe fédérale proposée sur les ressources provinciales. À la p. 1081, la Cour a précisé qu'il n'était pas question dans cette affaire d'une situation où le Parlement taxait la prestation d'un service fourni par une province ou l'exploitation par une province d'une entreprise liée seulement de façon accessoire à la consommation d'une ressource provinciale.

[151] Une telle prudence judiciaire s'impose. Une définition trop large irait au-delà de l'objectif de protection du partage des biens, et aurait plutôt pour effet de [TRADUCTION] « modifier l'équilibre entre l'entreprise privée et l'entreprise publique en faveur de la propriété publique » en encourageant les provinces à créer des sociétés d'État pour gérer des activités jusqu'alors exercées par l'entreprise privée (G. Bale, « Reciprocal Tax Immunity in a Federation — Section 125 of the Constitution Act, 1867 and the Proposed Federal Tax on Exported Natural Gas » (1983), 61 *R. du B. can.* 652, p. 678). Je ne me prononce pas sur la question de savoir si un tel changement est souhaitable du point de vue de l'ordre public. C'est au Parlement et aux législatures provinciales d'en décider. Ce que je tiens à dire, c'est qu'on ne peut invoquer les objets de l'art. 125 pour réaliser ou encourager un tel changement.

#### IV. L'article 125 n'exempte pas de la TPS les services offerts par BCI

##### A. *Pour l'essentiel, les Portefeuilles appartiennent aux conseils privés des régimes de retraite*

[152] La véritable question est celle de savoir si, eu égard aux circonstances de l'espèce, les biens « appart[iennent] » à l'État et bénéficient de ce fait de l'immunité prévue à l'art. 125. Je conclus que les biens n'appartiennent pas à l'État comme l'exige l'art. 125. Cette disposition n'exempte pas les biens que des parties privées ont confiés à l'État pour qu'il



services that they have contracted to receive from the Crown in respect of that property. In these circumstances, the property in substance belongs not to the Crown but to the private parties, and the Crown's legal title as trustee does not trigger the immunity.

[153] I agree with my colleague that legal ownership is clearly a property interest and that nothing limits the word “Property” in s. 125 to beneficial interests in property. However, this is only part of the puzzle. The phrase “belonging to Canada or any Province” in s. 125 must also be given meaning.

[154] It is appropriate in construing the scope of s. 125 immunity, as this Court held in *Natural Gas Tax* at p. 1078, to prevent such “subtle nuances of form” as the pension boards and BCI employed in this case from reshaping the substance of the immunity. It is true, as my colleague notes, that the Court in *Natural Gas Tax* made this comment in the context of interpreting s. 125 broadly, not narrowly. The Court interpreted s. 125 broadly in that case so that its purpose of protecting against unilateral alterations to the division of assets in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, would be achieved. However, as I have explained, the courts have also been cautious not to overshoot the purposes of s. 125 in construing the limits of the immunity it provides. There is no reason why the same principle of substance over form should not apply to prevent s. 125 from overshooting its purposes.

[155] Indeed, this Court did apply the principle of substance over form to prevent s. 125 from overshooting its purposes in *Phillips and Taylor*. In that case, employees of the federal Crown were required to use federal Crown land as their residence in order to better perform their duties but had no legal interest

les détiennent en fiducie à leur seul profit d'une taxe sur les services qu'elles se sont engagées par contrat à recevoir de l'État relativement aux biens en question. Dans ces conditions, les biens pour l'essentiel n'appartiennent pas à l'État mais bien aux parties privées, et le titre en common law que détient l'État en tant que fiduciaire ne donne pas lieu à l'immunité fiscale.

[153] Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que la propriété en common law est sans conteste un intérêt de propriété et que rien à l'art. 125 ne limite le mot « propriété » aux intérêts bénéficiaires dans un bien. Cependant, il ne s'agit que d'une pièce du casse-tête. Il faut également donner un sens à l'expression « appartenant au Canada ou à aucune province en particulier » que l'on trouve à l'art. 125.

[154] Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Gaz naturel exporté* à la p. 1078, il convient, lorsqu'on interprète la portée de l'immunité prévue à l'art. 125, d'empêcher que des « nuances subtiles en ce qui concerne la forme » comme celles que les conseils des régimes de retraite et BCI ont utilisées en l'espèce ne viennent changer la véritable nature de cette immunité. Il est vrai, comme le fait observer ma collègue, que dans l'arrêt *Gaz naturel exporté*, la Cour a tenu pareils propos alors qu'elle donnait une interprétation large — et non étroite — à l'art. 125. Dans cet arrêt, la Cour a interprété l'art. 125 de façon large pour donner effet à son objectif d'empêcher les modifications unilatérales au partage des biens prévu à la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, les tribunaux se sont également gardés d'aller au-delà des objets de l'art. 125 en interprétant les limites de l'immunité prévue par cet article. Il n'y a pas de raison pour laquelle le même principe voulant que le fond l'emporte sur la forme ne devrait pas s'appliquer pour empêcher que l'art. 125 ait une portée qui va au-delà de ses objets.

[155] De fait, dans l'arrêt *Phillips and Taylor*, notre Cour a appliqué le principe suivant lequel le fond l'emporte sur la forme pour éviter que l'art. 125 aille au-delà de ses objets. Dans cette affaire, des employés de la Couronne fédérale devaient utiliser des biens-fonds appartenant à la Couronne fédérale

in the land. A provincial tax statute contained a provision allowing a municipality to assess occupants of Crown land in respect of that land regardless of their legal relationship with the federal Crown concerning that land. The Court held that the tax did not offend s. 125. While in form the tenants had no legal interest in the land and the Crown held both legal and beneficial title, in substance they occupied the Crown land and thus could be assessed for taxes without offending s. 125 (*Phillips and Taylor*, at pp. 407-8).

[156] I would apply this same principle of substance over form to interpret the phrase “belonging to Canada or any Province” in s. 125. I am of the view that s. 125 does not immunize property that private parties have placed with the Crown to hold in trust for their sole benefit from a tax on services that they have contracted to receive from the Crown in respect of that property. In form, the Crown does have a legal interest in the property, but in substance, the property belongs not to the Crown but to the private parties. This Court’s own jurisprudence on beneficial ownership makes this clear. As this Court has stated, “[t]he beneficial owner of property has been described as ‘the real owner of property even though it is in someone else’s name’” (*Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, at para. 4, quoting *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (Ont. H.C.J.), at p. 570). Likewise, in *Valard Construction*, at para. 16, this Court found that the very essence of a trust is that the trustee must hold property “for the benefit” of another such that the “real benefit of the property accrues, not to the trustee, but to the beneficiaries or other objects of the trust”. The trustee may not hold the property for its own enjoyment, but only for that of the beneficiary (*Valard Construction*, at para. 17).

comme résidence afin de mieux s’acquitter de leurs fonctions, sans détenir d’intérêt en common law dans ces biens-fonds. Une loi fiscale provinciale comportait une disposition qui permettait à la municipalité d’assujettir à une taxe foncière les occupants de bien-fonds appartenant à la Couronne, indépendamment de la nature de leur relation juridique avec la Couronne fédérale concernant ce bien-fonds. La Cour a jugé que la taxe ne contrevenait pas à l’art. 125. Même si, sur le plan de la forme, les locataires n’avaient aucun intérêt en common law dans les biens-fonds et que la Couronne détenait à la fois le titre de propriété en common law et le titre bénéficiaire, sur le plan du fond, c’étaient eux qui occupaient les biens-fonds de la Couronne et pouvaient donc être assujettis à la taxe sans qu’il y ait atteinte à l’art. 125 (*Phillips and Taylor*, p. 407-408).

[156] J’appliquerais le même principe suivant lequel le fond l’emporte sur la forme pour interpréter l’expression « appartenant au Canada ou à aucune province en particulier » que l’on trouve à l’art. 125. J’estime que l’art. 125 n’exempte pas les biens que les parties privées ont confiés à l’État pour qu’il les détienne en fiducie à leur seul profit de la taxe sur les services qu’elles se sont engagées par contrat à recevoir de l’État relativement aux biens en question. Sur le plan de la forme, l’État a un intérêt en common law sur les biens, mais en ce qui a trait au fond, les biens n’appartiennent pas à l’État mais aux parties privées. Cela ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour sur la propriété bénéficiaire. Comme l’a déclaré notre Cour : « [l]e propriétaire bénéficiaire d’un bien est [TRADUCTION] “le véritable propriétaire du bien même si ce dernier n’est pas à son nom” » (*Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, par. 4, citant le jugement *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (H.C.J. Ont.), p. 570). Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Valard Construction*, par. 16, notre Cour a jugé que la définition même de la fiducie suppose que le fiduciaire détient un bien « au profit » d’une autre personne « de façon à ce que ce bien profite concrètement non pas [au fiduciaire] mais aux bénéficiaires ou à la réalisation des fins de la fiducie ». Le fiduciaire détient les biens en fiducie uniquement pour que le bénéficiaire puisse en jouir (*Valard Construction*, par. 17).

