



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2020 Vol. 3

2^e cahier, 2020 Vol. 3

Cited as [2020] 3 S.C.R. 247-497

Renvoi [2020] 3 R.C.S. 247-497

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

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI
ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
EMILY K. MOREAU
CRAIG MRACEK
IDA SMITH

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH
ANTHONY DELISLE
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
ANNE-MARIE GAULIN

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjointes administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ
KATHIA SÉGUIN

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.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2020

3^e volume, 2020

CONTENTS

Owners, Strata Plan LMS 3905 v. Crystal Square Parking Corp. 247

Contracts — Post-incorporation contracts — Formation — Strata corporations — Air space parcel agreement providing for payment obligations in relation to parking rights entered into and registered on title by developer prior to incorporation of strata corporation — Dispute later arising between strata corporation and owner of parking facility — Whether strata corporation bound by air space parcel agreement — Strata Property Act, S.B.C. 1998, c. 43.

Desjardins Financial Services Firm Inc. v. Asselin 298

Civil procedure — Class action — Authorization to institute class action — Conditions for authorizing action — Motion for authorization to institute class action in contractual liability for breach of duty to inform and in extracontractual liability for breach of duties of competence and management against financial institutions with respect to term savings investments — Superior Court dismissing motion — Court of Appeal setting aside judgment and authorizing class action — Whether Court of Appeal was justified in intervening in Superior Court's decision — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 1003.

R. v. Reilly 424

Criminal law — Charge to jury — Vetrovec warning — Curative proviso — Crown calling former co-accused as witness at trial — Witness giving testimony exculpatory of accused — Trial judge giving jury Vetrovec warning to caution them about relying on witness's evidence — Jury convicting accused of second degree murder and unlawful possession of firearm — Majority of Court of Appeal concluding that trial judge erred in giving Vetrovec warning but that error was harmless in its effect and curative proviso applied — Dissenting judge finding it inappropriate to apply curative proviso — Convictions quashed and new trial ordered.

SOMMAIRE

Owners, Strata Plan LMS 3905 c. Crystal Square Parking Corp. 247

Contrats — Contrats postérieurs à la constitution d'une entité — Formation — Associations condominiales — Convention relative aux parcelles aériennes prévoyant des obligations de payer des droits de stationnement conclue et enregistrée sur le titre par le promoteur avant la constitution de l'association condominiale — Différend survenant ultérieurement entre l'association condominiale et le propriétaire du stationnement — L'association condominiale est-elle assujettie à la convention relative aux parcelles aériennes? — Strata Property Act, S.B.C. 1998, c. 43.

Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin 298

Procédure civile — Recours collectif — Autorisation d'exercer un recours collectif — Conditions d'autorisation du recours — Requête pour l'autorisation d'exercer un recours collectif en responsabilité contractuelle pour manquement au devoir d'information et extracontractuelle pour manquement aux devoirs de compétence et de gestion contre des institutions financières relativement à des placements d'épargne à terme — Refus de la requête par la Cour supérieure — Jugement infirmé par la Cour d'appel et recours collectif autorisé — L'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision de la Cour supérieure était-elle justifiée? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 1003.

R. c. Reilly 424

Droit criminel — Exposé au jury — Mise en garde de type Vetrovec — Disposition réparatrice — Couronne faisant témoigner au procès un ancien coaccusé — Déposition du témoin disculpant l'accusé — Mise en garde de type Vetrovec donnée par le juge du procès aux jurés pour les inciter à la prudence à l'égard de la déposition du témoin — Accusé déclaré coupable par le jury de meurtre au deuxième degré et de possession illégale d'une arme à feu — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel concluant que le juge du procès a commis une erreur en donnant une mise en garde de type Vetrovec, mais que cette erreur était inoffensive et sans incidence et que la disposition réparatrice s'appliquait — Conclusion du juge dissident portant qu'il ne convenait pas d'appliquer la disposition réparatrice — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné.

CONTENTS (Concluded)

**Quebec (Attorney General) v.
9147-0732 Québec inc. 426**
Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Scope and purpose of guarantee — Whether s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protects corporations from cruel and unusual treatment or punishment.

SOMMAIRE (Fin)

**Québec (Procureure générale) c.
9147-0732 Québec inc. 426**
Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Champ d'application et objet de la garantie — L'article 12 de la Charte canadienne des droits et libertés protège-t-il les personnes morales contre les traitements ou peines cruels et inusités?

Owners, Strata Plan LMS 3905 *Appellant*

v.

Crystal Square Parking Corporation
Respondent

and

**C.H.O.A. Condominium Home Owners’
Association of B.C. and
Urban Development Institute – Pacific
Region** *Intervenors*

**INDEXED AS: OWNERS, STRATA PLAN LMS 3905
v. CRYSTAL SQUARE PARKING CORP.**

2020 SCC 29

File No.: 38741.

2020: June 9; 2020: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Contracts — Post-incorporation contracts —
Formation — Strata corporations — Air space parcel
agreement providing for payment obligations in relation
to parking rights entered into and registered on title by
developer prior to incorporation of strata corporation —
Dispute later arising between strata corporation and
owner of parking facility — Whether strata corporation
bound by air space parcel agreement — Strata Property
Act, S.B.C. 1998, c. 43.*

The Crystal development is a large multi-use development with various air space parcels, including an office tower and parking facility. In 1999, the developer and the City of Burnaby entered into an agreement (“ASP Agreement”), which provided for mutual easements for support, service connections, vehicular access and other uses to and on the Crystal’s various air space parcels. In particular, s. 7.5 of the ASP Agreement obliged the owner of the parking facility to provide the owners of the other air space parcels with parking and vehicular access rights

Owners, Strata Plan LMS 3905 *Appelante*

c.

Crystal Square Parking Corporation *Intimée*

et

**C.H.O.A. Condominium Home Owners’
Association of B.C. et
Urban Development Institute – Pacific
Region** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : OWNERS, STRATA PLAN LMS
3905 c. CRYSTAL SQUARE PARKING CORP.**

2020 CSC 29

N° du greffe : 38741.

2020 : 9 juin; 2020 : 23 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Contrats — Contrats postérieurs à la constitution d’une
entité — Formation — Associations condominiales —
Convention relative aux parcelles aériennes prévoyant
des obligations de payer des droits de stationnement
conclue et enregistrée sur le titre par le promoteur avant
la constitution de l’association condominiale — Différend
survenant ultérieurement entre l’association condomi-
niale et le propriétaire du stationnement — L’association
condominiale est-elle assujettie à la convention relative
aux parcelles aériennes? — Strata Property Act, S.B.C.
1998, c. 43.*

Le complexe Crystal est un grand complexe à usages multiples comprenant diverses parcelles aériennes, notamment une tour de bureaux et un stationnement. En 1999, le promoteur et la Ville de Burnaby ont conclu une convention (« Convention RPA »), qui prévoyait des servitudes réciproques d’appui, de commodité et d’accès des véhicules, ainsi que des servitudes réciproques permettant d’autres utilisations des diverses parcelles aériennes du complexe Crystal. En particulier, selon l’art. 7.5 de la Convention RPA, le propriétaire du stationnement était

in exchange for an annual fee, payable monthly. It also provided that, upon the subdivision of any of the air space parcels by a strata plan, the strata corporation so created would be entitled to give all permissions and consents permitted to be given by the owners of the subdivided parcel, and that the strata corporation would be responsible for payment of the fee as well as for administering the parking rights of the strata lot owners. In addition, it provided that once the owner of the parking facility had recouped the capital costs of construction of the facility, the annual fee would be significantly reduced. Further, s. 16.3 provided that, upon subdivision of a parcel by a strata plan, the strata corporation was to enter into an assumption agreement with the owners of the other air space parcels so as to assume obligations under the ASP Agreement. The ASP Agreement was registered as an easement in a land title office on March 17, 1999.

On May 26, 1999, Strata Plan LMS 3905, which comprises 68 strata lots in the office tower on the Crystal's second air space parcel, was deposited in a land title office, establishing Strata Co. Strata Co. never entered into the assumption agreement with the other air space parcel owners that was provided for in the ASP Agreement. On June 28, 2002, the developer sold the fifth air space parcel, upon which the parking facility is situated, to a parking corporation ("CSPC"). As part of the transaction, the developer assigned the ASP Agreement to CSPC.

Until 2012, Strata Co.'s members parked in the parking facility and paid the fees at the rate contemplated in the ASP Agreement. A dispute then arose between the parties and Strata Co. ceased paying the parking fees. CSPC responded by revoking the parking privileges of Strata Co.'s members. Litigation ensued. Strata Co. sought a declaration that s. 7.5 of the ASP agreement was null and void or an order that it was unenforceable, or, in the alternative, an order that s. 7.5 be rectified to state that the capital costs had been fully recovered, and also sought damages or disgorgement for breach of contract. CSPC filed a counterclaim, seeking judgment in the amount of unpaid fees it alleged were owed to it by Strata Co. pursuant to the ASP Agreement. The trial judge found Strata Co.'s conduct did not evince an intention to enter into a post-incorporation agreement and therefore that it was

tenu de fournir du stationnement et des droits d'accès pour les véhicules des propriétaires des autres parcelles aériennes, contre le versement de frais annuels payables mensuellement. Cet article prévoyait également que l'association créée à la suite de la subdivision de toute parcelle aérienne suivant un plan de condominium aurait le droit d'accorder toutes les permissions et tous les consentements pouvant être fournis par les propriétaires de la parcelle subdivisée, et qu'elle serait responsable du paiement des frais ainsi que de l'application des droits de stationnement aux propriétaires des unités condominiales. De plus, il disposait que les frais annuels seraient considérablement réduits lorsque le propriétaire du stationnement aurait recouvré les coûts en capital des travaux de construction de cette installation. En outre, l'art. 16.3 prévoyait qu'après la subdivision d'une parcelle conformément à un plan de condominium, l'association devait conclure une convention de prise en charge avec les propriétaires des autres parcelles aériennes afin qu'ils assument les obligations prévues dans la Convention RPA. La Convention RPA a été enregistrée comme servitude auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers le 17 mars 1999.

Le 26 mai 1999, le plan de condominium LMS 3905, qui comprend 68 unités condominiales dans la tour de bureaux sur la deuxième parcelle aérienne du complexe Crystal, a été déposé auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers, ce qui a emporté la constitution de l'Association. Celle-ci n'a jamais conclu avec les propriétaires des autres parcelles aériennes la convention de prise en charge qui était prévue dans la Convention RPA. Le 28 juin 2002, le promoteur a vendu la cinquième parcelle aérienne, où est situé le stationnement, à une société exploitant des stationnements (« CSPC »). Dans le cadre de cette transaction, le promoteur a cédé la Convention RPA à CSPC.

Jusqu'en 2012, les membres de l'Association ont stationné leurs véhicules dans le stationnement et se sont acquittés des droits y afférents au taux prévu dans la Convention RPA. Un différend est ensuite survenu entre les parties et l'Association a cessé de payer les frais de stationnement. CSPC a réagi en révoquant les privilèges de stationnement des membres de l'Association, ce qui a donné lieu à un recours judiciaire. L'Association a sollicité une déclaration portant que l'art. 7.5 de la Convention RPA était nul ou une ordonnance portant qu'il était inexécutoire, ou, subsidiairement, une ordonnance portant que l'art. 7.5 devait être rectifié pour indiquer que les coûts en capital ont été entièrement recouvrés, et a aussi sollicité des dommages-intérêts ou la restitution des gains obtenus en raison de la violation du contrat. CSPC a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir le paiement

not bound by the ASP Agreement. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and held that Strata Co. had entered into a post-incorporation contract on the same terms as those of the ASP Agreement.

Held (Rowe J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.: Although a corporation is not bound by a pre-incorporation contract, it may, after coming into existence, enter into a new contract on the same terms as those of the pre-incorporation contract. The applicable test for finding that a post-incorporation contract exists is the same as the one for finding that any other agreement exists at common law. The test is objective, and the offer, acceptance, consideration and terms may be inferred from the parties' conduct and from the surrounding circumstances. An outward manifestation of assent by each party such as to induce a reasonable expectation in the other is required, and an examination of how each party's conduct would appear to a reasonable person in the position of the other party is necessary.

The *Strata Property Act* ("SPA") does not oust the common law principles relating to contract formation. The common law forms part of the context in which a legislature enacts statutes, and the legislature is presumed not to have intended to alter or extinguish common law rules in doing so. These presumptions can be rebutted only by establishing a clear expression of legislative intent to the contrary. There is no indication in the SPA of a clear legislative intent to rebut the presumptions; on the contrary, there are signs in the SPA that the legislature in fact intended to allow strata corporations to enter into unwritten agreements by their conduct. Finding that a contract is binding on a strata corporation on the basis of its objective conduct is not inconsistent with the SPA's governance model for strata corporations. Furthermore, there are no compelling reasons to alter the common law of contracts as applied to strata corporations in order to protect strata lot purchasers from unscrupulous practices of or unfair surprises from developers, because British Columbia's legislative framework already includes several protections for strata lot purchasers. Abrogating the generally applicable principles of contract formation in the case of strata

des droits non payés que, selon lui, l'Association aurait dû lui verser conformément à la Convention RPA. La juge de première instance a conclu que la conduite de l'Association n'indiquait pas qu'elle avait, après sa constitution, l'intention de conclure un contrat et donc qu'elle n'était pas liée par la Convention RPA. La Cour d'appel a infirmé la décision de la juge de première instance et a statué que l'Association avait conclu, après sa constitution, un contrat selon les mêmes termes que la Convention RPA.

Arrêt (le juge Rowe est dissident en partie) : L'appel est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin et Kasirer : Une société, même si elle n'est pas liée par un contrat pré-constitutif, peut néanmoins conclure après sa création un nouveau contrat selon les mêmes termes que le contrat pré-constitutif. Le test applicable pour établir l'existence d'un contrat postérieur à la constitution ne diffère pas du test applicable en common law pour établir l'existence de toute autre convention. Il s'agit d'un test objectif, et l'offre, l'acceptation, la contrepartie et les termes peuvent être inférés à partir de la conduite des parties et des circonstances entourant la conclusion du contrat. Une manifestation extériorisée de l'assentiment de chaque partie qui fasse naître chez l'autre une attente raisonnable est nécessaire, et il faut examiner comment la conduite de chaque partie serait perçue par une personne raisonnable placée dans la même situation que l'autre partie.

La *Strata Property Act* (« SPA ») n'écarte pas les principes ordinaires de common law régissant la formation des contrats. La common law fait partie du contexte dans lequel un législateur adopte des lois, et il faut présumer que le législateur n'a pas l'intention de modifier ni d'écarter les principes de common law lorsqu'il adopte des lois. Ces présomptions ne peuvent être réfutées que si une intention contraire est exprimée clairement par le législateur. Rien dans la SPA n'indique que le législateur avait clairement l'intention de réfuter ces présomptions; au contraire, la SPA contient plutôt des indices démontrant que le législateur voulait en fait que les associations condominiales puissent conclure des conventions non écrites par leur conduite. Conclure qu'un contrat est opposable à une association condominiale sur le fondement de sa conduite objective n'est pas incompatible avec le modèle de gouvernance des associations condominiales établi dans la SPA. De plus, il n'y a aucune raison impérieuse de modifier les règles de common law en matière contractuelle qui s'appliquent aux associations condominiales afin de protéger les acquéreurs d'unités condominiales des pratiques peu scrupuleuses ou des pratiques injustes inattendues

corporations would undermine commercial certainty and thwart the reasonable expectations of commercial parties by casting aside the wisdom and experience found in centuries of incrementally developed precedent and principle governing commercial relations. Rather than attempting to reinvent contract law to accommodate the novelty of strata property ownership, it is best to resort to the settled and generally applicable principles established in the jurisprudence. Thus, the need for certainty in commercial affairs and the importance of protecting the reasonable expectations of commercial parties compel the continued ordinary operation of the common law in this area. A strata corporation can therefore enter into a post-incorporation contract by its conduct.

The enforcement of a post-incorporation contract which affects interests in land does not amount to an exception to the general rule that positive covenants do not bind subsequent purchasers of land. Real covenants and contracts create juridically distinct forms of rights and obligations, which should not be confused with one another. Landowners may use restrictive real covenants to bind subsequent purchasers in equity, even in the absence of privity of contract. In contrast, the right to contractual performance is a legal interest that is personal to the contracting parties. Another distinction between real covenants and contractual rights lies in the timing of the creation of the right. When equity is used to enforce a restrictive real covenant against a subsequent purchaser who purchased the land with notice of the covenant, the right being enforced is a pre-existing equitable right which persisted through the transfer from the predecessor in title. Contractual rights, on the other hand, are created at the time of contract formation. In the case of a post-incorporation contract, they are created after the corporation comes into existence when the parties objectively manifest an intention to be bound by a new agreement on the same terms as those of the pre-incorporation contract. The enforcement of a contractual right against a party to the contract is therefore not to be equated with the enforcement of a real covenant against a subsequent purchaser and an otherwise valid and effective post-incorporation contract is not unenforceable simply because its terms affect interests in land.

de la part de promoteurs, car les lois de la Colombie-Britannique offrent déjà de nombreuses protections aux acquéreurs d'unités condominiales. Abroger les principes généralement applicables à la formation des contrats dans le cas des associations condominiales compromettrait la stabilité commerciale et minerait les attentes raisonnables des parties commerciales, en faisant fi de la sagesse et de l'expérience contenues dans des siècles de patiente élaboration de précédents et de principes régissant les relations commerciales. Au lieu d'essayer de réinventer le droit des contrats pour tenir compte du caractère novateur de la propriété d'unités condominiales, il vaut mieux avoir recours aux principes généralement applicables établis dans la jurisprudence. Ainsi, le besoin de stabilité dans les affaires commerciales et l'importance de protéger les attentes raisonnables des parties commerciales commandent l'application régulière continue des règles de common law dans ce domaine. Une association condominiale peut donc conclure un contrat postérieur à sa constitution par sa conduite.

L'exécution d'un contrat postérieur à la constitution d'une entité qui touche des intérêts fonciers ne constitue pas une exception à la règle générale selon laquelle les acquéreurs subséquents d'un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements de faire. Les engagements réels et les contrats créent des formes juridiquement distinctes de droits et obligations, et ne devraient pas être confondus. Les propriétaires fonciers peuvent avoir recours à des engagements réels de ne pas faire pour lier les acquéreurs éventuels en equity, et ce, même s'il n'existe aucun lien contractuel entre eux. En revanche, le droit à l'exécution du contrat est un intérêt juridique personnel pour les parties contractantes. Une autre distinction entre les engagements réels et les droits contractuels réside dans le moment où naît le droit. Lorsque les règles d'equity servent à opposer un engagement réel de ne pas faire à un acquéreur subséquent du bien-fonds informé de l'existence de cet engagement, le droit appliqué est un droit préexistant en equity qui a subsisté après que le prédécesseur en titre eut transféré son bien-fonds. Les droits contractuels, eux, naissent au moment de la formation du contrat. Dans le cas d'un contrat postérieur à la constitution en association, ils naissent après la constitution de l'association lorsque les parties manifestent objectivement leur intention d'être liées par une nouvelle entente selon les mêmes termes que celles du contrat préconstitutif. Il n'y a donc pas d'équivalence entre l'application d'un droit contractuel à un cocontractant et l'application d'un engagement réel à un acquéreur subséquent, et un contrat postérieur à la constitution d'une entité qui est par ailleurs valide et en vigueur n'est pas inexécutoire simplement parce que ses termes touchent des intérêts fonciers.

In the present case, the Court of Appeal was correct to find that Strata Co. did in fact manifest an intention, by way of objective conduct, to be bound by a post-incorporation contract with CSPC after CSPC purchased the parking facility from the developer. There is strong evidence of both offer and acceptance of a post-incorporation contract between Strata Co. and CSPC. After purchasing the parking facility, CSPC objectively manifested an intention to offer Strata Co. a contract on the terms of the ASP Agreement by making valid parking passes available to Strata Co.'s members in a quantity which corresponded to their share of parking spaces under s. 7.5 of the ASP Agreement. As well, CSPC's maintenance and operation of the parking facility over the years would have required significant capital expenditures. The ASP Agreement in fact provided for such expenditures, which were factored into the parking fee paid by Strata Co. Strata Co.'s members ought to have known that valuable consideration was being rendered for their benefit with an expectation that they would pay for it on terms corresponding to those set out in s. 7.5 of the ASP Agreement. In turn, Strata Co. objectively manifested an intention to accept CSPC's offer by paying the fees contemplated in the ASP Agreement, and its members exercised the rights corresponding to those payments by parking in the facility after CSPC became the facility's owner. The members, having either assented to the consideration or acquiesced in its being rendered, taking the benefit of it when it was rendered, should be taken impliedly to have requested its being rendered. Thus, a reasonable person in CSPC's position would consider that Strata Co.'s course of conduct constituted assent by Strata Co. to the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement. Strata Co.'s objective conduct evinces an intention to enter into a legally binding agreement on the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement.