[157] Moreover, this obligation to hold property solely for the benefit of a private beneficiary runs counter to the very concept of public ownership under Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, that s. 125 aims to protect. In *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 18, G. V. La Forest defined public ownership in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, as referring in part to the ability of a province to “administer and control for the provincial . . . benefit property vested in the Queen”. As should be evident, as trustee BCI is expressly precluded from administering and controlling the Portfolios for its own benefit or for the benefit of its principal, British Columbia. Instead, it is required by law to administer and control them for the benefit of the private parties that have entrusted their money to it to manage as trustee.

B. *Extending the Immunity Would Overshoot Section 125’s Purposes*

[158] The interpretation of s. 125’s ambit that I have adopted properly avoids overshooting the purposes of that provision because it does not extend immunity to private parties’ interests. On my colleague’s interpretation, the private pension boards can always immunize themselves from paying GST on the services they contracted to receive from BCI. All they have to do is ask BCI to hold their funds in trust instead of in a segregated account and then authorize BCI to take its payment from the funds instead of billing the boards directly. The private parties derive all the real benefit from the immunity, not BCI, since the Portfolios subject to the tax do not belong to BCI but are merely held in trust. In form, the property is owned by BCI, but in substance, it belongs to the private parties. And as the Funds Agreement makes clear, in substance the private parties are using the property to pay BCI for the investment management services it provides them.

[157] De plus, cette obligation de détenir les biens au seul profit d’un bénéficiaire privé va à l’encontre du concept même des biens publics que l’on trouve à la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que l’art. 125 vise à protéger. Dans son ouvrage *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 18, le professeur G. V. La Forest définit les biens publics dont il est question à la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme renvoyant en partie au pouvoir d’une province [TRADUCTION] « de gestion et de maîtrise au nom de la province [. . .] à l’égard des biens dont la propriété est dévolue à la Couronne ». Il va de soi qu’il est expressément interdit à BCI, en tant que fiduciaire, d’exercer son pouvoir de gestion et de maîtrise des Portefeuilles pour son propre profit ou pour celui de son commettant, la Colombie-Britannique. La loi l’oblige plutôt à exercer son pouvoir de gestion et de maîtrise au profit des parties privées qui lui ont confié leur argent pour qu’elle le gère en sa qualité de fiduciaire.

B. *L’élargissement de l’immunité irait au-delà des objets de l’art. 125*

[158] L’interprétation de la portée de l’art. 125 que j’ai adoptée évite comme il se doit d’aller au-delà des objets de cet article, parce qu’elle ne permet pas l’application de l’immunité aux intérêts de parties privées. Selon l’interprétation de ma collègue, les conseils privés des régimes de retraite peuvent toujours se soustraire au paiement de la TPS exigée sur les services qu’ils se sont engagés par contrat à recevoir de BCI. Ils n’ont qu’à demander à BCI de détenir leurs fonds en fiducie plutôt que dans un compte distinct, et ensuite à autoriser BCI à se payer à même les fonds au lieu de facturer directement les conseils des régimes de retraite. Ce sont les parties privées, et non BCI, qui profitent véritablement de cette immunité, étant donné que les Portefeuilles assujettis à la taxe n’appartiennent pas à BCI, mais sont simplement détenus en fiducie. Sur le plan de la forme, les biens sont la propriété de BCI, mais sur le plan du fond, ils appartiennent aux parties privées. Et comme l’Accord de gestion l’indique clairement, sur le plan du fond, les parties privées se servent des biens afin de payer BCI pour les services de gestion de placements qu’elle leur fournit.

[159] Likewise, my interpretation avoids overshooting s. 125's purposes because it does not rely on adverse contractual consequences for the Crown to extend the immunity. As noted previously, a tax does not offend s. 125 simply because it will result in adverse contractual consequences for the Crown. This principle applies with full force here. The Province's obligations in the event of a pension shortfall are contractual in nature. The joint trust agreements require the Province as employer to share the cost of making up shortfalls equally with the Plan Members (Public Service Pension Plan Joint Trust Agreement, s. 10.3(b)). The Province has no statutory obligation to fill an unfunded liability. Instead, s. 25.1(1) of the *PSPPA* merely provides the Minister of Finance with the discretion to do so. At paras. 83-84 of her reasons, my colleague relies on the remote prospect that taxing the trust property would create a shortfall for which the Province would be liable to fill to justify applying immunity. However, the jurisprudence indicates that it is improper to rely on this contractual consequence to do so.

[160] Furthermore, my interpretation avoids overshooting s. 125's purposes because it does not render the Crown's assets more commercially attractive by making them a tax haven for private parties. As I have explained, the Funds Agreement makes it clear that the pension boards are paying BCI for the services it provides them and have simply selected the recovery of moneys from the Portfolios as the mechanism of payment. The effect of this payment mechanism is to give BCI a commercial advantage over private investment managers because investors that place their money with it to hold in trust do not have to pay GST on the investment management services they receive as long as payment is made from the trust funds. What is in substance a tax on the private recipients of provincial services does not engage s. 125, even if the effect of such taxation is to remove a commercial advantage that provincial property would otherwise enjoy (*GST Reference*, at p. 480).

[159] En outre, cette interprétation évite que l'art. 125 excède ses objets parce qu'elle ne repose pas sur les conséquences contractuelles préjudiciables qu'entraînerait pour l'État l'élargissement de l'immunité. Comme je l'ai déjà signalé, une taxe ne contrevient pas à l'art. 125 simplement parce qu'elle aura des conséquences contractuelles préjudiciables pour l'État. Ce principe s'applique ici intégralement. Les obligations de la province en cas de déficit du fonds de pension sont de nature contractuelle. Les accords d'administration en fiducie conjointe exigent que la province, à titre d'employeur, partage également les frais nécessaires pour combler les déficits avec les participants au régime (accord d'administration en fiducie conjointe du régime de retraite de la fonction publique, al. 10.3b)). La province n'a aucune obligation légale de combler un déficit actuariel; le par. 25.1(1) de la *PSPPA* confère plutôt simplement au ministre des Finances le pouvoir discrétionnaire de le faire. Aux par. 83-84 de ses motifs, ma collègue s'appuie sur la faible possibilité que la taxation des biens en fiducie puisse créer un déficit que la province serait tenue de combler pour justifier l'application de l'immunité. Toutefois, il ressort de la jurisprudence qu'il ne convient pas de prendre appui sur une telle conséquence contractuelle pour le faire.

[160] De plus, cette interprétation évite que l'art. 125 aille au-delà de ses objets parce qu'elle ne rend pas les biens de la Couronne plus attrayants sur le plan commercial en faisant d'eux un paradis fiscal pour les parties privées. Comme je l'ai déjà expliqué, l'Accord de gestion indique clairement que les conseils des régimes de retraite paient BCI pour les services fournis et qu'ils ont simplement choisi le recouvrement de sommes à même les Portefeuilles comme mode de paiement. Celui-ci a pour effet de conférer à BCI un avantage commercial par rapport aux gestionnaires de placements privés, car les investisseurs qui confient leur argent à BCI pour qu'elle les détienne en fiducie n'ont pas à payer la TPS sur les services de gestion de placements qu'ils reçoivent, à condition que le paiement se fasse à même les fonds en fiducie. Ce qui constitue dans les faits une taxe imposée aux acquéreurs privés de services provinciaux ne fait pas entrer en jeu l'art. 125, même si cette taxe a pour effet de supprimer un avantage commercial dont jouiraient autrement ces biens provinciaux (*Renvoi relatif à la TPS*, p. 480).

C. *Extending the Immunity Would Not Advance Section 125's Purposes*

[161] Not only would extending the immunity overshoot s. 125's purposes, but it would also do nothing to advance those purposes. This case is far removed from s. 125's objective of preventing one level of government from appropriating the property of the other, or the fruits of that property, to its own use. That objective is rooted in the need to preserve the division of Crown assets between the federal and provincial governments effected by Part VIII of the *Constitution Act, 1867*. Yet here, the Portfolio funds were not originally provincial property. They were private property owned by private pension boards. BCI did not purchase this property but merely agreed to manage it as the agent of the boards. While the boards permitted BCI to assume legal title, they retained a full beneficial interest, and they agreed to pay BCI for the services it provided them in respect of the property.

[162] Taxing the trust funds for BCI's services does not undermine the government objectives underlying the Portfolios' existence. I agree with my colleague's conclusion that the B.C. Legislature created BCI to pursue various public objectives. However, the relevant legislative objective in relation to the investment management services that BCI provides is much narrower. That objective is to require BCI to recover the costs of the services it performs for clients (*PSPPA*, ss. 20(2)(d), 24(1)). As my colleague accepts at para. 16 of her reasons, the *PSPPA* gives BCI a discretion as to how to do so. In addition to recovering its costs from the Portfolios themselves (*PSPPA*, s. 24(1)(a)), BCI can bill its clients directly for the services it provides (*PSPPA*, s. 24(1)(b)). If BCI bills its clients directly, as it does for the segregated funds, the clients are liable to pay GST.

C. *L'élargissement de l'immunité ne favoriserait pas la réalisation des objets de l'art. 125*

[161] Non seulement l'élargissement de l'immunité irait au-delà des objets de l'art. 125, mais il ne favoriserait nullement leur réalisation. La présente affaire n'a pas grand-chose à voir avec l'objectif de l'art. 125 d'empêcher un ordre de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens d'un autre ordre de gouvernement, ou les fruits de ces biens. Cet objectif trouve sa source dans la nécessité de protéger le partage des biens de la Couronne entre les gouvernements fédéral et provinciaux, qui est prévu à la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pourtant, en l'espèce, les fonds détenus dans les Portefeuilles n'appartenaient pas à l'origine à la province. Il s'agissait de biens privés appartenant à des conseils privés de régime de retraite. BCI n'a pas acheté ces biens, mais a simplement accepté de les gérer en qualité de mandataire des conseils. Bien qu'ils aient autorisé BCI à assumer le titre en common law, les conseils des régimes de retraite en ont conservé l'intérêt bénéficiaire intégral et ils ont accepté de payer BCI pour les services fournis relativement à ces biens.

[162] La taxation des fonds détenus en fiducie pour les services fournis par BCI ne contrevient pas non plus aux objectifs gouvernementaux qui sous-tendent l'existence des Portefeuilles. Je souscris à la conclusion de ma collègue suivant laquelle la législature de la Colombie-Britannique a créé BCI en vue de la réalisation de divers objectifs publics. Toutefois, l'objectif législatif qui nous intéresse en ce qui concerne les services de gestion de placements fournis par BCI est beaucoup plus restreint. Cet objectif consiste à exiger de BCI qu'elle recouvre les coûts des services qu'elle fournit à ses clients (*PSPPA*, al. 20(2)d) et par. 24(1)). Comme ma collègue le reconnaît au par. 16 de ses motifs, la *PSPPA* confère à BCI le pouvoir discrétionnaire concernant la façon de le faire. En plus de recouvrer ses coûts à même les Portefeuilles (*PSPPA*, al. 24(1) a)), BCI peut facturer directement à ses clients les services fournis (*PSPPA*, al. 24(1)b)). Si BCI facture les services directement à ses clients, comme elle le fait pour les fonds distincts, ceux-ci sont alors tenus de payer la TPS.



[163] Accordingly, holding that the immunity does not apply in the circumstances of this case would not undermine the B.C. Legislature’s decision to allow BCI to hold the Portfolio assets in trust, as my colleague suggests at para. 84 of her reasons. Instead, it would merely impose appropriate tax consequences on a mode of payment for services chosen by BCI and its private clients. Nothing in the *PSPPA* or trust law requires the mode of payment that is said to give rise to s. 125 immunity. As noted previously, the *PSPPA* makes direct payment from the trust funds only one of multiple possible payment options available and also permits BCI to bill its clients directly for services rendered. As for trust law, a trust instrument may expressly provide for the remuneration of a trustee (*Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (9th ed. 2019), by A. H. Oosterhoff, R. Chambers and M. McInnes, at p. 975). It is settled law that the parties to a trust instrument may agree that a trustee’s remuneration is payable directly by a person who assumes personal liability for it, instead of from the trust funds (*Lewin on Trusts* (19th ed. 2015), by L. Tucker, N. Le Poidevin and J. Brightwell, at para. 20-249).

[164] This undercuts the assertion that providing immunity is necessary to protect the Province’s “operational space” to govern. The B.C. Legislature contemplated that BCI would recover its costs from its clients, either directly or by charging the Portfolios it operates for their benefit. The Legislature is presumed to know the prevailing case law (*R. v. Penunsi*, 2019 SCC 39, [2019] 3 S.C.R. 91, at para. 59). Accordingly, as the enactment of the *PSPPA* postdated this Court’s decision in the *GST Reference*, the Legislature must be taken to have understood that clients would pay GST on services they received from BCI if BCI charged them directly. The Legislature’s decision to still provide for this direct charge option in s. 24(1)(b) of the *PSPPA* indicates that it did not see the liability of private parties to pay GST on the investment management services they receive from BCI as undermining the Province’s operational space to govern. Direct charges to BCI’s clients are also wholly compatible with the trust structure that

[163] En conséquence, le fait de conclure que l’immunité ne s’applique pas en l’espèce n’irait pas à l’encontre de la décision du législateur de la Colombie-Britannique de permettre à BCI de détenir les actifs des Portefeuilles en fiducie, comme le suggère ma collègue au par. 84 de ses motifs. Cette conclusion ne ferait qu’entraîner les conséquences fiscales qui s’imposent sur le mode de paiement des services que BCI et ses clients privés ont choisi. Rien dans la *PSPPA* ou dans le droit des fiducies n’exige le recours au mode de paiement qui est censé donner lieu à l’immunité prévue à l’art. 125. Comme je l’ai déjà fait observer, la *PSPPA* ne fait du paiement direct à même les fonds en fiducie qu’une des nombreuses options de paiement possibles, et permet également à BCI de facturer directement à ses clients les services rendus. Pour ce qui est du droit des fiducies, un acte de fiducie peut prévoir expressément la rémunération d’un fiduciaire (*Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (9<sup>e</sup> éd. 2019), A. H. Oosterhoff, R. Chambers et M. McInnes, p. 975). Il est de jurisprudence constante que les parties à un acte de fiducie peuvent convenir que la rémunération d’un fiduciaire sera payable directement par une personne qui en assume la responsabilité personnelle, plutôt que sur les fonds détenus en fiducie (*Lewin on Trusts* (19<sup>e</sup> éd. 2015), L. Tucker, N. Le Poidevin et J. Brightwell, par. 20-249).

[164] Ces éléments viennent également affaiblir l’argument selon lequel l’immunité est nécessaire pour protéger « l’espace opérationnel » dont la province a besoin pour gouverner. Le législateur de la Colombie-Britannique a envisagé la possibilité que BCI recouvre ses frais auprès de ses clients, soit directement, soit en les facturant aux Portefeuilles qu’elle gère à leur profit. Le législateur est présumé connaître l’ensemble du droit pertinent (*R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 59). En conséquence, comme l’adoption de la *PSPPA* est postérieure à l’arrêt rendu par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la TPS*, il faut supposer que le législateur de la Colombie-Britannique avait compris que les clients paieraient la TPS sur les services reçus de BCI si celle-ci les leur facturait directement. Le choix du législateur de prévoir quand même cette possibilité de facturation directe à l’al. 24(1)(b) de la *PSPPA* indique qu’il n’a pas considéré que l’obligation des parties privées de payer la TPS sur les

the B.C. Legislature authorized BCI to use for the Portfolio assets. Moreover, I do not accept BCI's argument that requiring the Portfolios to pay GST would put them at risk. BCI and the pension boards remain free to ensure that the GST is not paid from the trust funds by agreeing that the boards will pay BCI directly for its services, an option that is both provided for by the Legislature and used by BCI and the boards for the segregated funds.