Per Rowe J. (dissenting in part): The majority's analysis of the law in this case should be adopted, but not the disposition of the appeal. It should not be decided whether Strata Co. had manifested an objective intent to be bound to the terms of the ASP Agreement. Rather, this question should be remitted for determination by the trial court as it is better placed to answer it. Applying the law here is a fact-specific exercise and the Court does not have all the facts needed to do so. The majority's finding of fact differs from that made by the trial judge and the Court of Appeal. The Court of Appeal treated taking the benefit of the agreement as a *per se* manifestation of the intention of the party to be bound by the terms as expressed. The

En l'espèce, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'Association a, par sa conduite objective postérieure à sa constitution, manifesté son intention d'être liée par contrat à CSPC, après que cette dernière eut acheté le stationnement du promoteur. L'offre et l'acceptation d'un contrat passé avec CSPC après la constitution de l'Association s'appuient sur une preuve solide. Après l'acquisition du stationnement, CSPC a manifesté objectivement l'intention d'offrir à l'Association un contrat selon les termes de la Convention RPA en mettant à la disposition des membres de l'Association un nombre de vignettes de stationnement valides égal au nombre de places de stationnement qui leur avaient été attribuées aux termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA. De plus, l'entretien et l'exploitation du stationnement au fil des ans auraient nécessité des capitaux importants pour CSPC. La Convention RPA prévoyait de telles dépenses, lesquelles ont été prises en compte dans le calcul des frais de stationnement exigibles de la part de l'Association. Les membres de l'Association auraient dû savoir que la contrepartie à titre onéreux dont ils bénéficiaient leur était fournie dans l'attente du paiement des frais exigibles selon l'art. 7.5 de la Convention RPA. Quant à elle, l'Association a manifesté objectivement l'intention d'accepter l'offre de CSPC en payant les frais prévus dans la Convention RPA, et ses membres ont exercé les droits y afférents en garant leurs véhicules dans le stationnement après que CSPC en eut acquis la propriété. Puisque les membres ont soit donné leur assentiment à la contrepartie, soit acquiescé à ce que celle-ci leur soit fournie, et qu'ils en ont bénéficié, il y a lieu de considérer qu'ils l'ont implicitement demandée. Ainsi, une personne raisonnable placée dans la même situation que CSPC estimerait que la conduite de l'Association constituait une forme d'assentiment aux termes énoncés à l'art. 7.5 de la Convention RPA. La conduite objective de l'Association démontre son intention de conclure une entente ayant force obligatoire selon les termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA.

Le juge Rowe (dissident en partie) : L'analyse du droit que font les juges majoritaires en l'espèce est adoptée, mais pas le dispositif du pourvoi. Il ne faut pas trancher la question de savoir si l'Association a manifesté une intention objective d'être liée par les conditions de la Convention RPA. Cette question devrait plutôt être renvoyée au tribunal de première instance car celui-ci est mieux placé pour la trancher. L'application du droit en l'espèce est tributaire des faits et la Cour ne dispose pas de tous les faits nécessaires pour procéder à une telle application. La conclusion de fait que tirent les juges majoritaires diffère de celle que tirent la juge de première instance et la Cour d'appel. Cette dernière a considéré le

majority, however, appears to frame things slightly differently in favour of a more traditional assessment of offer and acceptance. By reframing the legal test, the application of the law to the facts necessarily gives rise to a different question of mixed fact and law than that decided by the Court of Appeal.

Appellate courts should make findings of fact not made by courts below only when doing so is in the interests of justice and is feasible on a practical level. This involves weighing two factors: first, the possible savings to the parties in cost and time arising from the appellate court deciding such factual issues; and, second, the possible harm from an appellate court making such findings in the absence of adequate evidence. In this case, both factors run counter to the Court making findings of fact; rather, they favour appellate restraint. It is questionable whether there is efficiency in the use of judicial or counsel resources to be gained by the Court making the factual determinations that the majority would make. The Court cannot finally dispose of the action, as even if it dismisses the appeal, the case must be remitted to the trial court for determination of mutual mistake of fact, rectification, unconscionability or frustration; and, if the claim is not made out, for determination of the counterclaim and assessment of damages. In addition, at that trial the judge may well need to consider the circumstances of contract formation in detail. Second, there is possible harm from this Court making the factual findings that are proposed. In this case, evidence to which the Court does not have access to could plausibly lead the trial judge to a different conclusion on whether and, if so, when the Strata Co. objectively manifested an intention to be bound. Moreover, the trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact and can assess the credibility of witnesses, is relatively expert with respect to the weighing and assessing of evidence, and has had greater exposure to the entire factual nexus of the case.

fait d'avoir bénéficié de la convention comme une manifestation en soi de l'intention de la partie d'être liée par les conditions telles qu'elles sont exprimées. Les juges majoritaires paraissent toutefois formuler les choses un peu différemment en ce qu'ils favorisent une évaluation plus traditionnelle de l'offre et de l'acceptation. En reformulant le test juridique, l'application du droit aux faits donne nécessairement lieu à une question mixte de fait et de droit qui est différente de celle qui a été tranchée par la Cour d'appel.

Les cours d'appel peuvent tirer des conclusions de fait autres que celles tirées par les juridictions inférieures uniquement s'il est dans l'intérêt de la justice de le faire et si cela ne soulève pas d'obstacle en pratique. Cela suppose de soupeser deux facteurs : d'une part, l'économie possible de coûts et de temps pour les parties lorsque la cour d'appel tranche de telles questions de fait; et, d'autre part, le préjudice qui pourrait découler du fait que la cour d'appel tire ces conclusions en l'absence de preuve adéquate. En l'espèce, le fait que la Cour tire des conclusions de fait irait à l'encontre de ces deux facteurs, qui militent plutôt en faveur de retenue en appel. On peut se questionner à savoir si le fait que la Cour tire des conclusions de fait comme celles que tireraient les juges majoritaires pourrait entraîner un gain en efficacité pour ce qui est de l'utilisation des ressources judiciaires ou des procureurs. La Cour ne peut disposer de l'action de façon définitive, car même si elle rejette l'appel, l'affaire doit être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il tranche les questions de l'existence d'une erreur de fait commune, de la rectification, de l'iniquité ou de la frustration; et, si les prétentions ne sont pas retenues, qu'il examine la demande reconventionnelle et évalue les dommages-intérêts. Qui plus est, lors de ce procès, il se pourrait bien que la juge doive examiner en détail les circonstances entourant la formation du contrat. En deuxième lieu, il est possible qu'un préjudice découle du fait que la Cour tire les conclusions de fait proposées. En l'espèce, des éléments de preuve auxquels la Cour n'a pas accès pourraient vraisemblablement mener la juge de première instance à une conclusion différente quant à la question de savoir si l'Association a manifesté objectivement l'intention d'être liée par la Convention et, dans l'affirmative, à quel moment elle l'aurait fait. De surcroît, la juge de première instance jouit, par rapport aux juges d'appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait et est en mesure d'évaluer la crédibilité des témoins, a une expertise relative en matière d'appréciation et d'évaluation de la preuve et possède une plus grande familiarité avec toute la trame factuelle de l'affaire.

The existence of a pre-incorporation contract is part of the circumstances in which the parties' conduct is objectively interpreted. Conduct consistent with the contract can be persuasive evidence that an offer has been accepted. Such conduct is not, however, dispositive evidence of the acceptance of the offer. In some circumstances, an alternate inference may provide an objectively better explanation for the conduct than acceptance of the offer. It is plausible that the trial court, with the benefit of a more complete record, would not see the conduct by the Strata Co. as objectively manifesting an intention to accept the contract. There are three competing inferences that the trial court might prefer: in paying the parking fees, Strata Co. was performing a pre-existing obligation rather than assenting to a new obligation; Strata Co. was performing what it (mistakenly) thought to be a pre-existing obligation and if the parking corporation, CSPC, had reason to know this, it could be unreasonable for it to take Strata Co.'s payment as an indication of acceptance of a new obligation; and the ASP Agreement formed a conditional easement, and Strata Co.'s payment was the exercise of an option under the conditional easement. Accordingly, these factual matters should be remitted to the trial court.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Saint John Tug Boat Co. v. Irving Refining Ltd.*, [1964] S.C.R. 614; **adopted:** *Touche v. Metropolitan Railway Warehousing Co.* (1871), L.R. 6 Ch. App. 671; *Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co.* (1888), 38 Ch. D. 156; *Smith v. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597; **considered:** *Heinhuis v. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239; **disapproved:** *In re Northumberland Avenue Hotel Co.* (1886), 33 Ch. D. 16; *Bagot Pneumatic Tyre Co. v. Clipper Pneumatic Tyre Co.*, [1901] 1 Ch. D. 196; **referred to:** *Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Tulk v. Moxhay* (1848), 2 Ph. 774, 41 E.R. 1143; *Austerberry v. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Noble v. Alley*, [1951] S.C.R. 64; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Parkinson v. Reid*, [1966] S.C.R. 162; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Keppell v. Bailey* (1834), 2 My. & K. 517, 39 E.R. 1042; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *In re Empress Engineering Co.* (1880), 16 Ch. D. 125;

L'existence d'un contrat préconstitutif fait partie des circonstances dans lesquelles la conduite des parties est interprétée de façon objective. Une conduite conforme au contrat peut être une preuve convaincante qu'une offre a été acceptée. Une telle conduite ne constitue pas, toutefois, une preuve déterminante de l'acceptation de l'offre. Dans certaines circonstances, une autre inférence pourrait fournir une explication objectivement meilleure de la conduite que ne le ferait l'acceptation de l'offre. Il est plausible que le tribunal de première instance, en s'appuyant sur un dossier plus complet, ne serait pas d'avis que l'Association, par sa conduite, a manifesté objectivement son intention d'accepter le contrat. Il y a trois inférences opposées que le tribunal de première instance pourrait préférer : en payant les frais de stationnement, l'Association exécutait une obligation préexistante plutôt qu'elle ne consentait à une nouvelle obligation; l'Association s'acquittait de ce qu'elle jugeait (erronément) être une obligation préexistante, et si la société exploitait le stationnement, CSPC, avait des raisons de savoir cela, il pourrait être déraisonnable qu'elle considère le paiement de l'Association comme une indication qu'elle acceptait une nouvelle obligation; et la Convention RPA créait une servitude assortie de conditions, et le paiement effectué par l'Association représentait l'exercice d'une option en vertu de celle-ci. Par conséquent, ces questions de fait devraient être renvoyées au tribunal de première instance.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *Saint John Tug Boat Co. c. Irving Refining Ltd.*, [1964] R.C.S. 614; **arrêts adoptés :** *Touche c. Metropolitan Railway Warehousing Co.* (1871), L.R. 6 Ch. App. 671; *Howard c. Patent Ivory Manufacturing Co.* (1888), 38 Ch. D. 156; *Smith c. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597; **arrêt examiné :** *Heinhuis c. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239; **arrêts désapprouvés :** *In re Northumberland Avenue Hotel Co.* (1886), 33 Ch. D. 16; *Bagot Pneumatic Tyre Co. c. Clipper Pneumatic Tyre Co.*, [1901] 1 Ch. D. 196; **arrêts mentionnés :** *Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Tulk c. Moxhay* (1848), 2 Ph. 774, 41 E.R. 1143; *Austerberry c. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Noble c. Alley*, [1951] R.C.S. 64; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Parkinson c. Reid*, [1966] R.C.S. 162; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Keppell c. Bailey* (1834), 2 My. & K. 517, 39 E.R. 1042; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *In re Empress Engineering Co.* (1880), 16 Ch. D. 125;

Natal Land and Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd., [1904] A.C. 120; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101; *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; *Phelps Holdings Ltd. v. Strata Plan VIS 3430*, 2010 BCCA 196, 71 B.L.R. 1; *Gibson v. Manchester City Council*, [1979] 1 W.L.R. 294; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk*, 2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Vallejo v. Wheeler* (1774), 1 Cowp. 143, 98 E.R. 1012; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Davies v. Jones*, [2009] EWCA Civ. 1164, [2010] 2 All E.R. 755; *Wilkinson & Ors v. Kerdene Ltd.*, [2013] EWCA Civ. 44, [2013] 2 E.G.L.R. 163; *Halsall v. Brizell*, [1957] 1 Ch. 169; *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 1 Ch. 106; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35; *Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Black v. Owen*, 2017 ONCA 397, 137 O.R. (3d) 334; *Elwood v. Goodman*, [2013] EWCA Civ. 1103, [2014] Ch. 442.

By Rowe J. (dissenting in part)

Watkins v. Olafson, [1989] 2 S.C.R. 750; *Heinhuis v. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Madsen Estate v. Saylor*, 2007 SCC 18, [2007] 1 S.C.R. 838; *Matchim v. Bgi Atlantic Inc.*, 2010 NLCA 9, 294 Nfld. & P.E.I.R. 46; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Amberwood Investments Limited v. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35; *Robb v. Walker*, 2015 BCCA 117, 69 B.C.L.R. (5th) 249; *Arbutus Bay Estates Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 374, 3 B.C.L.R. (6th) 59; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.A. 2000, c. B-9, s. 15(3).

Natal Land and Colonization Co. c. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd., [1904] A.C. 120; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54; *Chartbrook Ltd. c. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101; *Grant c. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95; *Phelps Holdings Ltd. c. Strata Plan VIS 3430*, 2010 BCCA 196, 71 B.L.R. 1; *Gibson c. Manchester City Council*, [1979] 1 W.L.R. 294; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk*, 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Vallejo c. Wheeler* (1774), 1 Cowp. 143, 98 E.R. 1012; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Davies c. Jones*, [2009] EWCA Civ. 1164, [2010] 2 All E.R. 755; *Wilkinson & Ors c. Kerdene Ltd.*, [2013] EWCA Civ. 44, [2013] 2 E.G.L.R. 163; *Halsall c. Brizell*, [1957] 1 Ch. 169; *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] 1 Ch. 106; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35; *Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Black c. Owen*, 2017 ONCA 397, 137 O.R. (3d) 334; *Elwood c. Goodman*, [2013] EWCA Civ. 1103, [2014] Ch. 442.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

Watkins c. Olafson, [1989] 2 R.C.S. 750; *Heinhuis c. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Succession Madsen c. Saylor*, 2007 CSC 18, [2007] 1 R.C.S. 838; *Matchim c. Bgi Atlantic Inc.*, 2010 NLCA 9, 294 Nfld. & P.E.I.R. 46; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Amberwood Investments Limited c. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35; *Robb c. Walker*, 2015 BCCA 117, 69 B.C.L.R. (5th) 249; *Arbutus Bay Estates Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 374, 3 B.C.L.R. (6th) 59; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633.

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, R.S.A. 2000, c. B-9, art. 15(3).

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 21(2).
Business Corporations Act, S.B.C. 2002, c. 57, s. 20.
Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2.
Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 14(2).
Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250, ss. 20, 23, 26, 27, 29, 282, 288.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 59.
Real Estate Development Marketing Act, S.B.C. 2004, c. 41, ss. 14, 15, 21, 23.
Real Estate Development Marketing Regulation, B.C. Reg. 230/2018, s. 3(2).
Strata Property Act, S.B.C. 1998, c. 43, ss. 2, 4, 5, 6(1), 7 to 11, 20(2)(a)(iii), 30, 32, 35(2)(g), 38(a), 291.

Authors Cited

Adamski, Jakub, and Angela Swan. *Halsbury's Laws of Canada — Contracts*. Toronto: LexisNexis, 2017 Reissue.
 Beatson, Sir Jack, Andrew Burrows and John Cartwright. *Anson's Law of Contract*, 30th ed. New York: Oxford University Press, 2016.
 Benson, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2019.
 Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings of certain Societies in London relative to that event*. London: Seeley, Jackson and Halliday, 1790 (1872 reprint).
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 McFarlane, Ben, Nicholas Hopkins and Sarah Nield. *Land Law*. New York: Oxford University Press, 2017.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Perell, Paul M. "Covenants as Contracts and as Interests in Land" (2005), 29 *Adv. Q.* 476.
 Rabin, Edward H. *Fundamentals of Modern Real Property Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1974.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2018.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Garson, Willcock and Fisher JJ.A.), 2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24, 2 R.P.R. (6th) 1, [2019] 12 W.W.R. 263, [2019] B.C.J. No. 790 (QL), 2019 CarswellBC 1227 (WL Can.), setting

Business Corporations Act, S.B.C. 2002, c. 57, art. 20.
Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2.
Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250, art. 20, 23, 26, 27, 29, 282, 288.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 59.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 14(2).
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, c. B.16, art. 21(2).
Real Estate Development Marketing Act, S.B.C. 2004, c. 41, art. 14, 15, 21, 23.
Real Estate Development Marketing Regulation, B.C. Reg. 230/2018, art. 3(2).
Strata Property Act, S.B.C. 1998, c. 43, art. 2, 4, 5, 6(1), 7 à 11, 20(2)(a)(iii), 30, 32, 35(2)(g), 38(a), 291.

Doctrine et autres documents cités

Adamski, Jakub, and Angela Swan. *Halsbury's Laws of Canada — Contracts*, Toronto, LexisNexis, 2017 Reissue.
 Beatson, Sir Jack, Andrew Burrows and John Cartwright. *Anson's Law of Contract*, 30th ed., New York, Oxford University Press, 2016.
 Benson, Peter. *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2019.
 Burke, Edmund. *Réflexions sur la révolution de France*, trad. P. Andler, Paris, Hachette, 1989.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2011.
 McFarlane, Ben, Nicholas Hopkins and Sarah Nield. *Land Law*, New York, Oxford University Press, 2017.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
 Perell, Paul M. « Covenants as Contracts and as Interests in Land » (2005), 29 *Adv. Q.* 476.
 Rabin, Edward H. *Fundamentals of Modern Real Property Law*, Mineola (N.Y.) Foundation Press, 1974.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2018.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Garson, Willcock et Fisher), 2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24, 2 R.P.R. (6th) 1, [2019] 12 W.W.R. 263, [2019] B.C.J. No. 790 (QL), 2019 CarswellBC 1227 (WL Can.),

aside a decision of Young J., 2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244, [2017] B.C.J. No. 68 (QL), 2017 CarswellBC 93 (WL Can.). Appeal dismissed, Rowe J. dissenting in part.

Stephen Hamilton, for the appellant.

Ken McEwan, Q.C., and *Emily Kirkpatrick*, for the respondent.

Wes McMillan, for the intervener C.H.O.A. Condominium Home Owners' Association of B.C.

Andrew Morrison and *Mark V. Lewis*, for the intervener Urban Development Institute – Pacific Region.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] The narrow question raised by this appeal concerns the enforceability of a payment obligation in relation to parking rights provided for in an instrument that is registered on title. In answering this narrow question, however, the Court must consider more fundamental legal questions related to the distinction between property rights and contractual rights, general common law principles with respect to contract formation, the common law's interaction with the relevant statutory framework and a proposed means of circumventing the long-standing rule that positive covenants do not bind subsequent purchasers of land.

[2] The facts of this appeal involve a number of players. The appellant is a strata corporation for the owners of Strata Plan LMS 3905 (“Strata Co.”) established pursuant to the *Strata Property Act*, S.B.C. 1998, c. 43 (“SPA”). The strata property is situated on an air space parcel within the “Crystal” development,

qui a infirmé une décision de la juge Young, 2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244, [2017] B.C.J. No. 68 (QL), 2017 CarswellBC 93 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Rowe est dissident en partie.

Stephen Hamilton, pour l'appelante.

Ken McEwan, c.r., et *Emily Kirkpatrick*, pour l'intimée.

Wes McMillan, pour l'intervenante C.H.O.A. Condominium Home Owners' Association of B.C.

Andrew Morrison et *Mark V. Lewis*, pour l'intervenant Urban Development Institute – Pacific Region.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin et Kasirer rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] La question précise soulevée dans le présent pourvoi porte sur le caractère exécutoire d'une obligation de payer des droits de stationnement prévue dans un instrument enregistré sur le titre d'un bien-fonds. Pour répondre à cette question, notre Cour doit examiner des questions juridiques plus fondamentales se rapportant à la distinction entre les droits de propriété et les droits contractuels, aux principes généraux de common law qui régissent la formation des contrats, à l'interaction de la common law avec le cadre législatif applicable ainsi qu'à un moyen proposé de contourner la règle de longue date selon laquelle les acquéreurs subséquents d'un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements (covenants) de faire.

[2] Les faits du présent pourvoi mettent en cause plusieurs acteurs. L'appelante est une association condominiale représentant les propriétaires du plan de condominium LMS 3905 (« Association ») établie en vertu de la *Strata Property Act*, S.B.C. 1998, c. 43 (« SPA »). La propriété condominiale est

a large multi-use development in Burnaby, B.C. Tyba Crystal Investments Corp. and Dong Ah Canada Development Corp. developed the Crystal in the 1990s as a joint venture through the Crystal Square Development Corporation (“Developer”). The respondent, the Crystal Square Parking Corporation (“CSPC”), owns and operates a parking facility situated on another air space parcel in the Crystal.

[3] The dispute between Strata Co. and CSPC is centred on whether the former is bound by payment obligations in relation to parking rights provided for in an air space parcel agreement that is registered on title (“ASP Agreement”). The primary difficulty arises from the fact that the ASP Agreement was entered into and registered on title by the Developer before Strata Co. was incorporated. Strata Co. cannot therefore be bound by it as a matter of contract, because the agreement predates Strata Co.’s existence. However, CSPC takes the position that Strata Co.’s post-incorporation conduct manifested its assent to a new agreement on the same terms as those of the ASP Agreement and that the result was a contract that was binding on Strata Co. CSPC also argues that the payment obligations should be held to be binding on subsequent owners on the basis of the narrow English law principle of benefit and burden, such that Strata Co., having accepted the benefits arising under the ASP Agreement, is bound by the burden of that agreement. Strata Co. denies liability under either of these approaches.