[165] I would also note that BCI plays a less active role in relation to the management of the funds entrusted to it by the pension boards than my colleague suggests. At para. 83 of her reasons, my colleague stresses the “active role” that BCI plays as trustee largely by making reference to the *Regulation*. Yet considering the *Regulation* in isolation from the Funds Agreement yields only a partial picture. The Funds Agreement in fact restricts the “active role” of BCI to which my colleague refers by stipulating that BCI provides investment management services as the agent of the teachers’ pension board and exercises that board’s delegated authority (ss. 2.1 and 2.2). The Funds Agreement does contemplate BCI taking direction from the board regarding investment decisions, as evidenced by the provision exempting BCI from liability if it complies with an express direction of the board concerning investment decisions (ss. 2.4.3 and 12.1.1) Similarly, BCI is obligated to convey the trust property to the teachers’ pension board upon demand (ss. 8.2 and 9.1.2). I agree with my colleague that BCI is not a bare trustee because the Funds Agreement does grant it discretionary authority to make specified independent investment decisions (*Trident Holdings Ltd. v. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 O.R. (2d) 65 (C.A.), at p. 75). Nonetheless, the agency relationship, the taking of instructions from the pension board, and the obligation to convey the property to the pension board on demand are all elements consistent with a bare trust relationship and show that BCI’s “active role”

services de gestion de placements qu’ils reçoivent de BCI nuirait à l’espace opérationnel dont la province a besoin pour gouverner. La facturation directe de BCI à ses clients est également entièrement compatible avec la structure fiduciaire que le législateur de la Colombie-Britannique a permis à BCI d’utiliser pour les actifs du Portefeuille. De plus, je n’accepte pas l’argument de BCI selon lequel le fait d’exiger que les Portefeuilles paient la TPS les exposerait à un risque. BCI et les conseils des régimes de retraite sont libres de s’assurer que la TPS n’est pas payée à même les fonds en fiducie en convenant que les conseils des régimes de retraite paieront directement BCI pour ses services, une option prévue par le législateur et utilisée par BCI et les conseils de régimes de retraite pour les fonds distincts.

[165] Je tiens par ailleurs à souligner que BCI joue un rôle moins actif que ce que laisse entendre ma collègue en ce qui concerne la gestion des fonds qui lui sont confiés par les conseils des régimes de retraite. Au paragraphe 83 de ses motifs, ma collègue souligne le « rôle actif » que joue BCI à titre de fiduciaire en citant principalement le *Règlement*. Cependant, si l’on examine le *Règlement* en faisant abstraction de l’Accord de gestion, on n’obtient qu’une image partielle de la réalité. L’Accord de gestion limite en fait le « rôle actif » de BCI dont parle ma collègue en prévoyant que BCI fournit des services de gestion de placements à titre de mandataire du conseil du régime de retraite des enseignants et qu’elle exerce les pouvoirs que lui délègue ce conseil (art. 2.1 et 2.2). L’Accord de gestion prévoit effectivement que BCI reçoit des directives du conseil concernant les décisions de placements, comme en fait foi la disposition exonérant BCI de toute responsabilité si elle se conforme aux directives expresses qu’elle reçoit du conseil relativement aux décisions de placement (art. 2.4.3 et 12.1.1) Dans le même ordre d’idées, BCI est tenue de remettre les biens qu’elle détient en fiducie au conseil du régime de retraite des enseignants sur demande de celui-ci (art. 8.2 et 9.1.2). Je suis d’accord avec ma collègue pour dire que BCI n’est pas un simple fiduciaire parce que l’Accord de gestion lui confère le pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions de placement indépendantes précises (*Trident Holdings Ltd. c. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 O.R. (2d) 65 (C.A.),

is significantly restricted (see *De Mond v. The Queen* (1999), 99 D.T.C. 893 (T.C.C.), at paras. 35-37).

[166] Finally, applying immunity does not advance the constitutional value of democracy because this case is not about the federal Parliament deciding how taxes levied by the B.C. Legislature should be spent. The B.C. Legislature has already decided how it should spend its tax revenues. It authorized the payment of tax funds to private pension boards in order to meet B.C.'s contractual obligations to compensate provincial employees. Once B.C. paid those funds to the private pension boards, they ceased to be public funds and became subject to the contractual terms of the joint trust agreements. The services at issue are thus provided by BCI to private parties that agreed to pay for those services. All Canada is trying to do is ensure that those private parties pay GST on those services. Deeming the trust to be the recipient of those services is not an attempt to deprive BCI of property that belongs to it. Instead, it is simply a way to prevent private parties from using the trust formality to avoid paying GST on the management services they both pay for and receive in respect of funds held for their benefit. Indeed, Canada concedes that any funds that British Columbia itself has invested from the Consolidated Revenue Fund with BCI, are held by BCI for the benefit of the Province (A.F., at para. 77).

D. *The Jurisprudence Does Not Compel the Result My Colleague Reaches*

[167] I further disagree with my colleague that the jurisprudence compels the outcome she reaches. In

p. 75). Toutefois, le rôle de mandataire, les directives données par le conseil du régime de retraite et l'obligation de remettre les biens au conseil du régime de retraite sur demande sont tous des éléments compatibles avec un rôle de simple fiduciaire et démontrent que le « rôle actif » que joue BCI est considérablement limité (voir *De Mond c. La Reine*, 1999 CanLII 466 (C.C.I.), par. 35-37).

[166] Enfin, l'élargissement de l'immunité ne favorise pas la valeur constitutionnelle de la démocratie parce que la présente affaire ne porte pas sur une décision qu'aurait prise le législateur fédéral concernant la façon dont les taxes prélevées par la législature de la Colombie-Britannique devraient être dépensées. Le législateur de cette province a déjà décidé comment il entendait dépenser ses recettes fiscales. Il a autorisé le versement des recettes fiscales aux conseils privés des régimes de retraite pour que la Colombie-Britannique respecte ses obligations contractuelles en matière de rémunération de ses employés provinciaux. Une fois que la Colombie-Britannique a versé ces sommes aux conseils des régimes de retraite privés, elles ne sont plus des fonds publics; elles deviennent dès lors assujetties aux modalités contractuelles des accords d'administration en fiducie conjointe. Les services en cause sont donc fournis par BCI aux parties privées qui ont accepté de payer pour ces services. Le Canada tente simplement de s'assurer que ces parties privées paient la TPS sur ces services. Le fait que la fiducie soit réputée être l'acquéreur des services en question n'est pas une tentative de priver BCI de biens qui lui appartiennent. Il s'agit plutôt simplement d'un moyen d'empêcher les parties privées de recourir aux formalités de la fiducie pour éviter de payer la TPS sur les services de gestion qu'ils paient et reçoivent à l'égard des fonds détenus à leur profit. Le Canada admet d'ailleurs que les fonds provenant du Trésor que la Colombie-Britannique a elle-même investis auprès de BCI sont détenus par celle-ci au profit de la province (m.a., par. 77).

D. *La jurisprudence ne commande pas le résultat auquel arrive ma collègue*

[167] Je ne suis pas non plus d'accord avec ma collègue pour dire que la jurisprudence commande le

fact, the issue of whether s. 125 applies where the Crown has legal title but no beneficial interest did not arise in any of the cases to which she refers. Nor did any of those cases involve a private party successfully structuring its contractual relationship with a government body so as to avoid tax by invoking the immunity created by s. 125.

[168] My colleague relies heavily on *Calgary & Edmonton Land Co.* and *Smith v. Rural Municipality of Vermilion Hills* (1914), 49 S.C.R. 563, aff'd (1916), 30 D.L.R. 83 (P.C.), to support the proposition that the taxation of any Crown interest in property triggers the application of s. 125. However, in neither of those cases did the taxing statute purport to tax the Crown's legal interest in land. Instead, because the taxing statute did not expressly bind the federal Crown, the courts applied the longstanding interpretive presumption that the provincial legislature did not intend to tax the federal Crown's interests in property or land (*Calgary & Edmonton Land Co.*, at pp. 180, 184-85 and 192; *Smith* (SCC), at pp. 564-65). Accordingly, it was not necessary for the Court to decide whether s. 125 would immunize property from taxation in circumstances where a private party had placed that property with the Crown to hold in trust for its sole benefit. The statement by Davies J. at p. 179 of *Calgary & Edmonton Land Co.* that any interest of the Crown in property is immune under s. 125 was thus *obiter*.

[169] Moreover, *Quirt v. The Queen* (1891), 19 S.C.R. 510, does not stand for the proposition that the Crown's legal ownership as trustee is sufficient to give rise to s. 125 immunity even when the Crown lacks a beneficial interest. In that case, as my colleague acknowledges, not only was the Crown the trustee of the insolvent bank's assets, but it also had a substantial beneficial interest in the bank's assets as its largest creditor. Moreover, s. 125 was not even at issue in *Quirt*. This Court decided the case on

résultat auquel elle arrive. En réalité, la question de savoir si l'art. 125 s'applique lorsque l'État détient un titre en common law mais aucun intérêt bénéficiaire n'a jamais été soulevé dans l'une ou l'autre des affaires citées par ma collègue. Aucune de ces affaires ne concernait non plus une partie privée qui aurait réussi à structurer ses relations contractuelles avec un organisme gouvernemental de manière à pouvoir se soustraire à la taxe en invoquant l'immunité de l'art. 125.

[168] Ma collègue attache une grande importance aux arrêts *Calgary & Edmonton Land Co.* et *Smith c. Rural Municipality of Vermilion Hills* (1914), 49 R.C.S. 563, conf. par (1916), 30 D.L.R. 83 (C.P.), à l'appui de la proposition voulant que la taxation de tout intérêt de la Couronne dans un bien donne lieu à l'application de l'art. 125. Toutefois, dans aucune des deux affaires qu'elle cite, la loi fiscale ne visait à taxer l'intérêt en common law détenu par la Couronne sur un bien-fonds. En fait, comme la loi fiscale ne liait pas expressément la Couronne fédérale, les tribunaux ont plutôt appliqué la présomption d'interprétation établie depuis longtemps selon laquelle le législateur provincial n'a pas l'intention de taxer les intérêts de la Couronne fédérale dans des biens ou des terres (*Calgary & Edmonton Land Co.*, p. 180, 184-185 et 192; *Smith* (CSC), p. 564-565). En conséquence, la Cour n'avait pas à décider si l'art. 125 exempterait les biens de la taxe dans le cas où une partie privée a confié ses biens à la Couronne pour qu'elle les détienne en fiducie à son seul profit. La déclaration du juge Davies à la p. 179 de l'arrêt *Calgary & Edmonton Land Co.* suivant laquelle tout intérêt de la Couronne dans un bien est exempté de la taxe en vertu de l'art. 25 n'était donc qu'une remarque incidente.

[169] De plus, l'arrêt *Quirt c. The Queen* (1891), 19 R.C.S. 510, ne permet pas d'affirmer que le titre de propriété en common law que possède la Couronne en qualité de fiduciaire est suffisant pour donner lieu à l'immunité prévue à l'art. 125, même lorsque la Couronne ne possède pas d'intérêt bénéficiaire. Comme le reconnaît ma collègue, dans cette affaire, la Couronne était non seulement fiduciaire de l'actif de la banque insolvable, mais elle possédait également un intérêt bénéficiaire important dans l'actif de la banque

the basis that the federal Crown was exempt from taxation because the Ontario taxing statute explicitly exempted property vested in the Crown (*Quirt*, at p. 514, per Ritchie C.J., p. 518, per Strong J., p. 525, per Patterson J. (Strong and Taschereau JJ. concurring)). So too did the Ontario courts. The Divisional Court explicitly held that it was unnecessary to consider whether Ontario had the constitutional power to tax federal property because of the express exemption in the taxing statute (*Regina v. County of Wellington* (1889), 17 O.R. 615 (Div. Ct.), at p. 619). As for the Court of Appeal, the passage of Osler J.A.'s reasons relied on by my colleague in fact addresses the statutory exemption in the Ontario taxing statute, not the constitutional immunity in s. 125 (*Regina v. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421, at p. 444).

## V. Conclusion

[170] For these reasons, I would allow the appeal on the immunity issue. The beneficial interest in the Portfolios rests with the unit holders. The private pension boards — which comprise a very significant portion of the unit holders — are not the provincial Crown or agents thereof. Section 125 does not immunize the property they have placed with BCI to hold in trust from GST liability for the services they receive from BCI in respect of that property.

[171] I agree with my colleague's disposition on the issues relating to jurisdiction and the Agreements.

en tant que créancière la plus importante. De plus, l'art. 125 n'était même pas en jeu dans l'arrêt *Quirt*. La Cour a tranché cette affaire en partant du principe que la Couronne fédérale était exonérée de la taxe parce que la loi fiscale ontarienne exemptait expressément les biens dévolus à la Couronne (*Quirt*, p. 514, le juge en chef Ritchie, p. 518, le juge Strong, p. 525, le juge Patterson (avec l'appui des juges Strong et Taschereau)). Les tribunaux de l'Ontario ont fait de même. La Cour divisionnaire a expressément déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si l'Ontario avait le pouvoir constitutionnel de taxer les biens fédéraux en raison de l'exemption expresse prévue par la loi fiscale (*Regina c. County of Wellington* (1889), 17 O.R. 615 (Cour div.), p. 619). Quant à la Cour d'appel de l'Ontario, l'extrait des motifs du juge Osler cité par ma collègue porte en fait sur l'exemption prévue par la loi fiscale ontarienne et non sur l'immunité constitutionnelle de l'art. 125 (*Regina c. County of Wellington* (1890), 17 O.A.R. 421, p. 444).

## V. Conclusion

[170] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la question de l'immunité. Les détenteurs d'unités sont titulaires de l'intérêt bénéficiaire dans les Portefeuilles. Les conseils privés des régimes de retraite — qui comprennent une très grande partie des détenteurs d'unités — ne peuvent être assimilés à la Couronne provinciale et ils n'en sont pas les mandataires. L'article 125 n'exempte pas les biens que les conseils des régimes de retraite ont confiés à BCI pour qu'elle les détienne en fiducie de la TPS pour les services qu'ils reçoivent de BCI relativement à ces biens.

[171] Je suis d'accord avec la façon dont ma collègue tranche les questions relatives à la compétence et aux Accords.



**APPENDIX***Public Sector Pension Plans Act, S.B.C. 1999, c. 44***British Columbia Investment Management Corporation established**

16 (1) A corporation, to be known as the British Columbia Investment Management Corporation, is established and incorporated as a trust company authorized to carry on trust business and investment management services as provided in this Part.

...

(5) The investment management corporation is an agent of the government.

(6) The investment management corporation, as an agent of the government, is not liable for taxation except as the government is liable for taxation.

**Capital of the investment management corporation**

17 (1) The capital of the investment management corporation is one share with a par value of \$10.

(2) The share in the investment management corporation must be issued to and registered in the name of the Minister of Finance and must be held by that minister on behalf of the government.

**Powers, functions and duties of the investment management corporation**

18 ...

(2) The purpose of the investment management corporation is to provide funds management services, including the making of investments and loans, for funds placed with the investment management corporation.

...

**ANNEXE***Public Sector Pension Plans Act, S.B.C. 1999, c. 44*

[TRADUCTION]

**Constitution de la British Columbia Investment Management Corporation**

16 (1) La société British Columbia Investment Management Corporation est créée et constituée en société de fiducie autorisée à exercer des activités fiduciaires ainsi qu'à offrir des services de gestion de placements en conformité avec la présente partie.

...

(5) La société de gestion de placements est un mandataire du gouvernement.

(6) À titre de mandataire du gouvernement, la société de gestion de placements n'est assujettie à la taxation que dans la mesure où l'est le gouvernement.

**Capital de la société de gestion de placements**

17 (1) Le capital de la société de gestion de placements est constitué d'une action ayant une valeur nominale de 10 \$.

(2) L'action doit être émise et inscrite au nom du ministre des Finances, qui la détient pour le compte du gouvernement.

**Pouvoirs, fonctions et devoirs de la société de gestion de placements**

18 ...

(2) La société de gestion de placements a pour objet de fournir des services de gestion financière, notamment de faire des placements et de consentir des prêts à l'égard des fonds qui lui sont confiés.

...

- (4) In addition to the powers, functions and duties of the investment management corporation as provided in this Part, the investment management corporation has the same powers, functions and duties in the provision of funds management services for funds placed with it under subsection (3) as the Minister of Finance would have if the funds had been placed with that minister under Part 5 of the *Financial Administration Act* as it read on April 1, 1999.