[4] For the reasons that follow, I conclude that Strata Co. entered into a post-incorporation contract with CSPC on the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement. As a result, I find it unnecessary to consider whether Strata Co. is bound on the basis of the narrow principle of benefit and burden. The appeal is therefore dismissed.

située sur une parcelle aérienne dans le complexe « Crystal », un grand complexe à usages multiples situé à Burnaby, en Colombie-Britannique. Ce complexe a été érigé au cours des années 1990 par Crystal Square Development Corporation (« promoteur »), une coentreprise composée des sociétés Tyba Crystal Investments Corp. et Dong Ah Canada Development Corp. L’intimée, Crystal Square Parking Corporation (« CSPC »), possède et exploite un stationnement situé sur une autre parcelle aérienne du complexe Crystal.

[3] Le litige entre l’Association et CSPC porte sur la question de savoir si la première est liée par les obligations de payer des droits de stationnement énoncées dans la convention relative aux parcelles aériennes qui est enregistrée sur le titre du complexe Crystal (« Convention RPA »). La principale difficulté résulte du fait que la Convention RPA a été conclue et enregistrée sur le titre par le promoteur avant que l’Association ne soit constituée. Cette Convention ne peut donc lier l’Association, car elle est antérieure à sa constitution. Cependant, CSPC prétend que la conduite de l’Association après sa constitution démontre un assentiment à une nouvelle convention selon les mêmes termes que la Convention RPA, et qu’il en résulterait un contrat liant l’Association. CSPC soutient en outre que les acquéreurs subséquents d’unités condominiales sont assujettis aux obligations de payer des droits de stationnement en raison du principe étroit en droit anglais des avantages et obligations, de sorte que l’Association, ayant accepté les avantages découlant de la Convention RPA, est donc liée par les obligations de cette convention. L’Association nie toute responsabilité dans un cas comme dans l’autre.

[4] Pour les motifs qui suivent, j’en viens à la conclusion que l’Association a conclu, après sa constitution, un contrat avec CSPC selon les termes de l’art. 7.5 de la Convention RPA. Par conséquent, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de se demander si l’Association est liée à ce contrat sur la base du principe étroit des avantages et obligations. Le pourvoi est donc rejeté.

II. Facts

[5] The Crystal is comprised of seven air space parcels upon which are built, respectively, (1) a retail complex, (2) an office tower, (3) a residential tower, (4) a hotel, (5) a parking facility, (6) a police office and (7) a cultural centre.

[6] In March 1999, the Developer and the City of Burnaby entered into the ASP Agreement, which provided for mutual easements for support, service connections, vehicular access and other uses to and on the Crystal's various air space parcels. The ASP Agreement was registered as an easement in a land title office on March 17, 1999.

[7] *Section 7.5* of the ASP Agreement obliged the owner of the parking facility to provide the owners of the other air space parcels with parking and vehicular access rights in exchange for an annual fee, payable monthly. In particular, it allocated 76 parking spaces to the owners of the second air space parcel, where the office tower was located. It also provided that, upon the subdivision of any of the air space parcels by a strata plan, the strata corporation so created would be entitled to give all permissions and consents permitted to be given by the owner(s) of the subdivided parcel, and that the strata corporation would be responsible for payment of the fee as well as for administering the parking rights of the strata lot owners. *Section 7.5(g)* provided that, once the owner of the parking facility had recouped the capital costs, that is, the costs of construction of that facility, the annual fee would be significantly reduced, as 90 percent of the revenues from charging the public for parking would be applied to cover operating costs and taxes so as to reduce the amount of the fee charged to the other air space parcel owners. In addition, *s. 16.3* provided that, upon subdivision of a parcel by a strata plan, the strata corporation was to enter into an assumption agreement with the

II. Les faits

[5] Le complexe Crystal est composé de sept parcelles aériennes sur lesquelles sont érigés, respectivement, (1) un complexe de vente au détail, (2) une tour de bureaux, (3) une tour résidentielle, (4) un hôtel, (5) un stationnement, (6) un poste de police et (7) un centre culturel.

[6] En mars 1999, le promoteur et la Ville de Burnaby ont conclu la Convention RPA, qui prévoyait des servitudes réciproques d'appui, de commodité et d'accès des véhicules, ainsi que des servitudes réciproques permettant d'autres utilisations des diverses parcelles aériennes du complexe Crystal. La Convention RPA a été enregistrée comme servitude auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers le 17 mars 1999.

[7] Selon l'*article 7.5* de la Convention RPA, le propriétaire du stationnement est tenu de fournir du stationnement et des droits d'accès pour les véhicules des propriétaires des autres parcelles aériennes, contre le versement de frais annuels payables mensuellement. En outre, 76 places de stationnement sont allouées aux propriétaires de la deuxième parcelle aérienne, où se trouve la tour de bureaux. Cet article prévoit également que l'association créée à la suite de la subdivision de toute parcelle aérienne suivant un plan de condominium aura le droit d'accorder toutes les permissions et tous les consentements pouvant être fournis par le ou les propriétaires de la parcelle subdivisée, et qu'elle sera responsable du paiement des frais ainsi que de l'application des droits de stationnement aux propriétaires des unités condominiales. L'*alinéa 7.5g)* dispose que les frais annuels seront considérablement réduits lorsque le propriétaire du stationnement aura recouvert les coûts en capital, c'est-à-dire les coûts des travaux de construction de cette installation, étant donné que 90 p. 100 des revenus tirés des frais de stationnement facturés aux usagers publics serviront à couvrir les coûts d'exploitation et les taxes afin de réduire le montant des frais imposés

owners of the other air space parcels so as to assume obligations under the ASP Agreement.

[8] On May 26, 1999, Strata Plan LMS 3905 was deposited in a land title office, thereby establishing Strata Co. This plan comprises 68 strata lots in the office tower on the Crystal's second air space parcel. Strata Co. never entered into the assumption agreement with the other air space parcel owners that was provided for in the ASP Agreement.

[9] On June 28, 2002, the Developer sold CSPC the fifth air space parcel, upon which the parking facility is situated. As part of the transaction, the Developer assigned the ASP Agreement to CSPC together with "all other existing agreements . . . relating to the [air space parcel] approved by [CSPC]": A.R., vol. II, at p. 106. The record contains no indication of what "existing agreements", if any, were approved by CSPC.

[10] Until 2012, Strata Co.'s members parked in the parking facility and paid the fees at the rate contemplated in the ASP Agreement.

[11] In that year, a dispute arose between the parties. Strata Co. ceased paying the parking fees and CSPC responded by revoking the parking privileges of Strata Co.'s members. Litigation ensued. Strata Co. sought a declaration that s. 7.5 of the ASP agreement was null and void or an order that it was unenforceable, or, in the alternative, an order that s. 7.5 be rectified to state that the capital costs had been fully recovered, and also sought damages or disgorgement for breach of contract. CSPC filed a counterclaim, seeking judgment in the amount of unpaid fees it

aux propriétaires des autres parcelles aériennes. De plus, l'*art. 16.3* prévoit qu'après la subdivision d'une parcelle conformément à un plan de condominium, l'association doit conclure une convention de prise en charge avec les propriétaires des autres parcelles aériennes afin qu'ils assument les obligations prévues dans la Convention RPA.

[8] Le 26 mai 1999, le plan de condominium LMS 3905 a été déposé auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers, ce qui a emporté la constitution de l'Association. Ce plan comprend 68 unités condominiales dans la tour de bureaux sur la deuxième parcelle aérienne du complexe Crystal. L'Association n'a jamais conclu avec les propriétaires des autres parcelles aériennes la convention de prise en charge qui était prévue dans la Convention RPA.

[9] Le 28 juin 2002, le promoteur a vendu à CSPC la cinquième parcelle aérienne, où est situé le stationnement. Dans le cadre de cette transaction, le promoteur a cédé la Convention RPA à CSPC, ainsi que [TRADUCTION] « toutes les autres conventions existantes [. . .] relatives à la [parcelle aérienne] approuvées par [CSPC] » : d.a., vol. II, p. 106. Le dossier n'indique toutefois pas quelles « conventions existantes », le cas échéant, ont été approuvées par CSPC.

[10] Jusqu'en 2012, les membres de l'Association ont stationné leurs véhicules dans le stationnement et se sont acquittés des droits y afférents au taux prévu dans la Convention RPA.

[11] Cette année-là, un différend est survenu entre les parties. L'Association a cessé de payer les frais de stationnement et CSPC a réagi en révoquant les privilèges de stationnement des membres de l'Association, ce qui a donné lieu à un recours judiciaire. L'Association a sollicité une déclaration portant que l'*art. 7.5* de la Convention RPA était nul ou une ordonnance portant qu'il était inexécutoire, ou, subsidiairement, une ordonnance portant que l'*art. 7.5* devait être rectifié pour indiquer que les coûts en capital ont été entièrement recouverts, ainsi que des

alleged were owed to it by Strata Co. pursuant to the ASP Agreement.

III. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244*

[12] Justice Young held that Strata Co. was not bound by the ASP Agreement. In her view, Strata Co.'s conduct did not evince an intention to enter into a post-incorporation agreement on the same terms as those of the ASP Agreement: para. 64. She observed that Strata Co.'s members had parked in the parking facility and made corresponding payments as contemplated by the ASP Agreement, but that this conduct was animated by their mistaken belief that they were already bound by that agreement: paras. 76-77. She held that conduct flowing from a mistaken belief that a pre-incorporation contract is binding is not sufficient to find that the newly incorporated entity has entered into a post-incorporation contract: para. 77. Given her conclusion that a post-incorporation contract did not exist, she did not address Strata Co.'s further arguments with respect to mistake, frustration and unconscionability, and she dismissed CSPC's counterclaim.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24*

[13] The Court of Appeal reversed the trial judge's decision. Willcock J.A. held that Strata Co. had entered into a post-incorporation contract on the same terms as those of the ASP Agreement. He concluded that the trial judge had erred in principle by relying on the facts that Strata Co. did not have privity of contract in respect of the pre-incorporation contract and that it had not adopted or ratified that contract, because such circumstances were irrelevant to the determination of whether Strata Co. had entered into a post-incorporation contract by

dommages-intérêts ou la restitution des gains obtenus en raison de la violation du contrat. CSPC a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir le paiement des droits non payés que, selon lui, l'Association aurait dû lui verser conformément à la Convention RPA.

III. Historique procédural

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244*

[12] La juge Young a statué que l'Association n'était pas liée par la Convention RPA. À son avis, la conduite de l'Association n'indiquait pas qu'elle avait, après sa constitution, l'intention de conclure un contrat selon les mêmes termes que la Convention RPA : par. 64. Elle a fait observer que les membres de l'Association stationnaient leurs véhicules dans le stationnement et se sont acquittés des droits y afférents prévus dans la Convention RPA, mais que cette conduite était motivée par leur croyance erronée qu'ils étaient déjà liés par cette convention : par. 76-77. La juge a déclaré qu'une conduite découlant de la croyance erronée qu'un contrat préconstitutif a force obligatoire ne suffit pas pour établir que l'entité nouvellement créée a conclu un contrat postérieur à sa constitution : par. 77. Ayant conclu à l'absence d'un contrat postérieur à la constitution de l'Association, la juge n'a pas examiné les autres arguments invoqués par celle-ci en ce qui a trait à l'existence d'une erreur, à la frustration et à l'iniquité, et elle a rejeté la demande reconventionnelle de CSPC.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24*

[13] La Cour d'appel a infirmé la décision de la juge de première instance. Le juge Willcock a statué que l'Association avait conclu, après sa constitution, un contrat selon les mêmes termes que la Convention RPA. Il a estimé que la juge de première instance avait commis une erreur de principe en s'appuyant sur le fait que l'Association n'était pas liée par le contrat préconstitutif et sur le fait qu'elle n'avait ni adopté ni ratifié ce contrat, car de telles circonstances n'étaient pas pertinentes pour déterminer si l'Association avait conclu un contrat par sa conduite postérieure à sa

its conduct. Willcock J.A. also held that Strata Co.'s subjective misunderstanding that it was bound by the pre-incorporation contract was irrelevant to the determination of whether the parties had objectively manifested an intention to be bound by a post-incorporation contract. The court ordered that Strata Co.'s claim and CSPC's counterclaim be remitted to the trial court for determination of the contractual issues not addressed: mutual mistake of fact, rectification, unconscionability, or frustration and, if the claim is not made out, consideration of the counterclaim and assessment of amount owing, if any.

IV. Issues

[14] In this Court, Strata Co. maintains that it is not bound to pay the parking fees provided for in the ASP Agreement. Its arguments raise the following issues:

- Does the enforcement of a post-incorporation contract which affects interests in land amount to an exception to the general rule that positive covenants do not bind subsequent purchasers of land?
- What is the correct analytical approach to take in order to find that parties have entered into a post-incorporation contract on the same terms as those of a pre-incorporation contract?
- Can a strata corporation enter into a post-incorporation contract by its conduct?
- Did the parties objectively manifest an intention to be bound by a post-incorporation contract on the relevant terms of the ASP Agreement?

[15] CSPC raises another issue which it urges this Court to consider even if the Court should find against Strata Co. on the other grounds of appeal:

- Is there a narrow principle of benefit and burden that can be applied to circumvent the general

constitution. De plus, le juge Willcock a statué que l'opinion erronée de l'Association selon laquelle elle était liée par le contrat préconstitutif n'était pas pertinente pour déterminer si les parties avaient manifesté objectivement l'intention d'être liées par un contrat postérieur à la constitution de l'Association. La cour a ordonné que la demande de l'Association et la demande reconventionnelle de CSPC soient renvoyées au tribunal de première instance afin qu'il tranche les questions contractuelles qui n'avaient pas été tranchées : l'existence d'une erreur de fait commune, la rectification, l'iniquité ou la frustration et, si la demande principale échoue, l'examen de la demande reconventionnelle de CSPC et l'évaluation des sommes à payer, le cas échéant.

IV. Questions en litige

[14] Devant la Cour, l'Association soutient qu'elle n'est pas tenue de payer les frais de stationnement prévus dans la Convention RPA. Ses arguments soulèvent les questions suivantes :

- L'exécution d'un contrat postérieur à la constitution d'une entité qui touche des intérêts fonciers constitue-t-elle une exception à la règle générale selon laquelle les acquéreurs subséquents d'un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements de faire?
- Quelle est la méthode d'analyse appropriée pour déterminer si les parties ont conclu un contrat postérieur à la constitution d'une entité selon les mêmes termes qu'un contrat préconstitutif?
- Une association condominiale peut-elle conclure un contrat postérieur à sa constitution par sa conduite?
- Les parties ont-elles manifesté objectivement leur intention d'être liées par un contrat postérieur à la constitution de l'Association selon les termes pertinents de la Convention RPA?

[15] CSPC invite notre Cour à se pencher sur une autre question même si les autres moyens d'appel de l'Association étaient rejetés :

- Existe-t-il un principe étroit des avantages et obligations dont l'application échapperait à la

rule that positive covenants do not bind subsequent purchasers of land?

règle générale selon laquelle les acquéreurs subséquents d'un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements de faire?

[16] I will address each of these issues below.

[16] J'examinerai chacune de ces questions ci-après.

V. Discussion

V. Analyse

A. *Does the Enforcement of a Post-Incorporation Contract Which Affects Interests in Land Amount to an Exception to the General Rule That Positive Covenants Do Not Bind Subsequent Purchasers of Land?*

A. *L'exécution d'un contrat postérieur à la constitution d'une entité qui touche des intérêts fonciers constitue-t-elle une exception à la règle générale selon laquelle les acquéreurs subséquents d'un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements de faire?*

[17] I begin by discussing the jurisprudence on when covenants may run with the land, which, despite having been memorably described as an “unspeakable quagmire”, can be summarized succinctly for the purposes of this appeal as establishing a general rule that positive covenants do not run with the land: E. H. Rabin, *Fundamentals of Modern Real Property Law* (1974), at p. 489. I then address the distinction between property rights and contractual rights, after which I consider Strata Co.'s suggestion that applying the principles for pre-incorporation contracts to agreements affecting interests in land is novel and its assertion that there is a public policy interest which justifies curtailing the parties' freedom to contract in regard to its interests in land.

[17] Je commencerai par analyser la jurisprudence sur les circonstances dans lesquelles des engagements peuvent être rattachés au bien-fonds. Bien qu'elle ait été mémorablement décrite comme un [TRADUCTION] « indicible borbier », cette jurisprudence peut se résumer succinctement pour les besoins de la présente affaire comme établissant une règle générale selon laquelle des engagements de faire ne se rattachent pas au bien-fonds : E. H. Rabin, *Fundamentals of Modern Real Property Law* (1974), p. 489. Je me pencherai ensuite sur la distinction entre les droits de propriété et les droits contractuels, après quoi j'examinerai la suggestion de l'Association selon laquelle l'application des principes régissant les contrats préconstitutifs aux conventions touchant des intérêts fonciers est novatrice, et son argument selon lequel il existe un intérêt public qui justifie de restreindre la liberté qu'ont les parties de conclure des contrats concernant leurs intérêts fonciers.

[18] At common law, the burden of a covenant which either requires the performance of an obligation by a landowner (a positive covenant) or restricts a landowner's use of the land (a restrictive covenant) is not enforceable against a subsequent purchaser: *Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.), at pp. 316-17. In equity, however, a restrictive covenant may be enforced against a subsequent purchaser who purchased the land with notice of the covenant: *Tulk v. Moxhay* (1848), 2 Ph. 774, 41 E.R. 1143, at pp. 1144-45; *Austerberry v. Corporation of*

[18] En common law, l'engagement qui commande à un propriétaire foncier d'exécuter une obligation (engagement de faire), ou qui impose une restriction à l'usage de son bien-fonds (engagement de ne pas faire), n'est pas opposable aux acquéreurs subséquents de ce bien-fonds : *Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.), p. 316-317. En equity, un engagement de ne pas faire peut toutefois être opposé aux acquéreurs subséquents qui ont acquis le bien-fonds en sachant qu'un tel engagement existait : *Tulk c. Moxhay* (1848), 2 Ph. 774, 41 E.R. 1143,

Oldham (1885), 29 Ch. D. 750 (C.A.), at pp. 773-74, per Cotton L.J.; *Noble v. Alley*, [1951] S.C.R. 64, at p. 69, per Rand J. Where positive covenants are concerned, the general rule is that they do not run with the land: *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at para. 25; *Parkinson v. Reid*, [1966] S.C.R. 162, at p. 167.

[19] Strata Co. argues that there is no difference between enforcing a post-incorporation contract against it and enforcing the burden of a positive covenant against it as if it ran with the land: A.F., at para. 71. But this submission disregards the important distinction between contract law and property law: *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at para. 39; J. Beatson, A. Burrows and J. Cartwright, *Anson's Law of Contract* (30th ed. 2016), at pp. 27-28. Landowners may use real covenants to create rights enforceable by one owner against another, even in the absence of privity of contract: B. Ziff, *Principles of Property Law* (7th ed. 2018), at p. 448. The resulting interests are distinct from contractual rights, as a restrictive covenant binds subsequent purchasers in equity, whereas the right to contractual performance is a legal interest that is personal to the contracting parties. Another distinction between real covenants and contractual rights in this instance lies in the timing of the creation of the right. When equity is used to enforce a restrictive real covenant against a subsequent purchaser who purchased the land with notice of the covenant, the right being enforced is a pre-existing equitable right which persisted through the transfer from the predecessor in title: *Rhone*, at p. 317. Contractual rights, on the other hand, are created at the time of contract formation. In the case of a post-incorporation contract, they are created after the corporation comes into existence when the parties objectively manifest an intention to be bound by a new agreement on the same terms as those of the pre-incorporation contract. Thus, real covenants and contracts create juridically distinct forms of rights and obligations, which should not be confused with one another.

p. 1144-1145; *Austerberry c. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750 (C.A.), p. 773-774, le lord juge Cotton; *Noble c. Alley*, [1951] R.C.S. 64, p. 69, le juge Rand. Lorsqu'il s'agit d'engagements de faire, la règle générale est qu'ils ne peuvent se rattacher au bien-fonds : *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 25; *Parkinson c. Reid*, [1966] R.C.S. 162, p. 167.

[19] L'Association soutient qu'il n'y a aucune différence entre l'application à celle-ci d'un contrat postérieur à sa constitution et d'un engagement de faire considéré comme rattaché au bien-fonds : m.a., par. 71. Toutefois, cet argument fait abstraction de l'importante distinction entre le droit des contrats et le droit des biens : *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 39; J. Beatson, A. Burrows et J. Cartwright, *Anson's Law of Contract* (30^e éd. 2016), p. 27-28. Les propriétaires fonciers peuvent avoir recours à des engagements réels pour créer des droits opposables par un propriétaire à un autre, et ce, même s'il n'existe aucun lien contractuel entre eux : B. Ziff, *Principles of Property Law* (7^e éd. 2018), p. 448. Les intérêts qui en découlent se distinguent des droits contractuels, car un engagement de ne pas faire lie les acquéreurs éventuels en equity, alors que le droit à l'exécution du contrat est un intérêt juridique personnel pour les parties contractantes. Une autre distinction entre les engagements réels et les droits contractuels réside en l'espèce dans le moment où naît le droit. Lorsque les règles d'equity servent à opposer un engagement réel de ne pas faire à un acquéreur subséquent du bien-fonds informé de l'existence de cet engagement, le droit appliqué est un droit préexistant en equity qui a subsisté après que le prédécesseur en titre eut transféré son bien-fonds : *Rhone*, p. 317. Les droits contractuels, eux, naissent au moment de la formation du contrat. Dans le cas d'un contrat postérieur à la constitution en association, ils naissent après la constitution de l'association lorsque les parties manifestent objectivement leur intention d'être liées par une nouvelle entente selon les mêmes termes que le contrat préconstitutif. Par conséquent, les engagements réels et les contrats créent des formes juridiquement distinctes de droits et obligations, et ne devraient pas être confondus.