#### **Continuation of investment portfolios**

- 18.1** (1) Each portfolio established under B.C. Reg. 84/86, the Pooled Investment Portfolios Regulation, is continued under this Act.
- (2) Each participating fund allocated units of a portfolio immediately before January 1, 2000 must continue to be allocated those units of the portfolio with the investment management corporation holding those units as agent for the participating fund.
- (3) All assets held under or in a portfolio by the Minister of Finance or the chief investment officer under the *Financial Administration Act* immediately before January 1, 2000 must continue to be held under or in the portfolio, in trust, by the investment management corporation.

#### **Powers, functions and duties of the investment management board**

**20** . . .

- (2) The investment management board must, through the investment management corporation and to the extent possible under the budget approved for the investment management corporation, do all of the following:

. . .

- (d) have in place an equitable fee system based on the user pay principle;

. . .

- (4) En plus des pouvoirs, fonctions et devoirs que lui attribue la présente partie, la société de gestion de placements dispose des mêmes pouvoirs, fonctions et devoirs dans le cadre de la prestation des services de gestion à l'égard des fonds qui lui sont confiés au titre du paragraphe (3), que ceux dont disposerait le ministre des Finances si les fonds lui avaient été confiés en vertu de la partie 5 de la *Financial Administration Act*, dans sa version du 1<sup>er</sup> avril 1999.

#### **Maintien des Portefeuilles**

- 18.1** (1) Les Portefeuilles créés en vertu du B.C. Reg. 84/86, le *Pooled Investment Portfolios Regulation*, sont maintenus en vertu de la présente loi.
- (2) Les unités d'un Portefeuille attribuées à un fonds participant immédiatement avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 demeurent attribuées à ce fonds et sont désormais détenues par la société de gestion de placements en qualité de mandataire du fonds.
- (3) Les éléments d'actif détenus dans un Portefeuille par le ministre des Finances ou par le directeur des placements en vertu de la *Financial Administration Act* immédiatement avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 demeurent ainsi détenus, en fiducie, par la société de gestion de placements.

#### **Pouvoirs, fonctions et devoirs du conseil de gestion des investissements**

**20** . . .

- (2) Le conseil de gestion des investissements est tenu, par l'entremise de la société de gestion des investissements et, dans la mesure du possible, dans les limites du budget approuvé à l'égard de celle-ci :

. . .

- d) d'avoir en place un système de cotisation équitable fondé sur le principe de l'utilisateur-payeur;

. . .

### **Operating costs and capital expenditures of the investment management corporation**

- 24** (1) The investment management corporation must recover its operating costs and capital expenditures from one or more of the following:
- (a) amounts charged to the funds for operating costs and capital expenditures necessarily incurred by the investment management corporation on behalf of the funds it manages;
  - (b) amounts charged to persons, organizations and other clients for services provided by the investment management corporation;
  - (c) income accruing from investments made by the investment management corporation on its own behalf.

### **Appropriation for unfunded pension plan liability**

- 25.1** (1) If an actuarial valuation discloses that a pension plan has an unfunded liability, the Minister of Finance may, in accordance with generally accepted accounting principles, allocate an expense to the consolidated revenue fund to amortize the portion of the unfunded liability that is attributable to the government.

*Pooled Investment Portfolios Regulation, B.C. Reg. 447/99*

### **Establishment of pooled investment portfolios**

- 2** The investment management corporation may establish one or more portfolios.

### **Continuation of pooled investment portfolios**

- 3** Each portfolio established under B.C. Reg. 84/86 is continued under this regulation.

### **Frais d'exploitation et dépenses en capital de la société de gestion de placements**

- 24** (1) La société de gestion de placements doit recouvrer ses frais d'exploitation et ses dépenses en capital de l'une ou plusieurs des sources suivantes :
- a) les sommes imputées aux fonds au titre des frais d'exploitation et des dépenses en capital que la société de gestion de placements a nécessairement engagés pour le compte des fonds qu'elle gère;
  - b) les sommes imputées aux personnes, organisations et autres clients au titre des services que la société de gestion de placements a fournis;
  - c) les revenus des placements que la société de gestion de placements a réalisés pour son propre compte.

### **Affectation pour déficit actuariel du régime de retraite**

- 25.1** (1) Si une évaluation actuarielle révèle qu'un régime de retraite a un déficit actuariel, le ministre des Finances peut, conformément aux principes comptables généralement reconnus, imputer une dépense au Trésor afin d'amortir la part du déficit actuariel qui est attribuable au gouvernement.

*Pooled Investment Portfolios Regulation, B.C. Reg. 447/99*

[TRADUCTION]

### **Création de portefeuilles de fonds communs de placement**

- 2** La société de gestion de placements peut créer un ou plusieurs portefeuilles.

### **Maintien des portefeuilles de fonds communs de placement**

- 3** Les portefeuilles créés en vertu du B.C. Reg. 84/86 sont maintenus en vertu du présent règlement.

**Management of pooled investment portfolios**

- 4 (1) All the assets of a portfolio are held in trust by the investment management corporation.
- (2) Subject to the Act, the chief investment officer is responsible for investing money of a portfolio in categories of investment the chief investment officer considers desirable and for managing and controlling the portfolio.
- (3) The investments of a portfolio must be identified separately from other property of the investment management corporation, with each investment recorded to show clearly the portfolio to which the investment belongs.
- (4) Ownership in any asset in a portfolio must not be attributed to a participating fund.

**Units of participation**

- 5 (1) A portfolio must be divided into units of participation, that on any given day are of equal value, and the proportionate interest to be attributed to each participating fund must be expressed by the number of units allocated to it.
- (2) The value of each full unit in a portfolio is
  - (a) on establishment of the portfolio, \$1 million, and
  - (b) on any subsequent date, the value determined by the chief investment officer.
- (3) On establishment of a portfolio, the appropriate number of units must be allocated to each participating fund proportionate to its investment in the portfolio.
- (4) Subject to section 10 (4.1), the cost of a unit in a portfolio is the value of the units on the date of purchase.

**Gestion des portefeuilles de fonds communs de placements**

- 4 (1) Tous les éléments d'actif des portefeuilles sont détenus en fiducie par la société de gestion de placements.
- (2) Sous réserve de la Loi, le directeur des placements est chargé d'investir les sommes détenues dans les portefeuilles dans les catégories de placement qu'il estime indiquées ainsi que de la gestion et de la surveillance des portefeuilles.
- (3) Les investissements détenus dans les portefeuilles doivent être identifiés séparément des autres biens de la société de gestion de placements et chaque investissement doit être enregistré de façon à indiquer clairement le portefeuille dans lequel il est détenu.
- (4) La propriété d'un élément d'actif détenu dans les portefeuilles ne peut être conférée à un fonds participant.

**Unités de participation**

- 5 (1) Les portefeuilles sont divisés en unités de participation qui sont en tout temps de valeur égale, la quote-part de chaque fonds participant étant exprimée selon le nombre d'unités qui lui sont attribuées.
- (2) La valeur de chaque unité entière dans un portefeuille est la suivante :
  - a) à la création du portefeuille, un million de dollars;
  - b) par la suite, la valeur déterminée par le directeur des placements.
- (3) Au moment de la création d'un portefeuille, le nombre approprié d'unités est attribué à chaque fonds participant en proportion de son investissement dans le portefeuille.
- (4) Sous réserve du paragraphe 10 (4.1), le coût d'une unité dans un portefeuille correspond à la valeur des unités à la date de l'achat.

(5) A participating fund may hold a fraction of a unit calculated to 9 decimal places.

(5) Un fonds participant peut détenir une fraction d'unité, calculée à la 9<sup>e</sup> décimale près.

#### **Investment of income and other proceeds**

#### **Placement des revenus et autres produits**

**11** Subject to section 10, the chief investment officer may

**11** Sous réserve de l'article 10, le directeur des placements peut

(a) distribute any net income, net capital gains or other proceeds received by a portfolio to each participating fund in proportion to its participation in the portfolio, or

a) distribuer tout revenu net, gain en capital net ou autre produit qu'il a reçu d'un portefeuille à chaque fonds participant en proportion de sa participation dans le portefeuille;

(b) invest any net income, net capital gains or other proceeds received by a portfolio in that portfolio.

b) investir tout revenu net, gain en capital net ou autre produit qu'il a reçu d'un portefeuille dans ce portefeuille.

#### **Termination of a pooled investment portfolio**

#### **Cessation d'un portefeuille de fonds communs de placement**

**14** The chief investment officer may terminate a portfolio and distribute to the unit holders the net proceeds realized.

**14** Le directeur des placements peut mettre fin à un portefeuille et distribuer aux détenteurs d'unités le produit net réalisé.

*Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15*

*Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15*

### **PART IX**

### **PARTIE IX**

#### **Goods and Services Tax**

#### **Taxe sur les produits et services**

#### **Application**

#### **Sa Majesté**

**122** This Part is binding

**122** La présente partie lie :

(a) on Her Majesty in right of Canada; and

a) Sa Majesté du chef du Canada;

(b) on Her Majesty in right of a province in respect of obligations as a supplier to collect and to remit tax in respect of taxable supplies made by Her Majesty in right of the province.

b) Sa Majesté du chef d'une province en ce qui concerne une obligation à titre de fournisseur de percevoir et de verser la taxe relative aux fournitures taxables qu'elle effectue.

#### **Definitions**

#### **Définitions**

**123 (1)** In section 121, this Part and Schedules V to X,

**123 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à l'article 121, à la présente partie et aux annexes V à X.

...

...



**person** means an individual, a partnership, a corporation, the estate of a deceased individual, a trust, or a body that is a society, union, club, association, commission or other organization of any kind; (*personne*)

...

**recipient** of a supply of property or a service means

(a) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,

(b) where paragraph (a) does not apply and consideration is payable for the supply, the person who is liable to pay that consideration, and

(c) where no consideration is payable for the supply,

(i) in the case of a supply of property by way of sale, the person to whom the property is delivered or made available,

(ii) in the case of a supply of property otherwise than by way of sale, the person to whom possession or use of the property is given or made available, and

(iii) in the case of a supply of a service, the person to whom the service is rendered,

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply; (*acquéreur*)

...

**taxable supply** means a supply that is made in the course of a commercial activity; (*fourniture taxable*)

...

### Imposition of goods and services tax

**165 (1)** Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

### *acquéreur*

a) Personne qui est tenue, aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;

b) personne qui est tenue, autrement qu'aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;

c) si nulle contrepartie n'est payable pour une fourniture :

(i) personne à qui un bien, fourni par vente, est livré ou à la disposition de qui le bien est mis,

(ii) personne à qui la possession ou l'utilisation d'un bien, fourni autrement que par vente, est transférée ou à la disposition de qui le bien est mis,

(iii) personne à qui un service est rendu.

Par ailleurs, la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture. (*recipient*)

...

**fourniture taxable** Fourniture effectuée dans le cadre d'une activité commerciale. (*taxable supply*)

**personne** Particulier, société de personnes, personne morale, fiducie ou succession, ainsi que l'organisme qui est un syndicat, un club, une association, une commission ou autre organisation; ces notions sont visées dans des formulations générales impersonnelles ou comportant des pronoms ou adjectifs indéfinis. (*person*)

...

### Taux de la taxe sur les produits et services

**165 (1)** Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

### Tax in participating province

(2) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in a participating province shall pay to Her Majesty in right of Canada, in addition to the tax imposed by subsection (1), tax in respect of the supply calculated at the tax rate for that province on the value of the consideration for the supply.

### Collection of tax

**221 (1)** Every person who makes a taxable supply shall, as agent of Her Majesty in right of Canada, collect the tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply.

### Calculation of net tax

**228 (1)** Every person who is required to file a return under this Division shall, in the return, calculate the net tax of the person for the reporting period for which the return is required to be filed, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period.

### Remittance

(2) Where the net tax for a reporting period of a person is a positive amount, the person shall, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period, remit that amount to the Receiver General,

(a) where the person is an individual to whom subparagraph 238(1)(a)(ii) applies in respect of the reporting period, on or before April 30 of the year following the end of the reporting period; and

(b) in any other case, on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.

### [267.1]

### Activities of a trustee

(5) For the purposes of this Part, where a person acts as trustee of a trust,

(a) anything done by the person in the person's capacity as trustee of the trust is deemed to have been done by the trust and not by the person; and

### Taux de la taxe dans les provinces participantes

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée dans une province participante est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada, outre la taxe imposée par le paragraphe (1), une taxe calculée au taux de taxe applicable à la province sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

### Perception

**221 (1)** La personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II.

### Calcul de la taxe nette

**228 (1)** La personne tenue de produire une déclaration en application de la présente section doit y calculer sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée, sauf si les paragraphes (2.1) ou (2.3) s'appliquent à la période de déclaration.

### Versement

(2) La personne est tenue de verser au receveur général le montant positif de sa taxe nette pour une période de déclaration dans le délai suivant, sauf les paragraphes (2.1) ou (2.3) s'appliquent à la période de déclaration :

a) si elle est un particulier auquel le sous-alinéa 238(1)a(ii) s'applique pour la période, au plus tard le 30 avril de l'année suivant la fin de la période;

b) dans les autres cas, au plus tard le jour où la déclaration visant la période est à produire.

### [267.1]

### Activités du fiduciaire

(5) Les présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre de la présente partie lorsqu'une personne agit à titre de fiduciaire d'une fiducie :

a) tout acte qu'elle accomplit à ce titre est réputé accompli par la fiducie et non par elle;

(b) notwithstanding paragraph (a), where the person is not an officer of the trust, the person is deemed to supply a service to the trust of acting as a trustee of the trust and any amount to which the person is entitled for acting in that capacity that is included in computing, for the purposes of the *Income Tax Act*, the person's income or, where the person is an individual, the person's income from a business, is deemed to be consideration for that supply.

*Reciprocal Taxation Agreement (Canada — British Columbia)*

Definitions

1. In this agreement:

...

“Federal Act” means the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15;

...

“Value-Added Tax” means any tax imposed or levied under Part IX of the Federal Act.

Application

3. This agreement is binding on Canada, the Province and their respective agents.

Constitutional immunity

4. It is understood that neither Canada nor the Province is deemed, by reason of having entered into this agreement, to have surrendered or abandoned any of its powers, rights, privileges or authorities under the Constitution of Canada, or to have impaired any such powers, rights, privileges or authorities.

Agreement by the Province

6. The Province agrees:

...

b) malgré l'alinéa a), si elle n'est pas un cadre de la fiducie, elle est réputée fournir à celle-ci un service de fiduciaire et tout montant auquel elle a droit à ce titre et qui est inclus, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul de son revenu ou, si elle est un particulier, dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise est réputé être un montant au titre de la contrepartie de cette fourniture.

*Reciprocal Taxation Agreement : Canada — British Columbia*

[TRANSLATION]

Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent accord.

...

« Loi fédérale » La *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15;

...

« taxe à la valeur ajoutée » Toute taxe imposée ou perçue sous le régime de la Partie IX de la Loi fédérale.

Application

3. Le présent accord lie le Canada et la province et leurs mandataires respectifs.

Immunité constitutionnelle

4. Il est entendu que ni le Canada ni la province n'est réputé, pour avoir conclu le présent accord, avoir cédé ou abandonné à l'autre les pouvoirs, droits, privilèges ou attributions qui lui sont conférés par la Constitution du Canada, ou être lésé dans l'un ou l'autre de ces pouvoirs, droits, privilèges ou attributions.

Engagement pris par la province

6. La province s'engage :

...

(d) to pay, subject to clauses 6(e) and 7(1) the Value-Added Tax in accordance with the Federal Act;

d) à payer, sous réserve de l'alinéa 6e) et du paragraphe 7(1), la taxe à la valeur ajoutée conformément à la Loi fédérale;

#### Settlement of disputes under agreement

9. (1) If the parties fail to agree on the interpretation or application of this agreement, a party can refer the matter in dispute to Board established in accordance with subclause (2).

...

(9) This clause does not apply where a difference arises between the parties as to any matter related to the administration or enforcement of any Act that imposes a tax that a party has agreed to pay.

#### Règlement des litiges

9. (1) Si les parties ne peuvent s'entendre sur l'interprétation ou l'application du présent accord, l'une ou l'autre peut porter le litige devant le conseil constitué conformément au paragraphe (2).

...

(9) Le présent article ne s'applique pas en cas de litige entre les parties relatif à toute question liée à l'application d'une loi imposant une taxe ou un droit qu'une des parties s'est engagée à payer.

#### Duration

15. (1) This agreement shall end on December 31, 2015, except if either party terminates the agreement earlier by giving six months notice in writing to the other party.

(2) No rights or obligations which may have accrued to either party during the term of this agreement are affected if this agreement ceases to have effect.