[20] Further, the historical reluctance of common law courts to impose the burden of either a positive or a restrictive real covenant on a subsequent purchaser was founded on the principle that “a person cannot be made liable upon a contract unless he was a party to it”: *Rhone*, at p. 316; see also p. 318. Thus, to enforce a positive covenant against a subsequent purchaser of land “would be to enforce a personal obligation against a person who has not covenanted”: *Rhone*, at p. 321. To enforce a positive covenant against a party to a contract, however, would be to enforce a personal obligation against a person who has in fact covenanted to perform that obligation. The imperative which militates against enforcing a covenant against a successor in title does not exist when the successor in title has assumed the covenant by way of a contract (i.e. the covenant will survive only if there is a chain of contracts between subsequent successors in title). The enforcement of a contractual right against a party to the contract is therefore not to be equated with the enforcement of a real covenant against a subsequent purchaser.

[21] *Strata Co.* also suggests that to find that a corporation entered into a post-incorporation contract concerning interests in land would be to create a novel mode of holding and enjoying real property interests: *A.F.*, at para. 74. However, there is nothing truly novel about a corporation entering into a post-incorporation contract which affects interests in land. There is no general prohibition against enforcing contractual obligations affecting interests in land other than s. 59 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 (“*LEA*”), which was not pleaded in this case. Privity of contract has always served as a means by which landowners may bypass the operation of the general rule that positive covenants do not run with the land, because “if there is privity of contract, all covenants are enforceable”: P. M. Perell, “Covenants as Contracts and as Interests in Land” (2005), 29 *Adv. Q.* 476, at p. 479; see also Ziff, at p. 472. As a result, a post-incorporation contract which affects interests in land does not represent a “new mod[e] of holding and enjoying real property”, and therefore does not offend the *numerus clausus*

[20] En outre, la réticence historique des tribunaux de common law à imposer à un acquéreur subséquent un engagement réel de faire ou de ne pas faire reposait sur le principe selon lequel [TRADUCTION] « une personne ne peut être liée par un contrat si elle n’y est pas partie » : *Rhone*, p. 316; voir aussi p. 318. Ainsi, imposer un engagement de faire à un acquéreur subséquent du bien-fonds « reviendrait à imposer une obligation personnelle à une personne qui ne s’est pas engagée à s’en acquitter » : *Rhone*, p. 321. Toutefois, imposer un engagement de faire à une partie à un contrat reviendrait à imposer une obligation personnelle à une personne qui s’est, en fait, engagée à s’en acquitter. Il n’existe pas d’impératif militant contre l’application d’un engagement à un successeur en titre lorsque ce dernier a accepté par contrat d’assumer cet engagement (ainsi l’engagement ne survivra que s’il y a une chaîne de contrats entre les successeurs en titre subséquents). Il n’y a donc pas d’équivalence entre l’application d’un droit contractuel à un cocontractant et l’application d’un engagement réel à un acquéreur subséquent.

[21] L’Association affirme également que de conclure qu’une société est devenue partie après sa constitution à un contrat touchant des intérêts fonciers reviendrait à créer un nouveau moyen de détenir des intérêts immobiliers et d’en jouir : *m.a.*, par. 74. Or, il n’y a rien de vraiment nouveau dans le fait, pour une société, de conclure un contrat postérieur à sa constitution qui touche des intérêts fonciers. De façon générale, rien n’interdit l’exécution d’obligations contractuelles relatives à des intérêts fonciers hormis l’art. 59 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 (« *LEA* »), qui n’a pas été invoqué en l’espèce. Les liens contractuels ont toujours servi aux propriétaires fonciers comme un moyen de contourner l’application de la règle générale selon laquelle des engagements de faire ne peuvent se rattacher au bien-fonds, car [TRADUCTION] « s’il existe des liens contractuels, tous les engagements ont force obligatoire » : P. M. Perell, « Covenants as Contracts and as Interests in Land » (2005), 29 *Adv. Q.* 476, p. 479; voir aussi Ziff, p. 472. Par conséquent, un contrat postérieur à la constitution d’une entité qui touche

principle: *Keppell v. Bailey* (1834), 2 My. & K. 517, 39 E.R. 1042, at p. 1049.

[22] In support of its argument, Strata Co. asserts that the need for certainty in the ascertainment of title and its incidental rights justifies limiting freedom of contract when the agreement at issue is a post-incorporation contract concerning interests in land: A.F., at paras. 75-81. Ensuring certainty in the ascertainment of title is, without a doubt, an objective of the scheme created by the *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250: see, e.g., ss. 20, 23, 26-27, 29, 282 and 288. However, this objective is, by definition, generally not concerned with rights *in personam* that operate only as between the parties to a contract: e.g. s. 20(1). The legislature's objective of ensuring certainty in the ascertainment of title is thus not a bar to the enforcement of a post-incorporation contract against a party to the post-incorporation contract.

[23] I appreciate that the members of a strata corporation may come and go, and that successive purchasers of strata lots will be bound by covenants arising from agreements to which they, as individual strata lot owners, were not parties. Thus, enforcing a post-incorporation contract may appear, from the perspective of the members of the strata corporation, to operate very similarly to an exception to the general rule that positive covenants do not run with the land. Rather than being a flaw in the legal framework, however, this appears to be a feature of the *SPA*, which gives a strata corporation the power and capacity of a natural person and specifically provides that the strata corporation itself may enter into contracts: *SPA*, ss. 2(2), 10, 30, 32, 35(2)(g) and 38(a); Ziff, at p. 472. Given the strata corporation's capacity to enter into contracts, its conduct may well cause a person to have a reasonable expectation that an agreement with the strata corporation will be legally binding. Parties' reasonable expectations are an interest which

des intérêts fonciers ne représente pas un [TRADUCTION] « nouveau [moyen] de détenir des biens réels et d'en jouir » et n'enfreint donc pas le principe du *numerus clausus* : *Keppell c. Bailey* (1834), 2 My. & K. 517, 39 E.R. 1042, p. 1049.

[22] Pour appuyer son argument, l'Association affirme que le besoin de certitude quant à la vérification du titre et des droits y afférents justifie de restreindre la liberté contractuelle des parties dont l'entente donne lieu à un contrat postérieur à la constitution d'une entité qui concerne des intérêts fonciers : m.a., par. 75-81. Garantir la certitude quant à la vérification d'un titre est, sans aucun doute, un objectif du régime créé par la *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250 : voir, p. ex., les art. 20, 23, 26-27, 29, 282 et 288. Mais par définition, cet objectif ne se rapporte généralement pas aux droits personnels qui ne visent que les parties à un contrat : voir, p. ex., par. 20(1). L'objectif législatif de garantir la certitude quant à la vérification d'un titre n'empêche donc pas une partie à un contrat postérieur à la constitution d'une entité de se voir opposer le contrat auquel elle a consenti.

[23] Je conviens que les membres d'une association condominiale peuvent changer au fil du temps, et que les acquéreurs subséquents des unités condominiales seront liés par des engagements découlant de conventions auxquelles ils n'étaient pas parties en tant que propriétaires individuels d'unités condominiales. Ainsi, du point de vue des membres de l'association condominiale, l'application d'un contrat postérieur à la constitution en association peut sembler correspondre à une exception à la règle générale selon laquelle des engagements de faire ne peuvent se rattacher au bien-fonds. Cela n'est pas un défaut du cadre juridique, mais plutôt une caractéristique de la *SPA*, qui confère aux associations condominiales le pouvoir et la capacité d'une personne physique et qui prévoit expressément que l'association condominiale elle-même peut conclure des contrats : *SPA*, par. 2(2), art. 10, 30 et 32, al. 35(2)(g) et 38(a); Ziff, p. 472. Puisque l'association condominiale a la capacité de conclure des contrats, sa

is generally protected in the common law of contracts: J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 32-33; S. M. Waddams, *The Law of Contract* (7th ed. 2017), at §§141 and 148. Thus, the public policy interests raised by Strata Co. do not outweigh the “very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123, per Binnie J. (dissenting, but not on this point).

[24] In conclusion, an otherwise valid and effective post-incorporation contract is not unenforceable simply because its terms affect interests in land.

B. *What Is the Correct Analytical Approach to Take in Order to Find That Parties Have Entered Into a Post-Incorporation Contract on the Same Terms as Those of a Pre-Incorporation Contract?*

[25] I begin on this point by laying out the basic principles applicable to pre-incorporation contracts, which boil down quite simply to the proposition that, although a corporation is not bound by a pre-incorporation contract, it may, after coming into existence, enter into a new contract on the same terms as those of the pre-incorporation contract. I then address what the parties have identified as divergent lines of authority on the analytical approach to be taken in order to determine when a corporation has entered into a post-incorporation contract, as well as on the role of the intentions of the parties to the pre-incorporation contract in that approach.

[26] An agreement entered into prior to incorporation, even one that was purportedly entered into on behalf of the corporation, is not binding on the corporation once it comes into existence: *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, at pp. 184-85, per Willes J., at p. 186, per Byles J. At common law, a corporation

conduite pourrait amener une personne à s’attendre raisonnablement à ce qu’une convention passée avec cette association ait force obligatoire. Les attentes raisonnables des parties constituent un intérêt que les règles contractuelles de la common law visent généralement à protéger : J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 32-33; S. M. Waddams, *The Law of Contract* (7^e éd. 2017), §§141 et 148. Par conséquent, les intérêts publics invoqués par l’Association ne l’emportent pas sur le « très grand intérêt public lié à l’application des contrats » : *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123, le juge Binnie (dissident, mais non sur ce point).

[24] En conclusion, un contrat postérieur à la constitution d’une entité qui est par ailleurs valide et en vigueur n’est pas inexécutoire simplement parce que ses termes touchent des intérêts fonciers.

B. *Quelle est la méthode d’analyse appropriée pour déterminer si les parties ont conclu un contrat postérieur à la constitution d’une entité selon les mêmes termes qu’un contrat préconstitutif?*

[25] Je commencerai mon analyse de cette question en exposant les principes fondamentaux applicables aux contrats préconstitutifs, qui se résument tout simplement à la proposition selon laquelle une société, même si elle n’est pas liée par un contrat préconstitutif, peut néanmoins conclure après sa création un nouveau contrat selon les mêmes termes que le contrat préconstitutif. Je me pencherai ensuite sur ce que les parties ont qualifié de courants jurisprudentiels opposés quant à la méthode d’analyse appropriée pour déterminer quand une société a conclu un contrat postérieur à sa constitution, et quant au rôle que cette méthode d’analyse réserve aux intentions de ceux qui sont parties au contrat préconstitutif.

[26] Une convention conclue avant la constitution d’une société, même si elle a été censément conclue au nom de la société, ne lie pas celle-ci après sa création : *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, p. 184-185, le juge Willes, p. 186, le juge Byles. En common law, une société ne peut pas ratifier ou

is incapable of ratifying or adopting a pre-incorporation contract, because a person cannot ratify or adopt a contract if they were not in a condition to be bound by it at the time it was made: *Kelner*, at p. 183, per Erle C.J., at p. 184, per Willes J., at pp. 185-86, per Byles J.; *In re Empress Engineering Co.* (1880), 16 Ch. D. 125 (C.A.), at p. 128, per Jessel M.R., at p. 130, per James L.J.; *In re Northumberland Avenue Hotel Co.* (1886), 33 Ch. D. 16 (C.A.), at p. 20, per Cotton L.J.; *Natal Land and Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd.*, [1904] A.C. 120 (P.C.), at p. 126. A corporation can, however, enter into a post-incorporation contract on the same terms as the pre-incorporation contract: *Empress Engineering*, at p. 128, per Jessel M.R.; *Natal Land*, at p. 126.

[27] In contrast to the position at common law, company legislation throughout Canada generally provides that a business corporation may adopt a pre-incorporation contract by any act or conduct signifying its intention to be bound by the contract: e.g. *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57, s. 20(3) (“BCA”); *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 14(2); *Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9, s. 15(3); *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 21(2). Thus, company legislation permits a business corporation to adopt the pre-incorporation contract, whereas the common law rule is that a corporation must enter into a new agreement on the same terms as the pre-incorporation contract. In British Columbia, the statutory framework does not enable a strata corporation to adopt a pre-incorporation contract, because s. 20 of the *BCA* does not apply to strata corporations: *SPA*, s. 291. Instead, the corporation must enter into a post-incorporation contract on the same terms as the pre-incorporation contract. This begs the question of what is required to establish a post-incorporation contract that is binding on a strata corporation at common law.

[28] There are two divergent lines of authority on post-incorporation contracts. According to the first approach, the conduct of the parties and the surrounding circumstances must be considered in order to

adopter un contrat préconstitutif, car une personne ne peut ni ratifier ni adopter un contrat auquel elle n’était pas en état de se soumettre au moment où celui-ci a été formé : *Kelner*, p. 183, le juge en chef Erle, p. 184, le juge Willes, p. 185-186, le juge Byles; *In re Empress Engineering Co.* (1880), 16 Ch. D. 125 (C.A.), p. 128, le maître des rôles Jessel, p. 130, le lord juge James; *In re Northumberland Avenue Hotel Co.* (1886), 33 Ch. D. 16 (C.A.), p. 20, le lord juge Cotton; *Natal Land and Colonization Co. c. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd.*, [1904] A.C. 120 (C.P.), p. 126. Une société peut toutefois conclure un contrat postérieur à sa constitution selon les mêmes termes qu’un contrat préconstitutif : *Empress Engineering*, p. 128, le maître des rôles Jessel; *Natal Land*, p. 126.

[27] Contrairement aux règles de common law, les lois sur les sociétés au Canada prévoient généralement qu’une société par actions peut adopter un contrat préconstitutif si ses actes ou sa conduite expriment son intention d’être liée : voir, p. ex., *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57, par. 20(3) (« BCA »); *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, par. 14(2); *Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9, par. 15(3); *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16, par. 21(2). Par conséquent, les lois sur les sociétés permettent aux sociétés par actions d’adopter le contrat préconstitutif, alors que la règle de common law exige que celles-ci concluent un nouvel accord selon les mêmes termes que le contrat préconstitutif. En Colombie-Britannique, le cadre législatif ne permet pas à une association condominiale d’adopter un contrat préconstitutif, car l’art. 20 de la *BCA* ne s’applique pas aux associations condominiales : *SPA*, art. 291. Les associations condominiales doivent plutôt conclure un contrat postérieur à leur constitution selon les mêmes termes que le contrat préconstitutif. La question suivante se pose alors : que faut-il établir pour qu’un contrat postérieur à la constitution lie une association condominiale selon les règles de common law?

[28] Deux courants jurisprudentiels sur les contrats postérieurs à la constitution s’opposent. Selon une première approche, la conduite des parties et les circonstances doivent être prises en compte pour

determine whether the parties objectively manifested an intention to enter into a post-incorporation agreement on the same terms as the pre-incorporation contract: *Touche v. Metropolitan Railway Warehousing Co.* (1871), L.R. 6 Ch. App. 671; *Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co.* (1888), 38 Ch. D. 156. The second approach is more subjective than the first. It involves considering whether the company's post-incorporation conduct was animated by an erroneous opinion that the company was bound by the pre-incorporation contract. According to this second approach, "the acting on that erroneous opinion, does not make a good contract": *Northumberland Avenue Hotel*, at p. 20, per Cotton L.J.; see also *Bagot Pneumatic Tyre Co. v. Clipper Pneumatic Tyre Co.*, [1901] 1 Ch. D. 196.

[29] The first approach coincides with the common law's long adherence to an objective theory of contract formation. The classic statement of the objective theory comes from *Smith v. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597, at p. 607, per Blackburn J.:

If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into [a] contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.

[30] The objective theory has found clear expression in this Court's contract formation jurisprudence. For example, in *Saint John Tug Boat Co. v. Irving Refining Ltd.*, [1964] S.C.R. 614, Ritchie J. endorsed the classic statement from *Smith* and held that an objective approach is required for the purpose of determining whether a course of conduct constitutes acceptance of an offer: p. 622. He found on this basis that a contract had been formed as a result of an oil refinery operator's acquiescence in the continued provision of a tug boat's services after an express agreement between them had expired and, crucially, notwithstanding the operator's subjective opinion that it had not agreed to pay for the continued service:

déterminer si les parties ont manifesté objective-ment leur intention de conclure une entente postérieure à la constitution d'une entité selon les mêmes termes que le contrat préconstitutif : *Touche c. Metropolitan Railway Warehousing Co.* (1871), L.R. 6 Ch. App. 671; *Howard c. Patent Ivory Manufacturing Co.* (1888), 38 Ch. D. 156. La deuxième approche est plus subjective; elle consiste à se demander si la conduite de la société après sa constitution était motivée par une opinion erronée selon laquelle elle était liée par le contrat préconstitutif. Selon cette deuxième approche, [TRADUCTION] « les actes fondés sur cette opinion erronée ne donnent pas lieu à un contrat valide » : *Northumberland Avenue Hotel*, p. 20, le lord juge Cotton; voir aussi *Bagot Pneumatic Tyre Co. c. Clipper Pneumatic Tyre Co.*, [1901] 1 Ch. D. 196.

[29] La première approche coïncide avec l'adhésion de longue date de la common law à une théorie objective de la formation des contrats. L'énoncé classique de cette théorie provient de l'arrêt *Smith c. Hughes* (1871), L.R. 6 Q.B. 597, p. 607, où le juge Blackburn a déclaré :

[TRADUCTION] Si, quelle que soit son intention réelle, un individu se conduit d'une manière qui porte une personne raisonnable à croire qu'il a consenti aux termes proposés par l'autre partie et que cette autre partie, s'appuyant sur cette croyance, conclut un contrat avec lui, l'individu devient lié par ledit contrat comme s'il avait eu l'intention de consentir aux termes de l'autre partie.

[30] Cette théorie objective a été clairement exprimée dans la jurisprudence de notre Cour sur la formation des contrats. Par exemple, dans l'arrêt *Saint John Tug Boat Co. c. Irving Refining Ltd.*, [1964] R.C.S. 614, le juge Ritchie a souscrit à l'énoncé classique de la décision *Smith* et a statué qu'une analyse objective s'impose pour déterminer si un type de conduite constitue une acceptation d'une offre : p. 622. Il a conclu sur ce fondement qu'un contrat était intervenu après qu'un opérateur d'une raffinerie de pétrole eut donné son assentiment à ce que des services de bateau-remorqueur continuent de lui être fournis, malgré l'expiration de l'entente expresse qui avait été conclue et, fait crucial, malgré

p. 623; see also *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54, at p. 63; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101, at para. 39.

[31] The subjective approach taken in *Northumberland Avenue Hotel* and *Bagot Pneumatic Tyre* is anomalous, because parties' reasonable expectations are generally protected in the common law of contracts: McCamus, at pp. 32-33; Waddams, at §§141 and 148. This general rule means that "a subjective mutual consensus is neither necessary nor sufficient for the creation of an enforceable contract" and that "a person may be bound by contractual obligations that she did not intend (subjectively) to assume": Waddams, at §§92 and 146. At common law, the risk arising from one party's reasonable reliance on the existence of an agreement is allocated to the party whose conduct gave rise to a reasonable expectation that a contract between the parties would be legally binding. But the subjective approach in *Northumberland Avenue Hotel* and *Bagot Pneumatic Tyre* allocates that risk to the wrong party by excusing the corporation from liability even though the corporation, by its conduct, had objectively manifested its assent to be bound by the terms of the pre-incorporation agreement.

[32] Misunderstandings, errors and other irregularities which may arise during the contract formation process are generally addressed through the doctrines of mistake, misrepresentation, *non est factum* and — at least to some extent — unconscionability, as well as through the remedies of rectification and rescission. Because of the unfortunate bifurcation of this case, unconscionability and mistake, although pleaded by Strata Co., were not addressed in the courts below and are not before this Court. It would be undesirable for this Court to develop a post-incorporation contract doctrine, particularly in a way that is out of step with its general contract formation jurisprudence, in order to account for the possibility of an irregularity in the contract formation process when other doctrines that have not been

que l'opérateur croyait subjectivement n'avoir pas consenti à payer pour la continuité de ces services : p. 623; voir aussi *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54, p. 63; *Chartbrook Ltd. c. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101, par. 39.

[31] La méthode subjective utilisée dans les arrêts *Northumberland Avenue Hotel* et *Bagot Pneumatic Tyre* est incongrue, car les attentes raisonnables des parties sont généralement protégées dans le droit des contrats en common law : McCamus, p. 32-33; Waddams, §§141 et 148. Cette règle générale signifie qu'un [TRADUCTION] « consentement mutuel subjectif n'est ni nécessaire ni suffisant pour la formation d'un contrat ayant force obligatoire », et qu'« une personne peut être liée par des obligations contractuelles qu'elle n'avait pas (subjectivement) l'intention d'assumer » : Waddams, §§92 et 146. En common law, le risque qu'une partie se fonde raisonnablement sur l'existence d'une convention est assumé par la partie dont la conduite a fait naître une attente raisonnable qu'un contrat passé entre elles aurait force obligatoire. Or, l'approche subjective utilisée dans les arrêts *Northumberland Avenue Hotel* et *Bagot Pneumatic Tyre* fait assumer le risque par la mauvaise partie en exonérant de toute responsabilité la société, bien que celle-ci ait manifesté objectivement, par sa conduite, son assentiment à être liée par les termes de la convention préconstitutive.

[32] En général, les doctrines de l'erreur, de la déclaration inexacte, du *non est factum* et — du moins dans une certaine mesure — de l'iniquité, ainsi que les réparations que constituent la rectification et la résiliation, sont utilisées pour corriger les malentendus, les erreurs et les autres irrégularités pouvant survenir durant le processus de formation des contrats. En raison de la regrettable bifurcation de la présente affaire, les doctrines de l'iniquité et de l'erreur, quoique plaidées par l'Association, n'ont pas été abordées devant les juridictions inférieures et ne sont pas soumises à notre Cour. Il ne serait donc pas souhaitable que notre Cour élabore une doctrine relative aux contrats postérieurs à la constitution, particulièrement d'une façon qui est incompatible avec sa jurisprudence générale sur la formation des

argued before the Court serve the same purpose and are better suited to accommodate such concerns. As there is no principled basis for exempting post-incorporation contracts from the generally applicable body of common law principles governing contract formation, the subjective approach to post-incorporation contracts does not apply.

[33] In sum, an “outward manifestation of assent by each party such as to induce a reasonable expectation in the other” is required in order to find that a binding post-incorporation contract exists: *Waddams*, at §25. The test is objective. It requires an examination of how each party’s conduct would appear to a reasonable person in the position of the other party: P. Benson, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law* (2019), at pp. 112-13. Thus, a court should determine whether a reasonable person in the position of one party would consider that the other party’s conduct constituted an offer: *Grant v. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (S.C. (App. Div.)), at para. 12. And, conversely, whether a reasonable person in the position of the latter would consider that the former’s conduct constituted an acceptance: *Saint-John Tug Boat*, at pp. 621-22. The pre-incorporation contract is merely one aspect of the objective circumstances that can be used to interpret the parties’ conduct and from which the terms of a post-incorporation contract may be inferred.

[34] Strata Co. argues that there can be no post-incorporation contract unless there was an agent who intended to contract on behalf of the corporation when it entered into the pre-incorporation contract: A.F., at paras. 101 and 103. But, given that the analytical approach to determining whether a post-incorporation contract exists is rooted in the common law’s general approach to contract formation, it follows that the intentions of the parties to the pre-incorporation contract are not determinative of

contrats, pour tenir compte de la possibilité qu’une irrégularité se soit glissée dans le processus de formation du contrat quand d’autres doctrines, qui n’ont pas été invoquées ici, poursuivent le même objectif et s’avèrent mieux adaptées pour répondre à de telles préoccupations. Puisqu’il n’y a aucune raison de principe de soustraire les contrats postérieurs à la constitution aux principes généraux de common law régissant la formation des contrats, l’approche subjective des contrats postérieurs à la constitution ne s’applique pas.

[33] En résumé, une [TRADUCTION] « manifestation extériorisée de l’assentiment de chaque partie qui fasse naître chez l’autre une attente raisonnable » est nécessaire pour conclure à l’existence d’un contrat postérieur à la constitution ayant force obligatoire : *Waddams*, §25. Le test est objectif. Il exige d’examiner comment la conduite de chaque partie serait perçue par une personne raisonnable placée dans la même situation que l’autre partie : P. Benson, *Justice in Transactions : A Theory of Contract Law* (2019), p. 112-113. En conséquence, le tribunal doit déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation qu’une partie considérerait la conduite de l’autre partie comme une offre : *Grant c. Province of New Brunswick* (1973), 6 N.B.R. (2d) 95 (C.S. (Div. app.)), par. 12, et, réciproquement, si une personne raisonnable placée dans la même situation que cette dernière partie considérerait la conduite de la première partie comme une acceptation : *Saint John Tug Boat*, p. 621-622. Le contrat préconstitutif n’est qu’un aspect des circonstances objectives susceptibles de servir à interpréter la conduite des parties et à partir desquelles les termes d’un contrat postérieur à la constitution peuvent être déduits.

[34] L’Association soutient qu’il ne peut y avoir de contrat postérieur à la constitution en société à moins qu’un mandataire de la société appelée à être constituée ait eu l’intention de contracter en son nom au moment où le contrat préconstitutif a été conclu : m.a., par. 101 et 103. Toutefois, puisque la méthode d’analyse servant à déterminer l’existence d’un contrat postérieur à la constitution s’appuie sur la façon générale d’aborder la formation des contrats en common law, les intentions des parties au contrat

the issue. This is so because the parties to the pre-incorporation contract are strangers to the post-incorporation contract. The possibility that one of the parties to the pre-incorporation contract represented itself as an agent for a soon-to-be-incorporated entity is not particularly relevant to the determination of what the parties to the post-incorporation contract objectively intended. In any event, the search for a pre-incorporation agent is something of a wild goose chase, because one cannot be an agent for a non-existent principal.

[35] Nonetheless, the objective intentions of the parties to the pre-incorporation contract may be relevant insofar as the pre-incorporation contract prescribes certain benefits and burdens for a soon-to-be-incorporated entity, as that will assist the court in interpreting how a reasonable person would have perceived the parties' post-incorporation conduct. Thus, an inference of offer and acceptance may readily follow where the "benefit . . . and burden . . . are contemplated pre-incorporation, and are then acted upon exactly as contemplated post-incorporation": *Phelps Holdings Ltd. v. Strata Plan VIS 3430*, 2010 BCCA 196, 71 B.L.R. 1, at para. 19.

[36] My reaffirmation of traditional contract law principles does not, as my colleague suggests, differ from the Court of Appeal's reasoning regarding its own jurisprudence, and in particular regarding *Heinhuis v. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239. In my respectful view, I do not read *Heinhuis* as a departure from the framework I reiterate here. Although McLachlin J.A. (as she then was) did not find it necessary to engage in an analysis in the traditional terms of offer, acceptance and consideration, she was prepared to do so: pp. 244-45. There is no principled reason to exempt post-incorporation contracts from generally applicable contract law principles, nor do I read the Court of Appeal's reference to *Heinhuis* as suggesting that they should be. The conventional approach to contract formation is to construe the parties' course of conduct according to the traditional requirements of offer and acceptance: *Gibson v. Manchester City Council*, [1979]

préconstitutif ne sont pas décisives pour trancher la question. Il en est ainsi parce que ces parties sont étrangères au contrat postérieur à la constitution. La possibilité qu'une des parties au contrat préconstitutif se soit présentée comme représentant une entité sur le point d'être constituée n'est pas particulièrement pertinente pour établir l'intention objective des parties au contrat postérieur à la constitution. De toute façon, la recherche d'un mandataire avant la constitution d'une société est une démarche quelque peu futile, car on ne peut pas être le mandataire d'un mandant inexistant.

[35] Néanmoins, les intentions objectives des parties au contrat préconstitutif peuvent être pertinentes dans la mesure où ce contrat prévoit des avantages et obligations visant une entité sur le point d'être constituée, puisque cela aidera le tribunal à interpréter la manière dont une personne raisonnable aurait perçu la conduite des parties après la constitution de l'entité. Ainsi, il sera facile d'inférer qu'une offre a été faite et acceptée lorsque [TRADUCTION] « l'avantage [. . .] et l'obligation [. . .] sont prévus avant la constitution, et sont ensuite exécutés exactement comme prévu après la constitution » : *Phelps Holdings Ltd. c. Strata Plan VIS 3430*, 2010 BCCA 196, 71 B.L.R. 1, par. 19.

[36] Le fait que je réaffirme les principes traditionnels du droit des contrats ne diffère pas, comme le laisse entendre mon collègue, du raisonnement adopté par la Cour d'appel en lien avec sa propre jurisprudence, et plus particulièrement concernant l'arrêt *Heinhuis c. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239. À mon humble avis, l'arrêt *Heinhuis* ne constitue pas une déviation du cadre que je réitère en l'espèce. Bien que la juge McLachlin (plus tard juge en chef) n'ait pas jugé nécessaire de procéder à une analyse des éléments traditionnels que sont l'offre, l'acceptation et la contrepartie, elle n'en demeurerait pas moins prête à le faire : p. 244-245. Il n'y a aucune raison de principe de soustraire les contrats postérieurs à la constitution aux principes généraux du droit des contrats, et je ne conclus pas du renvoi de la Cour d'appel à l'arrêt *Heinhuis* que tel devrait être le cas. La méthode conventionnelle relative à la formation des contrats consiste à

1 W.L.R. 294 (H.L.), at p. 297, per Lord Diplock; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk*, 2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679, at para. 16.

[37] To conclude, the applicable test for finding that a post-incorporation contract exists is the same as the one for finding that any other agreement exists at common law. The test is objective, and the offer, acceptance, consideration and terms may be inferred from the parties' conduct and from the surrounding circumstances.

C. *Can a Strata Corporation Enter Into a Post-Incorporation Contract by Its Conduct?*

[38] I now address the question of whether the SPA ousts the ordinary common law principles relating to contract formation. If it does not, I will then consider whether there is a compelling need to alter or preclude the operation of those principles in the context of strata corporations.

[39] The common law forms part of the context in which a legislature enacts statutes, and the legislature is presumed not to have intended to alter or extinguish common law rules in doing so: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39. In addition, when the legislature uses a term that has an established legal meaning, it is presumed to have given the term that meaning in the statute in question: *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 20. In the SPA, the legislature has granted a strata corporation the power and capacity of a "natural person": s. 2(2). At common law, a natural person is capable of entering into a contract by way of objective conduct which signifies the person's assent to be bound by an agreement. Thus, the legislature is presumed to have intended to grant a strata corporation the power of a "natural person" to contract by way of conduct,

interpréter la conduite des parties conformément aux exigences traditionnelles de l'offre et de l'acceptation : *Gibson c. Manchester City Council*, [1979] 1 W.L.R. 294 (H.L.), p. 297, le lord Diplock; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk*, 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679, par. 16.

[37] En conclusion, le test applicable pour établir l'existence d'un contrat postérieur à la constitution ne diffère pas du test applicable en common law pour établir l'existence de toute autre convention. Il s'agit d'un test objectif, et l'offre, l'acceptation, la contrepartie et les termes peuvent être inférés à partir de la conduite des parties et des circonstances entourant la conclusion du contrat.

C. *Une association condominiale peut-elle conclure un contrat postérieur à sa constitution par sa conduite?*

[38] Je me penche maintenant sur la question de savoir si la SPA écarte les principes ordinaires de common law régissant la formation des contrats. Dans la négative, j'examinerai alors la question de savoir s'il existe un besoin impérieux de modifier ou d'empêcher l'application de ces principes dans un contexte d'associations condominiales.

[39] La common law fait partie du contexte dans lequel un législateur adopte des lois, et il faut présumer que le législateur n'a pas l'intention de modifier ni d'écarter les principes de common law lorsqu'il adopte des lois : *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39. Qui plus est, lorsque le législateur utilise un terme comportant un sens juridique défini, on présume qu'il lui a donné ce sens dans la loi en question : *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 20. Dans la SPA, le législateur a conféré aux associations condominiales le pouvoir et la capacité d'une [TRADUCTION] « personne physique » : par. 2(2). En common law, une personne physique peut conclure un contrat par une conduite qui démontre objectivement son consentement à être liée par une convention. Par conséquent, on présume que le législateur avait l'intention de conférer aux

and is also presumed not to have intended to alter or extinguish the common law rule in this respect.

[40] These presumptions can be rebutted only by establishing a clear expression of legislative intent to the contrary: *Heritage Capital*, at paras. 30-31; *D.L.W.*, at paras. 18-20. There is no indication in the *SPA* of a clear legislative intent to rebut the presumptions. *Strata Co.* points to the fact that the *BCA*'s provisions regarding pre-incorporation and post-incorporation contracts do not apply to strata corporations as a signal that the legislature intended to exclude the operation of the common law principles with respect to post-incorporation contracts: *SPA*, s. 291; *BCA*, s. 20. However, this legislative choice says nothing about the applicability of the common law in this regard. On the contrary, there are signs in the *SPA* that the legislature in fact intended to allow strata corporations to enter into unwritten agreements by their conduct. While s. 35(2)(g) does provide that a strata corporation must prepare a record of, among other things, "written contracts" to which the strata corporation is a party, it is the only provision in the *SPA* which refers exclusively to "written contracts". There are, on the other hand, numerous references simply to "contract" and "contracts" in various contexts throughout the Act: e.g. *SPA*, ss. 10, 30, 32, 35(2)(g) and 38(a). In particular, s. 38 provides that a strata corporation has the capacity to enter into contracts in respect of its powers and duties under the *SPA* and under its bylaws. This provision makes no reference to "written contracts". If the legislature wished to limit the capacity of strata corporations to contract only through written agreements, it could easily have indicated this preference in the text of the statute, either expressly or by necessary implication. Because the legislature did not do so, the presumptions are not rebutted.

associations condominiales le pouvoir dont jouit une « personne physique » de conclure un contrat par sa conduite, mais on présume aussi qu'il n'avait pas l'intention de modifier ni d'écarter les règles de common law à cet égard.

[40] Ces présomptions ne peuvent être réfutées que si une intention contraire est exprimée clairement par le législateur : *Heritage Capital*, par. 30-31; *D.L.W.*, par. 18-20. Rien dans la *SPA* n'indique que le législateur avait clairement l'intention de réfuter ces présomptions. Selon l'Association, le fait que les dispositions de la *BCA* concernant les contrats antérieurs et postérieurs à la constitution d'une société ne s'appliquent pas aux associations condominiales démontre que le législateur avait l'intention d'exclure les contrats postérieurs à la constitution du champ d'application des principes de common law : *SPA*, art. 291; *BCA*, art. 20. Cependant, ce choix législatif ne dit rien au sujet de l'applicabilité des principes de common law à cet égard. Au contraire, la *SPA* contient plutôt des indices démontrant que le législateur voulait en fait que les associations condominiales puissent conclure des conventions non écrites par leur conduite. Bien que l'al. 35(2)(g) prévoit qu'une association condominiale doit tenir un registre où sont consignés, entre autres choses, les [TRADUCTION] « contrats écrits » auxquels elle est partie, il s'agit de la seule disposition de la *SPA* qui renvoie exclusivement aux « contrats écrits ». Il y a pourtant de nombreuses mentions des termes « contrat » et « contrats » employés dans divers contextes à travers l'ensemble de cette loi : voir, p. ex., *SPA*, art. 10, 30, 32, al. 35(2)(g) et 38(a). Plus particulièrement, l'art. 38 dispose que les associations condominiales ont la capacité de conclure des contrats conformément à leurs pouvoirs et fonctions en vertu de la *SPA* et de leurs règlements. Le terme « contrats écrits » n'est pas employé dans cette disposition. Si le législateur souhaitait limiter la capacité des associations condominiales de conclure des contrats en leur permettant uniquement de conclure des conventions écrites, le libellé de la loi aurait facilement pu indiquer cette préférence, de façon expresse ou par déduction nécessaire. Comme le législateur ne l'a pas fait, les présomptions en question ne sont pas réfutées.

[41] Strata Co. submits that finding that a post-incorporation contract exists on the basis of conduct is inconsistent with the manner in which strata councils make decisions, exercise powers and record decisions made on behalf of strata corporations: A.F., at para. 115. The opposite is true, however: finding that a contract is binding on a strata corporation on the basis of its objective conduct is not inconsistent with the SPA's governance model for strata corporations. The legislative scheme includes a form of indoor management rule, as s. 30(1) provides that the validity of a contract made by a strata corporation is not affected by a defect in the appointment or election of the council member or officer who makes the contract on the corporation's behalf or by a limitation on the authority of the council member or officer to act on its behalf. Thus, the legislature provided that a defect in the strata corporation's internal management processes should not defeat the *bona fide* reasonable expectations of third parties dealing with the strata corporation.

[42] Strata Co. also argues that finding that a post-incorporation contract exists on the basis of conduct opens an avenue for the Developer to enter into self-serving contracts in its capacity as both the developer and the initial owner of the strata property: A.F., at para. 79. However, there is no compelling reason to alter the common law of contracts as applied to strata corporations in order to protect strata lot purchasers from unscrupulous practices or unfair surprises from developers, because British Columbia's legislative framework already includes several protections for strata lot purchasers. One is that, so long as the developer controls the strata corporation, it is required to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the strata corporation, and to exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person: SPA, s. 6(1). The legislature has also imposed a restriction on the strata corporation's ability to enter into non-arm's length agreements with the developer in the period after the first conveyance of a strata lot to a purchaser

[41] Selon l'Association, conclure à l'existence d'un contrat postérieur à la constitution sur le fondement d'une conduite est incompatible avec la façon dont les conseils d'administration de condominiums prennent des décisions, exercent leurs pouvoirs et consignent les décisions prises au nom des associations condominiales : m.a., par. 115. Mais l'inverse est vrai : conclure qu'un contrat est opposable à une association condominiale sur le fondement de sa conduite objective n'est pas incompatible avec le modèle de gouvernance des associations condominiales établi dans la SPA. Ce régime législatif prévoit une forme de règle de gestion interne : le par. 30(1) prévoit que la validité d'un contrat conclu par une association condominiale n'est pas compromise par un vice entachant la nomination ou l'élection du membre ou du représentant du conseil qui conclut le contrat au nom de l'association, ou par une limitation au pouvoir conféré à ce membre ou à ce représentant du conseil d'agir au nom de l'association. Par conséquent, le législateur a prévu qu'un vice dans les processus de gestion interne d'une association condominiale ne devrait pas réduire à néant les attentes raisonnables véritables des tiers qui font affaire avec elle.

[42] L'Association soutient aussi que de conclure à l'existence d'un contrat postérieur à la constitution sur le fondement d'une conduite permet au promoteur de passer des contrats servant ses propres intérêts, à la fois en tant que promoteur et en tant que propriétaire initial de la propriété condominiale : m.a., par. 79. Toutefois, il n'y a aucune raison impérieuse de modifier les règles de common law en matière contractuelle qui s'appliquent aux associations condominiales afin de protéger les acquéreurs d'unités condominiales des pratiques peu scrupuleuses ou des pratiques injustes inattendues de la part de promoteurs, car les lois de la Colombie-Britannique offrent déjà de nombreuses protections aux acquéreurs d'unités condominiales. L'une d'entre elles exige du promoteur qu'il agisse, tant et aussi longtemps qu'il contrôle l'association condominiale, avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de l'association, et avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve une personne raisonnablement prudente : SPA, par. 6(1). Dans les

but before the first annual general meeting: *SPA*, s. 10. As well, at the first annual general meeting, the developer is required to disclose all contracts entered into by or on behalf of the strata corporation: *SPA*, s. 20(2)(a)(iii). Thus, the legislature has already anticipated this problem and enacted provisions to address it.

[43] In addition to the protections provided for in the *SPA*, the legislature has enacted additional protections in the *Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, c. 41 (“*REDMA*”). Although *REDMA* does not apply to all property developments (see *Real Estate Development Marketing Regulation*, B.C. Reg. 230/2018, s. 3(2)), where it does apply, a developer is not permitted to sell a development property to a purchaser without providing a statement of material facts about the development that contains no misrepresentations: *REDMA*, ss. 14 and 15. A developer’s breach of this disclosure obligation may entitle a purchaser to rescind the contract and may render the purchase agreement unenforceable against the purchaser: *REDMA*, ss. 21 and 23. The protections in the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, may also apply to certain transactions in accordance with the criteria set out in that Act. Moreover, s. 59 of the *LEA* addresses fraudulent transactions concerning interests in land. All of these provisions are in addition to the full range of protections and defenses available to any contracting party at common law or in equity. Thus, there does not appear to be any compelling reason to alter the common law of contracts as applied to strata corporations in order to protect strata lot purchasers.

[44] On the other hand, there are very compelling reasons why general contract law principles should continue to apply to strata developments.

cas où il existe un lien de dépendance, le législateur a restreint la capacité de l’association condominiale à contracter avec le promoteur pendant la période suivant le premier transfert de propriété d’une unité condominiale à un acquéreur, mais précédant la première assemblée générale annuelle : *SPA*, art. 10. De plus, à la première assemblée générale annuelle, le promoteur doit divulguer tous les contrats conclus au nom de l’association ou pour son compte : *SPA*, sous-al. 20(2)(a)(iii). Le législateur avait donc déjà anticipé ce problème et adopté des dispositions législatives pour y remédier.

[43] En plus des protections prévues dans la *SPA*, le législateur a adopté des dispositions prévoyant des protections additionnelles dans la *Real Estate Development Marketing Act*, S.B.C. 2004, c. 41 (« *REDMA* »). Bien que la *REDMA* ne s’applique pas à tous les projets immobiliers (voir le règlement intitulé *Real Estate Development Marketing Regulation*, B.C. Reg 230/2018, par. 3(2)), elle empêche, dans les cas où elle s’applique, un promoteur de vendre à un acquéreur un bien-fonds faisant partie d’un projet sans lui fournir un exposé des faits pertinents concernant ledit projet qui ne contient aucune déclaration inexacte : *REDMA*, art. 14 et 15. Si le promoteur manque à cette obligation de divulgation, l’acquéreur pourrait résilier le contrat d’achat et celui-ci pourrait devenir inopposable à l’acquéreur : *REDMA*, art. 21 et 23. Les protections prévues dans la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, peuvent également s’appliquer à certaines opérations conformément aux critères établis dans cette Loi. De plus, l’art. 59 de la *LEA* porte sur les opérations frauduleuses concernant des intérêts fonciers. Toutes ces dispositions s’ajoutent à l’ensemble des protections et des moyens de défense qui sont à la disposition de toute partie contractante en common law ou en equity. Par conséquent, il ne semble y avoir aucune raison impérieuse de modifier les règles de common law en matière contractuelle qui s’appliquent aux associations condominiales afin de protéger les acquéreurs d’unités condominiales.

[44] Par contre, il existe des raisons fortement impérieuses pour lesquelles les principes généraux du droit des contrats devraient continuer de

Lord Mansfield’s old dictum that in commercial law “the great object should be certainty” is as relevant today as it was in the eighteenth century: *Vallejo v. Wheeler* (1774), 1 Cowp. 143, 98 E.R. 1012, at p. 1017. In the same vein, this Court has stated that the common law of contracts should be developed in a way that “gives due weight to the importance of private ordering and certainty in commercial affairs”: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 66. In addition, this Court takes account of the “reasonable expectations of commercial parties” when contemplating a change to the common law: *Bhasin*, at paras. 32, 34, and 41. Abrogating the generally applicable principles of contract formation in the case of strata corporations would undermine commercial certainty and thwart the reasonable expectations of commercial parties by casting aside the wisdom and experience found in centuries of incrementally developed precedent and principle governing commercial relations. Rather than attempting to reinvent contract law to accommodate the novelty of strata property ownership, this Court can in my view do no better than to “avail [itself] of the general bank and capital of nations and of ages” by resorting to the settled and generally applicable principles established in the jurisprudence: E. Burke, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings of certain Societies in London relative to that event* (1790), at p. 84. Thus, the need for certainty in commercial affairs and the importance of protecting the reasonable expectations of commercial parties compel the continued ordinary operation of the common law in this area.

[45] In conclusion, there was nothing to preclude the Court of Appeal from finding that Strata Co. had entered into a post-incorporation contract on the relevant terms of the ASP Agreement. Whether the evidence supported the existence of such a contract is, however, another question, and one on which the trial judge and the Court of Appeal disagreed. I now turn to that question.

s’appliquer aux complexes condominaux. La vieille maxime de lord Mansfield selon laquelle en droit commercial, [TRADUCTION] « la stabilité devrait être le grand objectif » est tout aussi pertinente aujourd’hui qu’elle l’était au dix-huitième siècle : *Vallejo c. Wheeler* (1774), 1 Cowp. 143, 98 E.R. 1012, p. 1017. Dans le même ordre d’idées, notre Cour a affirmé que les règles de common law en matière contractuelle devraient être élaborées d’une manière qui « reconnaît toute son importance au choix personnel et à la stabilité dans les affaires commerciales » : *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 66. De plus, notre Cour tient compte des « attentes raisonnables des parties commerciales » lorsqu’elle envisage de modifier une règle de common law : *Bhasin*, par. 32, 34 et 41. Abroger les principes généralement applicables à la formation des contrats dans le cas des associations condominales compromettrait la stabilité commerciale et minerait les attentes raisonnables des parties commerciales, en faisant fi de la sagesse et de l’expérience contenues dans des siècles de patiente élaboration de précédents et de principes régissant les relations commerciales. Au lieu d’essayer de réinventer le droit des contrats pour tenir compte du caractère novateur de la propriété d’unités condominales, le mieux que peut faire notre Cour, à mon avis, est de puiser « à la banque générale et au capital constitué des nations et des siècles » en ayant recours aux principes généralement applicables établis dans la jurisprudence : E. Burke, *Réflexions sur la révolution de France* (1790), p. 110. Ainsi, le besoin de stabilité dans les affaires commerciales et l’importance de protéger les attentes raisonnables des parties commerciales commandent l’application régulière continue des règles de common law dans ce domaine.

[45] En conclusion, rien n’empêchait la Cour d’appel de statuer que l’Association avait conclu, après sa constitution, un contrat selon les termes pertinents de la Convention RPA. Quant à savoir si la preuve étayait l’existence d’un tel contrat, il s’agit d’une autre question sur laquelle la juge de première instance et la Cour d’appel n’étaient pas d’accord. J’examinerai maintenant cette question.

D. *Did the Parties Objectively Manifest an Intention to Be Bound by a Post-Incorporation Contract on the Relevant Terms of the ASP Agreement?*

[46] There are at least two points in time when Strata Co. might have entered into a post-incorporation contract: (1) before the Developer sold the parking facility to the CSPC — such a contract would be a post-incorporation contract between Strata Co. and the Developer — and (2) after the CSPC purchased the parking facility — this would entail a post-incorporation contract directly between CSPC and Strata Co. I will examine each of these possibilities below.

[47] CSPC argues that a binding post-incorporation contract was formed between the Developer and Strata Co. in 1999 when the Developer deposited the strata plan in a land title office, thereby creating Strata Co. However, causing Strata Co. to come into existence did not suffice to form a post-incorporation contract. A determination to that effect would disregard the separate legal personalities of the Developer and Strata Co. At the time of its incorporation, Strata Co. had not objectively manifested its assent to any agreements. The intentions and actions of the Developer are not, *per se*, the intentions and actions of Strata Co. It is Strata Co. which must, by its conduct, manifest its assent to a new contract on the relevant terms of the ASP Agreement.

[48] This Court has not been provided with a sufficient factual basis to reach a conclusion on the question whether Strata Co. entered into a post-incorporation contract with the Developer. There is some suggestion that Strata Co. was paying the parking fees as contemplated in the ASP Agreement before CSPC purchased the parking facility: trial decision, at paras. 36-38, 67 and 76; appeal decision, at paras. 17 and 56; A.F., at para. 8. But it is unclear from the wording of the assignment between the Developer and CSPC that such a post-incorporation agreement, if one did in fact exist, was assigned to

D. *Les parties ont-elles manifesté objectivement leur intention d'être liées par un contrat postérieur à la constitution de l'Association selon les termes pertinents de la Convention RPA?*

[46] À deux moments au moins l'Association aurait pu, après sa constitution, conclure un contrat selon les termes de la Convention RPA : (1) avant que le promoteur ne vende le stationnement à CSPC — l'Association aurait alors contracté, après sa constitution, avec le promoteur — et (2) après que CSPC eut acheté le stationnement — de sorte que l'Association, après sa constitution, aurait contracté directement avec CSPC. J'examinerai chacune de ces possibilités ci-après.

[47] CSPC soutient que l'Association a conclu en 1999, après sa constitution, un contrat ayant force obligatoire avec le promoteur lorsque celui-ci a déposé le plan de condominium auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers, ce qui a emporté la constitution de l'Association. Toutefois, la création de l'Association ne suffisait pas pour former un contrat postérieur à sa constitution. Une telle conclusion ne tiendrait pas compte des personnalités juridiques distinctes du promoteur et de l'Association. Au moment de sa constitution, l'Association n'avait pas manifesté objectivement son assentiment à une convention quelconque. Les intentions et les actes du promoteur ne s'identifient pas aux intentions et aux actes de l'Association. Bien au contraire, l'Association doit manifester, par sa conduite, son assentiment à un nouveau contrat selon les termes pertinents de la Convention RPA.

[48] Notre Cour ne dispose pas d'une base factuelle suffisante pour déterminer si l'Association a conclu après sa constitution un contrat avec le promoteur. Il semble que l'Association ait payé les frais de stationnement prévus à la Convention RPA avant que CSPC n'acquière le stationnement : décision de première instance, par. 36-38, 67 et 76; décision de la Cour d'appel, par. 17 et 56; m.a., par. 8. Mais il ne ressort pas clairement du libellé de l'acte de cession passé entre le promoteur et CSPC que le contrat postérieur à la constitution de l'Association, à supposer qu'il existe, a été cédé par le promoteur

CSPC by the Developer. The Court simply does not have sufficient evidence to reach a conclusion on this question as the assignment of a contract was predicated on CSPC's approval and there is no information in the record as to what contracts were approved by CSPC. On this point, it must be remembered that a post-incorporation contract is a new agreement which is distinct from the pre-incorporation contract. The assignment of the ASP Agreement to CSPC therefore does not suffice to establish that CSPC had privity in respect of any post-incorporation contract with Strata Co.

[49] However, I agree with Willcock J.A. that Strata Co. did in fact manifest an intention, by way of objective conduct, to be bound by a post-incorporation contract with CSPC after CSPC purchased the parking facility from the Developer: paras. 60-61 and 66. Indeed, there is strong evidence of both offer and acceptance of a post-incorporation contract between Strata Co. and CSPC. After purchasing the parking facility, CSPC objectively manifested an intention to offer Strata Co. a contract on the terms of the ASP Agreement by making valid parking passes available to Strata Co.'s members in a quantity which corresponded to their share of parking spaces under s. 7.5 of the ASP Agreement: trial decision, at para. 2; appeal decision, at para. 51. As well, CSPC's maintenance and operation of the parking facility over the years would have required significant capital expenditures. The ASP Agreement in fact provided for such expenditures in its definition of "Operating Costs", which were factored into the parking fee paid by Strata Co. Strata Co.'s members ought to have known that valuable consideration was being rendered for their benefit with an expectation that they would pay for it on terms corresponding to those set out in s. 7.5 of the ASP Agreement.

[50] In turn, Strata Co. objectively manifested an intention to accept CSPC's offer by paying the fees contemplated in the ASP Agreement, and its members exercised the rights corresponding to those payments by parking in the facility after CSPC became

à CSPC. La Cour ne bénéficie tout simplement pas d'une preuve suffisante pour tirer une conclusion sur cette question, puisque la cession d'un contrat était subordonnée à l'approbation de CSPC et qu'il n'y a aucun renseignement dans le dossier sur les contrats approuvés par CSPC. À cet égard, il faut se rappeler qu'un contrat postérieur à la constitution est une nouvelle convention distincte du contrat pré-constitutif. Aussi la cession de la Convention RPA ne suffit-elle pas à établir un lien juridique entre CSPC et l'Association fondé sur un contrat postérieur à la constitution de cette dernière.

[49] Toutefois, je souscris à l'opinion du juge Willcock de la Cour d'appel portant que l'Association a, par sa conduite objective postérieure à sa constitution, manifesté son intention d'être liée par contrat à CSPC, après que cette dernière eut acheté le stationnement du promoteur : par. 60-61 et 66. En effet, l'offre et l'acceptation d'un contrat passé avec CSPC après la constitution de l'Association s'appuient sur une preuve solide. Après l'acquisition du stationnement, CSPC a manifesté objectivement l'intention d'offrir à l'Association un contrat selon les termes de la Convention RPA en mettant à la disposition des membres de l'Association un nombre de vignettes de stationnement valides égal au nombre de places de stationnement qui leur avaient été attribuées aux termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA : décision de première instance, par. 2; décision de la Cour d'appel, par. 51. De plus, l'entretien et l'exploitation du stationnement au fil des ans auraient nécessité des capitaux importants pour CSPC. La Convention RPA prévoit de telles dépenses dans la définition des « coûts d'exploitation », lesquels ont été pris en compte dans le calcul des frais de stationnement exigibles de la part de l'Association. Les membres de l'Association auraient dû savoir que la contrepartie à titre onéreux dont ils bénéficiaient leur était fournie dans l'attente du paiement des frais exigibles selon l'art. 7.5 de la Convention RPA.

[50] Quant à elle, l'Association a manifesté objectivement l'intention d'accepter l'offre de CSPC en payant les frais prévus dans la Convention RPA et ses membres ont exercé les droits y afférents en garant leurs véhicules dans le stationnement après

the facility's owner: trial decision, at paras. 67, 76 and 93. The members, having either assented to the consideration or acquiesced in its being rendered, taking the benefit of it when it was rendered, should be taken impliedly to have requested its being rendered: *Saint John Tug Boat*, at p. 622. Thus, a reasonable person in CSPC's position would consider that Strata Co.'s course of conduct constituted assent by Strata Co. to the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement.

[51] In oral argument, Strata Co. submitted that the ASP Agreement was not actually a contract at all, because only the Developer was a party to it and one cannot make a contract with oneself: transcript, at pp. 4-8. Strata Co.'s belated contention that the ASP Agreement was not a valid contract because it only had one party is of no moment in this appeal. The trial judge and the Court of Appeal both described the ASP Agreement as a contract between the Developer and the City of Burnaby: trial decision, at para. 9; appeal decision, at para. 8. Representatives of both the Developer and the City of Burnaby signed the ASP Agreement: A.R., vol. II, at p. 32. Strata Co. has not shown a palpable and overriding error, or an error in principle, which would justify overturning the finding of mixed fact and law that the ASP Agreement was indeed a contract.

[52] In any event, a pre-incorporation contract is merely one aspect of the objective circumstances which can be used to interpret the parties' post-incorporation conduct. In other words, at the time of formation of the post-incorporation contract, each party would have understood the other party's conduct in light of the knowledge that the ASP Agreement included a complex and interconnected scheme of benefits and burdens relating to the air space parcels in the Crystal. Thus, even if it were not a contract, the ASP Agreement formed part of the surrounding circumstances of formation of the post-incorporation contract, and a reasonable person would have understood that the parties were acting in a manner that implied an offer and an acceptance

que CSPC en eut acquis la propriété : décision de première instance, par. 67, 76 et 93. Puisque les membres ont soit donné leur assentiment à la contrepartie, soit acquiescé à ce que celle-ci leur soit fournie, et qu'ils en ont bénéficié, il y a lieu de considérer qu'ils l'ont implicitement demandée : *Saint John Tug Boat*, p. 622. Ainsi, une personne raisonnable placée dans la même situation que CSPC estimerait que la conduite de l'Association constituait une forme d'assentiment aux termes énoncés à l'art. 7.5 de la Convention RPA.

[51] Dans sa plaidoirie, l'Association a soutenu que la Convention RPA n'était à vrai dire pas un contrat car seul le promoteur y était partie, et que nul ne peut contracter avec lui-même : transcription, p. 4-8. L'argument tardif de l'Association selon lequel la Convention RPA n'était pas un contrat valide parce qu'elle comptait une seule partie est sans conséquence pour le présent pourvoi. La juge de première instance et la Cour d'appel ont toutes les deux décrit la Convention RPA comme un contrat entre le promoteur et la Ville de Burnaby : décision de première instance, par. 9; décision de la Cour d'appel, par. 8. Les représentants du promoteur et ceux de la Ville de Burnaby ont signé la Convention RPA : d.a., vol. II, p. 32. L'Association n'a pas démontré l'existence d'une erreur manifeste et déterminante, ou d'une erreur de principe, qui justifierait d'infirmer la conclusion mixte de fait et de droit portant que la Convention RPA constituait effectivement un contrat.

[52] Quoi qu'il en soit, un contrat préconstitutif n'est qu'un aspect des circonstances objectives susceptibles de servir à interpréter la conduite des parties après la constitution d'une entité. Autrement dit, au moment de la formation du contrat postérieur à la constitution, chaque partie aurait compris la conduite de l'autre partie en ayant à l'esprit le fait que la Convention RPA renfermait un régime complexe d'avantages et d'obligations interreliés touchant aux parcelles aériennes du complexe Crystal. Donc, même si la Convention RPA ne constituait pas un contrat, elle ne faisait pas moins partie des circonstances entourant la formation du contrat postérieur à la constitution, et une personne raisonnable aurait compris que les parties agissaient d'une manière

on terms that replicated the terms of s. 7.5 of the ASP Agreement.

[53] In conclusion, Strata Co.'s objective conduct evinces an intention to enter into a legally binding agreement on the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement. The Court of Appeal appears to have concluded that the ASP Agreement itself was binding on Strata Co.: para. 66. This is not technically accurate, however, as Strata Co. is bound by a post-incorporation contract on terms which are based on those of the ASP Agreement. That minor point notwithstanding, I agree with the Court of Appeal that appellate intervention was warranted, and I find that the Court of Appeal was correct to conclude that Strata Co. had entered into a post-incorporation contract with CSPC.

[54] My colleague disagrees with this finding and argues that I should not be determining whether the parties objectively manifested an intention to be bound by a post-incorporation contract. He says that in doing so, I am reassessing the evidence and making new findings of fact: Rowe J.'s reasons, at paras. 75-76. With great respect, this is not the case, however. The trial judge explicitly found that there was significant objective conduct indicating that Strata Co. had entered into a post-incorporation contract with CSPC: trial decision, at para. 67. But in her opinion this objective conduct was overridden by the subjective intentions and later conduct of Strata Co.'s principals: trial decision, at para. 77. As the Court of Appeal found, it was an error of law for the trial judge to rely on these intentions and later conduct: para. 53. If the evidence the trial judge relied on improperly is disregarded, all that remains are the findings of fact that support the existence of a post-incorporation contract. Therefore, this Court will not be making any new findings of fact if it concludes that Strata Co. and CSPC entered into a legally binding agreement on the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement.

donnant à croire qu'une offre avait été faite et acceptée selon des termes calqués sur ceux de l'art. 7.5 de la Convention RPA.

[53] En conclusion, la conduite objective de l'Association démontre son intention de conclure une entente ayant force obligatoire selon les termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA. La Cour d'appel semble avoir conclu que l'Association était liée par la Convention RPA elle-même : par. 66. Or, cette conclusion n'est pas exacte, car l'Association est liée par un contrat postérieur à sa constitution dont les termes se fondent sur ceux de la Convention RPA. Exception faite de ce détail technique, je partage l'avis de la Cour d'appel que l'intervention en appel était justifiée, et j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'Association est devenue partie, après sa constitution, à un contrat avec CSPC.

[54] Mon collègue ne souscrit pas à cette conclusion et considère que je ne devrais pas chercher à déterminer si les parties ont manifesté objectivement leur intention d'être liées par un contrat postérieur à la constitution de l'Association. Il affirme que ce faisant, je réévalue la preuve et tire de nouvelles conclusions de fait : motifs du juge Rowe, par. 75-76. Avec beaucoup d'égards, ce n'est pas le cas. La juge de première instance a expressément conclu à une conduite indiquant de façon claire et objective que l'Association était devenue, après sa constitution, partie à un contrat avec CSPC : décision de première instance, par. 67. Toutefois, selon elle, cette conduite objective était contrecarrée par les intentions subjectives ainsi que par la conduite ultérieure des représentants de l'Association : décision de première instance, par. 77. Comme l'a conclu la Cour d'appel, la juge de première instance a commis une erreur de droit en se fondant sur ces intentions et cette conduite ultérieure : par. 53. Si l'on fait abstraction de la preuve sur laquelle la juge de première instance s'est fondée à tort, il ne reste que les conclusions de fait qui appuient l'existence d'un contrat postérieur à la constitution de l'Association. En conséquence, notre Cour ne tire aucune nouvelle conclusion de fait en établissant que l'Association et CSPC ont conclu une convention ayant force obligatoire selon les termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA.

[55] I am thus in agreement with the Court of Appeal that — subject to Strata Co.’s further arguments that have not been addressed, which will have to be remitted for determination — the payment obligations stipulated in the ASP Agreement are enforceable against Strata Co. in contract. Whether they are also enforceable on the basis of a benefit and burden exception is a different question, to which I will now turn.

E. *Is There a Narrow Principle of Benefit and Burden That Can Be Applied to Circumvent the General Rule That Positive Covenants Do Not Bind Subsequent Purchasers of Land?*

[56] CSPC asks this Court to adopt the narrow principle of benefit and burden from English law. It argues that this principle applies where the benefit and burden are conferred in or by the same transaction, the benefit and burden are related to each other in a material way, and a subsequent owner is permitted to accept or reject the benefit: *Davies v. Jones*, [2009] EWCA Civ. 1164, [2010] 2 All E.R. 755; *Wilkinson & Ors v. Kerdene Ltd.*, [2013] EWCA Civ. 44, [2013] 2 E.G.L.R. 163; see also Ziff, at p. 474. This narrow principle of benefit and burden was enunciated in *Halsall v. Brizell*, [1957] 1 Ch. 169, and subsequently endorsed by the House of Lords in *Rhone*, at p. 322. It is not to be confused with the wider and more general principle of benefit and burden enunciated in *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 1 Ch. 106, at p. 301, which the House of Lords rejected: *Rhone*, at p. 322. It is also not to be confused with a conditional grant of an easement, for which the failure to fulfill a condition triggers the termination of the easement: Ziff, at p. 476; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35, at para. 6; *Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.), at paras. 85-86.

[57] The ultimate question, whether this Court should recognize the existence of a narrow principle of benefit and burden, must be left for another

[55] Ainsi, sous réserve des arguments additionnels de l’Association qui n’ont pas été tranchés et qui devront être renvoyés en vue d’une décision, je partage l’avis de la Cour d’appel selon lequel les obligations de paiement stipulées dans la Convention RPA sont exécutoires contre l’Association. Quant à savoir si ces obligations sont également exécutoires sur le fondement de l’exception relative aux avantages et obligations, il s’agit d’une question différente, que je vais maintenant examiner.

E. *Existe-t-il un principe étroit des avantages et obligations dont l’application échapperait à la règle générale selon laquelle les acquéreurs subséquents d’un bien-fonds ne sont pas liés par des engagements de faire?*

[56] CSPC demande à notre Cour d’adopter le principe étroit des avantages et obligations issu du droit anglais. Selon elle, ce principe s’applique lorsque des avantages et des obligations sont conférés au cours d’une même opération, qu’il existe un lien significatif entre ces avantages et ces obligations, et que l’acquéreur subséquent peut accepter ou rejeter ces avantages : *Davies c. Jones*, [2009] EWCA Civ. 1164, [2010] 2 All E.R. 755; *Wilkinson & Ors c. Kerdene Ltd.*, [2013] EWCA Civ. 44, [2013] 2 E.G.L.R. 163; voir aussi Ziff, p. 474. Ce principe étroit des avantages et obligations a été énoncé dans *Halsall c. Brizell*, [1957] 1 Ch. 169, puis entériné par la Chambre des lords dans l’arrêt *Rhone*, p. 322. Il ne doit pas être confondu avec le principe plus large et général des avantages et obligations énoncé dans *Tito c. Waddell (No. 2)*, [1977] 1 Ch. 106, p. 301, qui a été rejeté par la Chambre des lords : *Rhone*, p. 322. Il ne doit pas non plus être confondu avec l’octroi conditionnel d’une servitude, aux termes de laquelle le non-respect d’une condition provoque l’extinction de la servitude : Ziff, p. 476; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35, par. 6; *Amberwood Investments Limited c. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 85-86.

[57] La question ultime, celle de savoir si notre Cour doit reconnaître l’existence d’un principe étroit des avantages et obligations, devra attendre une autre

day. The conclusion that Strata Co. is bound by a post-incorporation contract with CSPC on the terms set out in s. 7.5 of the ASP Agreement is sufficient to dismiss the appeal. It is therefore unnecessary to consider the merits of this alternative means of binding a subsequent owner. Nonetheless, I offer the following brief remarks, which should be taken as no more than observations.

[58] The appellate courts in Canada that have considered this issue have declined to adopt the narrow principle of benefit and burden: *Black v. Owen*, 2017 ONCA 397, 137 O.R. (3d) 334, at para. 50; *Jameson House*, at para. 80; *Amberwood Investments Ltd.*, at para. 84. They appear to conceive of the principle as creating an interest which runs with the land. There is, however, some authority for the proposition that the English law principle does not create an interest in the land: *Elwood v. Goodman*, [2013] EWCA Civ. 1103, [2014] Ch. 442, at paras. 35-36. Rather, the English doctrine of benefit and burden may be contractually based, such that it imposes a personal obligation particular to a subsequent purchaser who has decided to accept the burden in order to enjoy the benefit: B. McFarlane, N. Hopkins and S. Nield, *Land Law* (2017), at p. 351.

VI. Conclusion

[59] For the foregoing reasons, the appeal is dismissed with costs throughout. Therefore, the Court of Appeal's order remitting Strata Co.'s claim and CSPC's counterclaim to the trial court for determination of the unaddressed issues is upheld.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[60] I would adopt my colleague's analysis of the law in this case, but I would respectfully differ from her as to the disposition of the appeal. I would not

occasion. La conclusion selon laquelle l'Association est liée à CSPC par un contrat postérieur à sa constitution selon les termes de l'art. 7.5 de la Convention RPA suffit pour rejeter le pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de cet autre moyen de lier un acquéreur subséquent. Je tiens néanmoins à formuler ces brèves remarques qui ne valent qu'à titre de simples observations.

[58] Les cours d'appel canadiennes qui se sont penchées sur cette question ont refusé d'adopter le principe étroit des avantages et obligations : *Black c. Owen*, 2017 ONCA 397, 137 O.R. (3d) 334, par. 50; *Jameson House*, par. 80; *Amberwood Investments Ltd.*, par. 84. Elles semblent concevoir ce principe comme créant un intérêt rattaché au bien-fonds. Une certaine jurisprudence appuie toutefois la proposition selon laquelle ce principe du droit anglais ne crée pas un intérêt dans le bien-fonds : *Elwood c. Goodman*, [2013] EWCA Civ. 1103, [2014] Ch. 442, par. 35-36. À cet égard, la doctrine anglaise des avantages et obligations peut se fonder sur une base contractuelle, de façon à imposer une obligation personnelle particulière à l'acquéreur subséquent qui a décidé d'accepter l'obligation afin de jouir de l'avantage : B. McFarlane, N. Hopkins et S. Nield, *Land Law* (2017), p. 351.

VI. Conclusion

[59] Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté avec dépens devant toutes les cours. Par conséquent, l'ordonnance de la Cour d'appel renvoyant la demande de l'Association et la demande reconventionnelle de CSPC au tribunal de première instance pour qu'il tranche les questions qui n'ont pas été examinées est maintenue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

I. Introduction

[60] Je souscris à l'analyse du droit que fait ma collègue en l'espèce, mais en toute déférence, je suis en désaccord avec elle quant au dispositif du

decide whether Strata Co. had manifested an objective intent to be bound to the terms of the ASP Agreement. Rather, I would remit this question for determination by the trial court as the trial court is better placed to answer that question. Simply put, applying the law here is a fact-specific exercise and this Court does not have all the facts needed to do so.

II. Facts

[61] As my colleague explained, Tyba Crystal Investments Corp. and Dong Ah Canada Development Corp. started a joint venture through Crystal Square Development Corporation (“Developer”) to create a mixed-use development known as the “Crystal”.

[62] In March 1999, the Developer entered an agreement with the City of Burnaby (“ASP Agreement”). The agreement purports to assign rights and liabilities among the owners of the seven “Air Space Parcels” (“ASPs”) that constitute the Crystal. At the time of the ASP Agreement, the Developer owned all seven ASPs. This agreement was registered as an easement at the Land Title Office on March 17, 1999.

[63] On May 26, 1999, the Developer deposited Strata Plan LMS 3905 at the Land Title Office, thereby creating the appellant (“Strata Co.”), a strata corporation for members residing in the second ASP (“ASP 2”). It consists of 68 strata lots in the office tower.

[64] On June 28, 2002, the Developer sold Crystal Square Parking Corp. (“CSPC”) the fifth ASP (“ASP 5”). ASP 5 consists of a parking facility. In the same transaction, the Developer made a general assignment to CSPC that transferred to CSPC “all other existing agreements . . . relating to the Property approved by [CSPC]” (“Assignment Agreement”) (A.R., vol. II,

pourvoi. Je ne trancherais pas la question de savoir si l’Association condominiale a manifesté une intention objective d’être liée par les conditions de la Convention RPA. Je renverrais plutôt cette question au tribunal de première instance car celui-ci est mieux placé pour la trancher. Autrement dit, dans le cas qui nous occupe, l’application du droit est tributaire des faits et la Cour ne dispose pas de tous les faits nécessaires pour procéder à une telle application.

II. Les faits

[61] Comme l’a expliqué ma collègue, les sociétés Tyba Crystal Investments Corp. et Dong Ah Canada Development Corp. ont mis sur pied une coentreprise par l’entremise de Crystal Square Development Corporation (« promoteur ») afin de créer un complexe à fonctions multiples connu sous le nom de « Crystal ».

[62] En mars 1999, le promoteur a conclu une convention avec la Ville de Burnaby (« Convention RPA »). La convention visait la cession de droits et d’obligations aux propriétaires des sept « parcelles aériennes » (« PA ») composant le complexe Crystal. Au moment où la Convention RPA a été conclue, le promoteur possédait les sept PA. Cette convention a été enregistrée comme servitude au bureau d’enregistrement des titres fonciers le 17 mars 1999.

[63] Le 26 mai 1999, le promoteur a déposé le plan de condominium LMS 3905 au bureau d’enregistrement des titres fonciers, donnant ainsi naissance à l’appelante (« Association »), une association condominiale pour les membres résidant dans la deuxième PA (« PA 2 »). Elle est composée de 68 unités condominiales dans la tour de bureaux.

[64] Le 28 juin 2002, le promoteur a vendu à Crystal Square Parking Corp. (« CSPC ») la cinquième PA (« PA 5 »), qui est un stationnement. Dans le cadre de cette opération, le promoteur a consenti une cession générale à CSPC lui transférant [TRANSDUCTION] « toutes les autres conventions existantes [. . .] relatives à la propriété approuvées par [CSPC] »

at p. 106). It also purported to transfer to CSPC “the benefit of all covenants, representations and warranties in respect of [ASP 5]”, and to give CSPC full power to demand and enforce payment for those covenants (*ibid.*). The Developer warranted that “to the best of its knowledge and belief” and “subject to obtaining any necessary third party consents”, it had the power to make this assignment (p. 107).

[65] Among other terms, the ASP Agreement purported to set out rights and obligations between the ASP 2 Owner and the ASP 5 Owner. The ASP 5 Owner is to provide an easement to access and use 76 spots to the ASP 2 Owner, and “in consideration” for this access and use, the ASP 2 Owner is to pay the ASP 5 Owner an annual parking fee (ASP Agreement, s. 7.5(a), (b) and (d)). Although, at the time the ASP Agreement was entered on title, the Developer was the owner of both of those parcels and Strata Co. did not exist, the ASP Agreement purported to bind the successors in title of the Developer — that is to say, “run with the land” (ASP Agreement, ss. 1.1(h) to (n), 16.3, 17.3 and 18.8). Of course, the general rule is that positive covenants do not run with the land, even if by their terms they purport to do so (see *Côté J.*’s reasons, at para. 17).

[66] Regardless, Strata Co. paid fees and received parking for “many years” (2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244, at para. 93 (“trial judgment”)), at least some of which fees were paid to CSPC. Between 2010 and 2012, Strata Co. disputed some of the fees charged, and on 4 July 2012, CSPC revoked Strata Co.’s parking privileges.

[67] Eventually, this dispute led to the present proceeding wherein Strata Co. sought a declaration that it was not bound by the terms of the ASP Agreement.

(« contrat de cession ») (d.a., vol. II, p. 106). Celui-ci visait également à transférer à CSPC « le bénéfice de l’ensemble des engagements, déclarations et garanties à l’égard de la [PA 5] », et à lui donner le plein pouvoir d’exiger et de faire exécuter le paiement lié à ces engagements (*ibid.*). Le promoteur a garanti que « au meilleur de sa connaissance » et « sous réserve de l’obtention de tout consentement nécessaire de la part de tiers », il avait le pouvoir de consentir cette cession (p. 107).

[65] Les conditions de la Convention RPA visaient notamment à établir les droits et obligations liant le propriétaire de la PA 2 et celui de la PA 5. Le propriétaire de la PA 5 est tenu de fournir une servitude permettant l’accès du propriétaire de la PA 2 aux 76 places de stationnement et l’utilisation de celles-ci, et [TRADUCTION] « en contrepartie » de cet accès et de cette utilisation, le propriétaire de la PA 2 est tenu de payer des droits de stationnement annuels au propriétaire de la PA 5 (Convention RPA, al. 7.5(a), (b) et (d)). Bien que le promoteur était le propriétaire de ces deux parcelles et que l’Association n’existait pas encore au moment où la Convention RPA a été enregistrée sur le titre, celle-ci visait à lier les successeurs en titre du promoteur — c’est-à-dire, à ce que les engagements [TRADUCTION] « se rattachent au bien-fonds » (Convention RPA, al. 1.1(h) à (n), art. 16.3, 17.3 et 18.8). Bien entendu, la règle générale est que les engagements de faire ne peuvent se rattacher au bien-fonds, même si les conditions qui les régissent semblent indiquer le contraire (motifs de la juge *Côté*, par. 17).

[66] Néanmoins, l’Association a payé des droits et a bénéficié du stationnement pendant [TRADUCTION] « de nombreuses années » (2017 BCSC 71, 73 R.P.R. (5th) 244, par. 93 (« jugement de première instance »)), et au moins certains de ces droits ont été payés à CSPC. De 2010 à 2012, l’Association a contesté certains des droits exigés, et le 4 juillet 2012, CSPC a révoqué les privilèges de stationnement de l’Association.

[67] Ce conflit a fini par mener à la présente instance, dans laquelle l’Association a sollicité un jugement déclaratoire portant qu’elle n’était pas liée par

CSPC counterclaimed, seeking damages equal to the amount of unpaid fees.

[68] Strata Co. succeeded at trial in the British Columbia Supreme Court. The trial judge, Justice Young, considered two theories of how the ASP Agreement might bind Strata Co. — as a positive covenant that ran with the land, and as a post-incorporation contract that Strata Co. had adopted. Justice Young rejected both theories, holding that the obligations do not run with the land (para. 60), and that Strata Co. had not adopted the post-incorporation contract (paras. 77-79). She thus ordered that “[t]he payment provisions of the [ASP] Agreement . . . are not binding on [Strata Co.]”, that “Clauses 7.5(d), (e), (f), (g), (h) and (i) of the ASP Agreement are unenforceable against [Strata Co.]” and dismissed the counterclaim by CSPC and the claim against the Developer (A.R., vol. I, at p. 31). Having found that there was no obligation on this basis, she did not consider other arguments that Strata Co. had advanced.

[69] CSPC appealed to the Court of Appeal for British Columbia (2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24). It advanced two grounds: first, that the trial judge had erred by holding that a positive covenant could never run with the land, and, second, that the trial judge had erred in her application of the test for adoption of a pre-incorporation contract.

[70] The Court of Appeal allowed the appeal on the second ground, but not the first. It agreed with CSPC that the trial judge had erred by focusing on Strata Co.’s subjective understanding of their obligations. According to the Court of Appeal, the trial judge should instead have considered three requirements to find a contract: “(1) objectively discernible essential terms; (2) consideration; and (3) outward expression

les conditions de la Convention RPA. CSPC a présenté une demande reconventionnelle, sollicitant des dommages-intérêts équivalant au montant des droits impayés.

[68] L’Association a obtenu gain de cause en première instance à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La juge Young s’est penchée sur deux théories pour déterminer de quelle façon la Convention RPA pourrait lier l’Association — soit à titre d’engagement de faire se rattachant au bien-fonds, soit à titre de contrat postérieur à la constitution que l’Association aurait adopté. La juge Young a rejeté les deux théories, concluant que les obligations ne se rattachent pas au bien-fonds (par. 60), et que l’Association n’avait pas adopté le contrat postérieur à la constitution (par. 77-79). Elle a donc ordonné que [TRADUCTION] « [l]es dispositions sur l’acquittement des droits prévues dans la Convention [RPA] [. . .] ne lient pas [l’Association] » et que les « alinéas 7.5(d), (e), (f), (g), (h) et (i) de la Convention RPA sont inopposables [à l’Association] », et a rejeté la demande reconventionnelle de CSPC et la demande contre le promoteur (d.a., vol. I, p. 31). Étant donné qu’il n’y avait pas d’obligation sur ce fondement, elle ne s’est pas penchée sur les autres arguments avancés par l’Association.

[69] CSPC a interjeté appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2019 BCCA 145, 24 B.C.L.R. (6th) 24). Elle faisait valoir deux moyens d’appel : premièrement, que la juge de première instance avait commis une erreur en concluant qu’un engagement de faire ne pouvait jamais se rattacher au bien-fonds et, deuxièmement, que la juge de première instance avait commis une erreur lorsqu’elle a appliqué le critère relatif à l’adoption d’un contrat préconstitutif.

[70] La Cour d’appel a accueilli le pourvoi pour le deuxième motif, mais non le premier. Elle était d’accord avec CSPC pour dire que la juge de première instance avait commis une erreur en se concentrant sur la conception subjective par l’Association de ses obligations. Selon la Cour d’appel, la juge de première instance aurait plutôt dû examiner les trois exigences devant être respectées pour conclure

of the intention of the parties to be bound by the terms as expressed” (para. 51). Applying this test, the Court of Appeal considered the third requirement to be made out because Strata Co. had taken advantage of all the terms of the ASP Agreement (paras. 60-66). It thus set aside the order of the trial judge. It then remitted the other “contractual issues” that Strata Co. had raised to the trial court, including “mutual mistake of fact, rectification, unconscionability, or frustration and, if the claim is not made out, consideration of the counterclaim and assessment of amount owing, if any” (A.R., vol. I, at p. 52).

[71] Strata Co. now appeals to this Court.

III. The Legal Issues

[72] As my colleague describes, at para. 14 of her reasons, Strata Co. raises four issues in this appeal: first, whether a pre-incorporation contract relating to land can bind a land-owner post-incorporation; second, the analytical approach to determine whether parties agreed to a post-incorporation contract; third, whether strata corporations can enter post-incorporation contracts through conduct; and, fourth, whether the Strata Co. manifested an intention to be bound by the terms of the ASP Agreement. CSPC raises the further issue, on which it lost at the Court of Appeal (see appeal judgment, at para. 31), as to whether there is an exception to the general rule that positive covenants do not run with the land and, if so, whether it applies here.

[73] I agree with my colleague that the general prohibition against positive covenants that run with

à l’existence d’un contrat : [TRADUCTION] « (1) des conditions essentielles objectivement discernables; (2) une contrepartie; et (3) l’intention manifeste des parties d’être liées par les conditions telles qu’elles sont exprimées » (par. 51). Appliquant ce test, la Cour d’appel a jugé que la troisième de ces exigences avait été satisfaite car l’Association s’était prévalu de toutes les conditions de la Convention RPA (par. 60-66). Elle a donc annulé l’ordonnance de la juge de première instance, et a ensuite renvoyé au tribunal de première instance les autres « questions contractuelles » soulevées par l’Association, notamment celles portant sur « l’existence d’une erreur de fait commune, la rectification, l’iniquité ou la frustration et, si la demande n’est pas établie, l’examen de la demande reconventionnelle et l’évaluation des sommes à payer, le cas échéant » (d.a., vol. I, p. 52).

[71] L’Association interjetée à présent appel devant notre Cour.

III. Les questions juridiques

[72] Comme le décrit ma collègue au par. 14 de ses motifs, l’Association soulève quatre questions en l’espèce : premièrement, un contrat préconstitutif touchant un bien-fonds peut-il lier un propriétaire foncier après la constitution d’une entité? Deuxièmement, quelle est la méthode d’analyse qu’il convient d’utiliser pour établir si les parties ont conclu un contrat postérieur à la constitution d’une entité? Troisièmement, une association condominiale peut-elle conclure un contrat postérieur à sa constitution par sa conduite? Et, quatrièmement, l’Association a-t-elle manifesté son intention d’être liée par les conditions de la Convention RPA? CSPC soulève en outre une autre question à l’égard de laquelle la Cour d’appel ne lui a pas donné raison (décision de la Cour d’appel, par. 31), à savoir s’il existe une exception à la règle générale portant que les engagements de faire ne peuvent se rattacher au bien-fonds et, dans l’affirmative, si cette exception s’applique en l’espèce.

[73] À l’instar de ma collègue, je suis d’avis que l’interdiction générale visant les engagements de

the land does not itself invalidate an otherwise valid post-incorporation contract that relates to land (Côté J.'s reasons, at paras. 17-24) and that a strata corporation can enter a post-incorporation contract through conduct (paras. 38-45). I also agree with my colleague as to the appropriate analytical framework through which to address the formation of a post-incorporation contract (paras. 32-35).

[74] Similarly, I am in full accord with my colleague in the restraint she has shown in refraining to make a change to the common law to adopt what she calls the narrow principle of benefit and burden (paras. 56-58). This Court properly considers a number of factors before making an incremental change to the common law where it is not necessary to do so in order to decide the case before it. This Court considers whether the issue was properly raised on the facts, whether it was argued fully here or in the courts below, whether the Court understands the issue fully, and whether there is an urgent need for guidance. As this Court explained in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, the Court “may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make” (p. 760). The legislature, not the courts, has the major responsibility for law reform in our system of government (pp. 760-61). Here, these factors point away from making such a change to the common law, and so it is prudent for the Court to await a more appropriate case before contemplating such a change.

IV. Application

[75] Where I respectfully differ from my colleague is in the application of the law to the facts. She would find “that Strata Co. did in fact manifest an intention,

faire qui se rattachent au bien-fonds n’a pas pour effet en soi d’invalider un contrat postérieur à la constitution par ailleurs valide qui touche un bien-fonds (motifs de la juge Côté, par. 17-24) et qu’une association condominiale peut conclure un contrat postérieur à sa constitution par sa conduite (par. 38-45). Je souscris aussi à l’opinion de ma collègue en ce qui a trait à la méthode d’analyse qu’il convient d’adopter pour examiner la formation d’un contrat postérieur à la constitution d’une association (par. 32-35).

[74] De même, je suis entièrement d’accord avec ma collègue en ce qu’elle a fait preuve de retenue en s’abstenant de modifier la common law pour adopter ce qu’elle appelle le principe étroit des avantages et obligations (par. 56-58). Notre Cour tient dûment compte de plusieurs facteurs avant d’apporter un changement progressif à la common law quand il n’est pas nécessaire de le faire pour trancher l’affaire qui l’occupe. Elle se demande si la question a été dûment soulevée compte tenu des faits, si la question a été pleinement débattue devant elle ou devant les juridictions inférieures, si elle comprend bien la question soulevée, et s’il y a un besoin pressant d’établir des lignes directrices. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, la Cour « n’est peut-être pas l’organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu’elle pourrait apporter » (p. 760). Il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d’assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit au sein de notre appareil gouvernemental (p. 760-761). En l’espèce, ces facteurs militent contre l’apport d’une telle modification à la common law, et il convient ainsi que la Cour fasse montre de prudence et attende d’être saisie d’une affaire qui s’y prête mieux avant d’envisager un tel changement.

IV. Application

[75] Soit dit en tout respect, je ne suis pas du même avis que ma collègue quant à l’application du droit aux faits. Elle estime « que l’Association a,

by way of objective conduct, to be bound by a post-incorporation contract with CSPC after CSPC purchased the parking facility from the Developer” (para. 49). I would not make such a finding. Rather I would remit this question of fact, along with the other questions the Court of Appeal remitted, to the trial court.

[76] The finding of fact that my colleague would make differs from that made by the trial judge. In addition, and with respect for my colleague’s contrary view, I do not see the Court of Appeal as having made this finding either. Following *Heinhuis v. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239, the Court of Appeal treated taking the benefit of the agreement as a *per se* manifestation of the intention of the party to be bound by the terms as expressed. My colleague, however, appears to frame things slightly differently than did *Heinhuis* in that she favours a more traditional assessment of offer and acceptance (para. 36). While this may seem a subtle difference, it seems to me to be one that is meaningful. By reframing the legal test, the application of the law to the facts necessarily gives rise to a different question of mixed fact and law than that decided by the Court of Appeal.

[77] Appellate courts should make findings of fact not made by courts below only when doing so is in the interests of justice and is feasible on a practical level (*Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at para. 33; *Madsen Estate v. Saylor*, 2007 SCC 18, [2007] 1 S.C.R. 838, at paras. 23-24; *Matchim v. Bgi Atlantic Inc.*, 2010 NLCA 9, 294 Nfld. & P.E.I.R. 46, at paras. 94-99). This involves weighing two factors: first, the possible savings to the parties in cost and time arising from the appellate court deciding such factual issues; and, second, the possible harm from an appellate court making such findings in the absence of adequate evidence (*Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 103; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175, at paras. 94, 172 and 174). In this case,

par sa conduite objective postérieure à sa constitution, manifesté son intention d’être liée par contrat à CSPC, après que cette dernière eut acheté le stationnement du promoteur » (par. 49). Je ne peux conclure en ce sens. Je renverrais plutôt au tribunal de première instance cette question de fait, avec les autres questions que la Cour d’appel a déjà renvoyées.

[76] La conclusion de fait que tire ma collègue diffère de celle que tire la juge de première instance. De plus, avec égards pour l’opinion contraire exprimée par ma collègue, je suis d’avis que la Cour d’appel n’a pas non plus tiré cette conclusion. Suivant l’arrêt *Heinhuis c. Blacksheep Charters Ltd.* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 239, la Cour d’appel a considéré le fait d’avoir bénéficié de la convention comme une manifestation en soi de l’intention de la partie d’être liée par les conditions telles qu’elles sont exprimées. Cependant, ma collègue paraît formuler les choses un peu différemment que la Cour d’appel dans l’arrêt *Heinhuis*, en ce qu’elle favorise une évaluation plus traditionnelle de l’offre et de l’acceptation (par. 36). Bien qu’elle semble être subtile, cette différence est à mon avis significative. En reformulant le test juridique, l’application du droit aux faits donne nécessairement lieu à une question mixte de fait et de droit qui est différente de celle qui a été tranchée par la Cour d’appel.

[77] Les cours d’appel peuvent tirer des conclusions de fait autres que celles tirées par les juridictions inférieures uniquement s’il est dans l’intérêt de la justice de le faire et si cela ne soulève pas d’obstacle en pratique (*Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par. 33; *Succession Madsen c. Saylor*, 2007 CSC 18, [2007] 1 R.C.S. 838, par. 23-24; *Matchim c. Bgi Atlantic Inc.*, 2010 NLCA 9, 294 Nfld. & P.E.I.R. 46, par. 94-99). Cela suppose de soupeser deux facteurs : d’une part, l’économie possible de coûts et de temps pour les parties lorsque la cour d’appel tranche de telles questions de fait; et, d’autre part, le préjudice qui pourrait découler du fait que la cour d’appel tire ces conclusions en l’absence de preuve adéquate (*Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 103; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport*

both factors run counter to this Court making findings of fact; rather, they favour appellate restraint.

[78] First, I question whether there is any efficiency in the use of judicial or counsel resources to be gained by this Court making the factual determinations that my colleague would make. This Court cannot finally dispose of the action, as even if it dismisses the appeal, the case must be remitted to the trial court for determination of mutual mistake of fact, rectification, unconscionability or frustration; and, if the claim is not made out, for determination of the counterclaim and assessment of damages. In addition, at that trial the judge may well need to consider the circumstances of contract formation in detail.

[79] Second, there is possible harm from this Court making the factual findings that are proposed. In contrast to various cases where this Court has made its own findings of fact (e.g., *Masterpiece*, at paras. 103-12; *Sharbern Holding*, at para. 175; *Madsen Estate*, at paras. 24-31) the record before this Court is limited: in addition to the findings of fact made by the trial judge and those by the Court of Appeal, this Court has before it only the pleadings, the ASP Agreement, the Assignment Agreement, and the transfer of title from the Developer to CSPC. No transcript was provided on appeal, despite the substantial *vive voce* evidence heard by the trial judge (see trial judgment, at paras. 18-34). In this case, evidence this Court does not have access to could plausibly lead the trial judge to a different conclusion on whether and, if so, when the Strata Co. objectively manifested an intention to be bound. Moreover, as this Court explained in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the “trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact” (para. 25 (emphasis in original)). The trial judge can assess the credibility of witnesses, is relatively expert with respect to the

Centre Ltd., 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 94, 172 et 174). En l’espèce, le fait que la Cour tire des conclusions de fait irait à l’encontre de ces deux facteurs, qui militent plutôt en faveur de retenue en appel.

[78] En premier lieu, je me questionne à savoir si le fait que la Cour tire des conclusions de fait comme celles que tirerait ma collègue pourrait entraîner un gain en efficacité pour ce qui est de l’utilisation des ressources judiciaires ou des procureurs. La Cour ne peut disposer de l’action de façon définitive, car même si elle rejette l’appel, l’affaire doit être renvoyée au tribunal de première instance pour qu’il tranche les questions de l’existence d’une erreur de fait commune, de la rectification, de l’iniquité ou de la frustration; et, si la demande n’est pas établie, qu’il examine la demande reconventionnelle et évalue les dommages-intérêts. Qui plus est, lors de ce procès, il se pourrait bien que la juge doive examiner en détail les circonstances entourant la formation du contrat.

[79] En deuxième lieu, il est possible qu’un préjudice découle du fait que la Cour tire les conclusions de fait proposées. Contrairement aux différentes instances dans lesquelles la Cour a tiré ses propres conclusions de fait (p. ex., *Masterpiece*, par. 103-112; *Sharbern Holding*, par. 175; *Succession Madsen*, par. 24-31), le dossier soumis à la Cour en l’espèce est incomplet : en plus des conclusions de fait tirées par la juge de première instance et de celles de la Cour d’appel, la Cour n’a entre ses mains que les plaidoiries, la Convention RPA, le contrat de cession et le transfert du titre du promoteur à CSPC. Aucune transcription n’a été fournie en appel, malgré les nombreux témoignages de vive voix entendus par la juge de première instance (jugement de première instance, par. 18-34). En l’espèce, des éléments de preuve auxquels la Cour n’a pas accès pourraient vraisemblablement mener la juge de première instance à une conclusion différente quant à la question de savoir si l’Association a manifesté objectivement l’intention d’être liée par la Convention et, dans l’affirmative, à quel moment elle l’aurait fait. De surcroît, comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S.

weighing and assessing of evidence, and has had greater exposure to the entire factual nexus of the case (*ibid.*).

[80] In the following sections, I will first reiterate the legal framework, then set out the alternate inferences that would be available to the trial judge, were this Court to remit rather than decide these factual matters.

A. *The Legal Framework*

[81] As my colleague explains, there is no principled reason to exempt post-incorporation contracts from generally applicable contract law principles (para. 32). An “outward manifestation of assent by each party such as to induce a reasonable expectation in the other” is required (para. 33). Framed as offer and acceptance, the test is whether a reasonable person in the position of the offeree would interpret the other’s conduct as an offer, and whether a reasonable person in the position of the offeror would interpret the other’s conduct as acceptance. The existence of a pre-incorporation contract is part of the circumstances in which the parties’ conduct is objectively interpreted (para. 33). My colleague’s statement of the law in this regard is sound.

[82] Conduct consistent with the contract can be persuasive evidence that an offer has been accepted. A reasonable person in the position of the offeror would tend to understand from the conduct that the offeree has accepted the offer.

[83] Such conduct is not, however, *dispositive* evidence of the acceptance of the offer. In some circumstances, an alternate inference may provide an

235, le « juge de première instance jouit, par rapport aux juges d’appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait » (par. 25 (soulignement dans l’original)). La juge de première instance est en mesure d’évaluer la crédibilité des témoins, a une expertise relative en matière d’appréciation et d’évaluation de la preuve et possède une plus grande familiarité avec toute la trame factuelle de l’affaire (*ibid.*).

[80] Dans les sections suivantes, je vais d’abord réitérer le cadre juridique, pour ensuite présenter les autres inférences que pourrait tirer la juge de première instance si la Cour lui renvoyait ces questions de fait au lieu de les trancher.

A. *Le cadre juridique*

[81] Comme l’a expliqué ma collègue, il n’y a aucune raison logique de ne pas appliquer les principes généraux du droit des contrats aux contrats postérieurs à la constitution (par. 32). Une « manifestation extériorisée de l’assentiment de chaque partie qui fasse naître chez l’autre une attente raisonnable » est nécessaire (par. 33). Formulé en termes d’offre et d’acceptation, le test vise à savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le destinataire de l’offre interpréterait la conduite de l’autre partie comme une offre, et si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’offrant interpréterait la conduite de l’autre partie comme une acceptation. L’existence d’un contrat préconstitutif fait partie des circonstances dans lesquelles la conduite des parties est interprétée de façon objective (par. 33). Ma collègue a articulé l’état du droit à cet égard de façon juste.

[82] Une conduite conforme au contrat peut être une preuve convaincante qu’une offre a été acceptée. Une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l’offrant aurait tendance à comprendre que, par sa conduite, le destinataire de l’offre l’a acceptée.

[83] Une telle conduite ne constitue pas, toutefois, une preuve *déterminante* de l’acceptation de l’offre. Dans certaines circonstances, une autre inférence

objectively better explanation for the conduct than acceptance of the offer. The paradigmatic example is that if the offeror declares that silence shall constitute acceptance, the silence of the offeree is often *not* best explained by acceptance (see J. Adamski and A. Swan, *Halsbury's Laws of Canada — Contracts* (2017 Reissue), at HCO-19 and HCO-20; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at §93; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at pp. 54-55).

[84] Here, it is plausible that the trial court, with the benefit of a more complete record, would not see the conduct by Strata Co. as objectively manifesting an intention to accept the contract. I can contemplate three competing inferences that the trial court *might* prefer, as described below. Accordingly, I would remit these factual matters to the trial court.

B. *Potential Inference One: Strata Co. Was Performing a Pre-Existing Obligation*

[85] The first potential inference the trial court could make is that, in paying CSPC, Strata Co. was performing a pre-existing obligation rather than assenting to a new obligation. There is an absence of evidence on this point (Côté J.'s reasons, at para. 48), but that is not evidence of the absence of such a pre-existing contract. Rather, it would lead me to remit this question to the trial court, before whom there may be evidence leading to the finding that Strata Co. was bound to a pre-existing obligation.

[86] Specifically, evidence before the trial court may show that Strata Co. paid the parking fee to the Developer and so formed a contract with the Developer. As my colleague notes, on the record before us this remains an open possibility (para. 48). The evidence before the trial court may also show that the CSPC was assigned the Developer's interest in this contract with Strata Co. As my colleague

pourrait fournir une explication objectivement meilleure de la conduite que ne le ferait l'acceptation de l'offre. L'exemple suivant illustre parfaitement ce point : si l'offrant déclare que le silence constituera une acceptation, souvent, ce n'est *pas* l'acceptation qui explique le mieux le silence du destinataire de l'offre (voir J. Adamski et A. Swan, *Halsbury's Laws of Canada — Contracts* (réédition 2017), HCO-19 et HCO-20; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), §93; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6^e éd. 2011), p. 54-55).

[84] Dans l'affaire qui nous occupe, il est plausible que le tribunal de première instance, en s'appuyant sur un dossier plus complet, ne serait pas d'avis que l'Association, par sa conduite, a manifesté objectivement son intention d'accepter le contrat. Selon moi, il y a trois inférences opposées que le tribunal de première instance *pourrait* préférer, comme je le décris ci-après. Par conséquent, je renverrais ces questions de fait au tribunal de première instance.

B. *Première inférence possible : l'Association exécutait une obligation préexistante*

[85] La première inférence que le tribunal de première instance pourrait tirer est la suivante : en payant CSPC, l'Association exécutait une obligation préexistante plutôt qu'elle ne consentait à une nouvelle obligation. Il n'y a aucun élément de preuve sur ce point (motifs de la juge Côté, par. 48), ce qui ne constitue toutefois pas une preuve de l'absence d'un tel contrat préexistant. Cela m'amènerait plutôt à renvoyer la question au tribunal de première instance, qui serait peut-être saisi d'éléments de preuve permettant de conclure que l'Association était liée par une obligation préexistante.

[86] Plus précisément, les éléments de preuve présentés en première instance pourraient démontrer que l'Association a payé les droits de stationnement au promoteur, concluant ainsi un contrat avec ce dernier. Comme le fait remarquer ma collègue, sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, cela demeure possible (par. 48). La preuve dont le tribunal de première instance a été saisi pourrait aussi démontrer

indicates, this is not clear on the record before us either (*ibid.*).

[87] If Strata Co. formed a contract with the Developer, then Strata Co.'s payment to CSPC may be entirely explained by the assignment of the Developer's interest. It would not be objectively reasonable in such circumstances for CSPC to see Strata Co.'s conduct as acceptance of a new contract with CSPC; rather, the objectively reasonable inference would be that Strata Co.'s conduct was performance of an existing contractual obligation, which the Developer assigned to CSPC the right to enforce.

[88] With respect, I see this as an inconsistency in my colleague's reasons. Having (rightly) said that this Court cannot determine whether there is a pre-existing obligation because of the paucity of the factual record, my colleague proceeds to find that a contract was formed with CSPC. In making the finding that a contract was formed with CSPC, my colleague forecloses the possibility of finding the contract was made first with the Developer and then assigned to CSPC.

[89] This is not merely an academic dispute: when the contract was formed matters for issues that are being remitted to the trial court. By declaring when, and with whom, Strata Co. manifested the intent to be bound, my colleague may be prejudging some issues that she would remit to the trial court.

[90] For example, as this Court recently affirmed in *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, one of the two elements of the unconscionability analysis is an inequality of bargaining power (para. 62). This element focuses on whether a party can adequately protect their interests in the contracting process (para. 66). There may be differences that have significance in the unconscionability analysis between the circumstances of Strata

que l'intérêt du promoteur a été cédé à CSPC aux termes de ce contrat avec l'Association. Comme l'indique ma collègue, cela n'est pas clair non plus sur la foi du dossier dont nous sommes saisis (*ibid.*).

[87] Si l'Association a conclu un contrat avec le promoteur, le paiement versé par l'Association à CSPC pourrait donc s'expliquer entièrement par la cession de l'intérêt du promoteur. Dans de telles circonstances, il ne serait pas objectivement raisonnable de la part de CSPC d'estimer que la conduite de l'Association constitue une acceptation d'un nouveau contrat avec CSPC; il serait plutôt objectivement raisonnable d'inférer que l'Association, par sa conduite, exécutait une obligation contractuelle existante, dont le promoteur a cédé à CSPC le droit d'imposer l'exécution.

[88] En tout respect, il s'agit là à mon sens d'une incohérence dans les motifs de ma collègue. Après avoir indiqué (à bon droit) que la Cour ne peut pas trancher la question de savoir s'il y avait une obligation préexistante en raison du caractère ténu du dossier factuel, ma collègue a ensuite jugé qu'un contrat avait été conclu avec CSPC. En tirant cette conclusion, ma collègue exclut la possibilité de conclure que le contrat a été fait en premier avec le promoteur et qu'il a ensuite été cédé à CSPC.

[89] Il ne s'agit pas là d'une question purement théorique : le moment de la formation du contrat est important pour trancher les questions qui sont renvoyées au tribunal de première instance. En énonçant à quel moment l'Association a manifesté son intention d'être liée et à qui elle voulait l'être, ma collègue pourrait préjuger de certaines questions qu'elle devrait renvoyer au tribunal de première instance.

[90] Par exemple, comme l'a récemment affirmé la Cour dans l'arrêt *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, un des deux volets de l'analyse de l'iniquité est l'inégalité du pouvoir de négociation (par. 62). Ce volet est axé sur la question de savoir si une partie peut adéquatement protéger ses intérêts durant le processus de formation d'un contrat (par. 66). Il peut exister des différences entre les circonstances de la formation d'un contrat

Co. forming a contract with the Developer and Strata Co. forming a contract with CSPC.

[91] The rectification analysis similarly depends on when the contract is made. Strata Co. sought rectification as an alternative remedy to the declaration that the ASP Agreement was unenforceable against them. Specifically, it sought to rectify a term of the ASP Agreement that set out the amount the ASP 2 Owner must pay the ASP 5 Owner (A.R., vol. II, at pp. 9 and 15). As this Court explained in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720, rectification is available when an instrument “inaccurately records a party’s agreement respecting what was to be done” (para. 3). Assuming Strata Co. originally formed a contract with the Developer, then the rectification analysis may differ if Strata Co. adopted the contract early in its existence, when the Developer would have had full control of the strata corporation (see *Strata Property Act*, S.B.C. 1998, c. 43, at ss. 2, 4, 5 and 7 to 11), as opposed to after the Developer had sold Strata Co. to individual unit holders. The rectification analysis would focus on whether the ASP Agreement accurately reflected the agreement between Strata Co. and the Developer, so who controlled Strata Co. at the time of contract formation matters. By contrast, if Strata Co. formed the contract with CSPC directly, the rectification analysis would have to focus on whether the parties could be said to have *any* agreement separate from the terms of the ASP Agreement.

[92] Given that unconscionability and rectification are two of the issues being remitted to the trial court, and given that both of these doctrines turn on the circumstances at the moment of contract, it is not appropriate to gloss over when Strata Co. first entered into a contract and who that contract was with.

entre l’Association et le promoteur, et celles de la formation d’un contrat entre l’Association et CSPC, différences qui sont importantes dans le cadre de l’analyse de l’iniquité.

[91] De la même façon, l’analyse de la rectification dépend du moment où le contrat est conclu. L’Association a sollicité la rectification à titre de réparation subsidiaire à la déclaration que la Convention RPA lui était inopposable. En particulier, elle cherchait à rectifier une condition de la Convention RPA qui prévoyait la somme que le propriétaire de la PA 2 devait verser au propriétaire de la PA 5 (d.a., vol. II, p. 9 et 15). Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720, il est possible de recourir à la rectification lorsqu’un instrument « consigne incorrectement l’entente conclue par une partie au sujet de ce qui devait être fait » (par. 3). Si l’on présume que l’Association avait à l’origine conclu un contrat avec le promoteur, il s’ensuit que l’analyse de la rectification pourrait être différente si l’Association a adopté le contrat peu de temps après avoir été créée, lorsque le promoteur avait entièrement le contrôle de l’Association (voir *Strata Property Act*, S.B.C. 1998, c. 43, art. 2, 4, 5 et 7 à 11), et non pas après que le promoteur eût vendu l’Association à des détenteurs individuels d’unités condominiales. L’analyse de rectification serait axée sur la question de savoir si la Convention RPA reflétait fidèlement l’accord entre l’Association et le promoteur; c’est pourquoi il importe de savoir qui contrôlait l’Association au moment de la formation du contrat. En revanche, si l’Association a conclu le contrat directement avec CSPC, l’analyse de la rectification devrait être axée sur la question de savoir s’il est possible d’affirmer que les parties ont conclu *quelque* accord *que ce soit* distinct des conditions de la Convention RPA.

[92] Vu que l’équité et la rectification sont deux des questions qui sont renvoyées au tribunal de première instance, et que ces doctrines dépendent toutes deux des circonstances entourant le moment où le contrat a été formé, il ne convient pas d’éluder le moment où l’Association a conclu un contrat pour la première fois, et avec qui celui-ci a été conclu.

C. Potential Inference Two: Strata Co. Was Performing What it Thought to Be a Pre-Existing Obligation

[93] The second potential inference is that Strata Co. was performing what it (mistakenly) thought to be a pre-existing obligation. If the evidence disclosed that CSPC had reason to know of Strata Co.'s belief that it was performing a pre-existing obligation, one could legitimately ask whether it would be unreasonable for CSPC to take Strata Co.'s payment as an indication of acceptance of a new obligation.

[94] The trial judge found Strata Co. believed it was already bound by the ASP Agreement as a positive covenant that ran with the land (paras. 76-77). Although legally incorrect, this misapprehension by Strata Co. is understandable given the terms of the ASP Agreement that purport to bind successors in title.

[95] As my colleague explained, it was an error by the trial judge to solely consider Strata Co.'s subjective understanding that it was already bound. Although it is intuitively appealing to say that one cannot be tricked into a contract, this is not the legal test. The trial judge should also have considered whether Strata Co.'s counterparty had reason to know of Strata Co.'s misapprehension. One party cannot be "tricked" or misled into accepting a contract if the other party has reason to know of the trickery or the misunderstanding. In those circumstances, it would not be objectively reasonable for the other party to see conduct consistent with this misunderstanding as acceptance.

[96] Applied here, the question that arises is whether CSPC had reason to believe that Strata Co. laboured under a misapprehension that provided another explanation for its conduct. There is no evidence in the appeal record regarding communication that took place between CSPC and Strata Co. after the Assignment Agreement was executed. However,

C. Deuxième inférence possible : l'Association s'acquittait de ce qu'elle considérait être une obligation préexistante

[93] La deuxième inférence possible est que l'Association s'acquittait de ce qu'elle jugeait (erronément) être une obligation préexistante. Si la preuve