#### Durée

15. (1) Le présent accord demeure en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015, sauf si l'une des parties le révoque par préavis écrit de six mois donné à l'autre partie.

(2) La révocation du présent accord n'a aucune incidence sur les droits acquis et les obligations contractées par l'une ou l'autre des parties pendant la durée de l'application du présent accord.

*Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement Between the Government of Canada and the Government of British Columbia*

*Comprehensive Integrated Tax Coordination Agreement Between the Government of Canada and the Government of British Columbia*

[TRADUCTION]

### **Part I**

#### **Interpretation**

1. In this Agreement,

...

“harmonized sales taxes” means the CVAT and the PVAT in respect of each participating province;

...

### **Partie I**

#### **Interprétation**

1. La définition qui suit s'applique à l'accord :

...

« taxes de vente harmonisées » La TVAC et la TVAP relative à chaque province participante.

...

**Part XIV****Dispute Resolution**

38. Best efforts will be exercised by federal and provincial officials to reach consensus in respect of issues arising in respect of matters governed by this Agreement.

39. Subject to clause 40, issues not resolved by federal and provincial officials will be referred to the Minister of Finance (Canada) and the Ministers of Finance of the relevant participating provinces.

40. If the issue relates to the administration of the harmonized sales taxes contemplated by clause 29, the issue will be referred to the Minister of National Revenue, the Minister of Finance (British Columbia) and, if applicable, to the appropriate Minister of relevant participating provinces, with notice of same to the Minister of Finance (Canada). If the issue relates to the collection of the harmonized sales taxes contemplated by clause 30, the issue will be referred to the Minister of Public Safety, the Minister of Finance (British Columbia) and, if applicable, to the appropriate Minister of relevant participating provinces, with notice of same to the Minister of Finance (Canada) and the Minister of National Revenue.

41. If an unresolved issue has been referred to the Ministers described in clauses 39 or 40, those Ministers may refer the issue to a third party for consideration and advice.

**Part XV****Term, Amendment and Termination**

42. The terms and conditions of this Agreement will continue in full force and effect, in accordance with and subject to the provisions of this Part, until the date that is specified by a Party in a written notice that is delivered to the other Party setting out the Party's desire to terminate this Agreement.

...

**Part XVI****Government Purchases**

51. Canada and the Province agree to pay the harmonized sales taxes in respect of supplies acquired by their respective governments or by agents and entities thereof.

**Partie XIV****Règlement des différends**

38. Les fonctionnaires fédéraux et provinciaux s'efforcent d'en venir à un consensus au sujet des problèmes touchant des questions régies par l'accord.

39. Sous réserve de l'article 40, les questions non réglées par les fonctionnaires fédéraux et provinciaux sont soumises au ministre des Finances (Canada) et aux ministres des Finances des provinces participantes intéressées.

40. Toute question qui a trait à l'administration des taxes de vente harmonisées prévue à l'article 29 est soumise au ministre du Revenu national, au ministre des Finances (Colombie-Britannique) et, s'il y a lieu, au ministre compétent des provinces participantes intéressées, et un avis en ce sens est adressé au ministre des Finances (Canada). Toute question qui a trait à la perception des taxes de vente harmonisées prévue à l'article 30 est soumise au ministre de la Sécurité publique, au ministre des Finances (Colombie-Britannique) et, s'il y a lieu, au ministre compétent des provinces participantes intéressées, et un avis en ce sens est adressé au ministre des Finances (Canada) et au ministre du Revenu national.

41. Les ministres mentionnés aux articles 39 ou 40 peuvent demander à un tiers d'examiner une question qui leur a été soumise et de les conseiller à cet égard.

**Partie XV****Durée, modification et résiliation**

42. Les modalités de l'accord demeurent en vigueur, conformément aux dispositions de la présente partie et sous réserve de ces dispositions, jusqu'à la date précisée par l'une des parties dans un avis écrit envoyé à l'autre, faisant état de son désir de mettre fin à l'accord.

...

**Partie XVI****Achats de l'État**

51. Le Canada et la Province conviennent de payer les taxes de vente harmonisées relativement aux fournitures effectuées par leurs gouvernements respectifs ou par les mandataires et entités de ceux-ci.



**Part XIX****Miscellaneous**

65. By entering into this Agreement, neither Party is deemed to surrender or abandon any of the powers, rights, privileges or authorities vested in either of them under the Constitution Acts, 1867-1982 (or under any amendments to those acts) or otherwise, or to impair any of such powers, rights, privileges or authorities.

*Appeal and cross-appeal dismissed without costs, WAGNER C.J. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal the British Columbia Investment Management Corporation: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent/respondent on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

**Partie XIX****Divers**

65. En concluant l'accord, ni l'une ni l'autre des parties n'est réputée avoir cédé ou abandonné les pouvoirs, droits, privilèges ou attributions qui lui sont conférés par les Lois constitutionnelles de 1867 à 1982 (et leurs modifications) ou autrement, ou être lésée dans l'un ou l'autre de ces pouvoirs, droits, privilèges ou attributions.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés sans dépens, le juge en chef WAGNER est dissident en partie.*

*Procureur de l'appelant/intimé à l'appel incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée/appelante à l'appel incident la British Columbia Investment Management Corporation : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée/intimée à l'appel incident Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Alexandre Collin** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. COLLIN**

**2019 SCC 64**

File No.: 38681.

2019: December 13.

Present: Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Dangerous driving causing bodily harm — Causation — Accused acquitted of dangerous driving causing bodily harm but convicted of included offence of dangerous driving — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction for dangerous driving causing bodily harm — Court of Appeal finding that trial judge erred in law by analyzing causation based on erroneous legal standard and that error had material bearing on acquittal — Conviction for dangerous driving causing bodily harm affirmed.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bélanger, Vaclair and Mainville JJ.A.), 2019 QCCA 887, 442 D.L.R. (4th) 3, [2019] AZ-51598010, [2019] Q.J. No. 4127 (QL), 2019 CarswellQue 12131 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused for dangerous driving causing bodily harm and entering a conviction. Appeal dismissed.

*Karl-Emmanuel Harrison and Rita Magloé Francis*, for the appellant.

*Éric Bernier and Ariane Lacasse*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — We are of the view that the trial judge made an error of law as regards the

**Alexandre Collin** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. COLLIN**

**2019 CSC 64**

N° du greffe : 38681.

2019 : 13 décembre.

Présents : Les juges Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Conduite dangereuse causant des lésions corporelles — Lien de causalité — Accusé acquitté de conduite dangereuse causant des lésions corporelles, mais déclaré coupable de l'infraction incluse de conduite dangereuse — Acquiescement écarté par la Cour d'appel et verdict de culpabilité pour conduite dangereuse causant des lésions corporelles inscrit — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge de première instance a commis une erreur de droit en analysant le lien de causalité selon le mauvais critère juridique, erreur qui a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement — Déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse causant des lésions corporelles confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bélanger, Vaclair et Mainville), 2019 QCCA 887, [2019] AZ-51598010, [2019] J.Q. n° 4127 (QL), 2019 CarswellQue 4307 (WL Can.), qui a écarté l'acquiescement de l'accusé pour conduite dangereuse causant des lésions corporelles et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*Karl-Emmanuel Harrison et Rita Magloé Francis*, pour l'appelant.

*Éric Bernier et Ariane Lacasse*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Nous sommes d'avis que le juge de première instance a commis une erreur

applicable test in his analysis of causation. We are also satisfied that the findings of fact made by the judge show that the accused's dangerous driving significantly contributed to the bodily harm suffered by the victim. We agree with the Court of Appeal that a conviction must be entered on the count of dangerous driving causing bodily harm. The appeal is therefore dismissed and the judgment of the Quebec Court of Appeal is affirmed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Karl-Emmanuel Harrison, Longueuil.*

*Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Saint-Jérôme.*

de droit quant au test applicable dans son analyse du lien de causalité. Nous sommes également convaincus que les conclusions factuelles retenues par le juge démontrent que la conduite dangereuse de l'accusé a contribué de façon appréciable aux lésions corporelles qu'a subies la victime. Comme la Cour d'appel, nous sommes d'avis qu'il faut inscrire une déclaration de culpabilité pour le chef de conduite dangereuse causant des lésions corporelles. L'appel est donc rejeté et l'arrêt de la Cour d'appel du Québec est confirmé.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant : Karl-Emmanuel Harrison, Longueuil.*

*Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Saint-Jérôme.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca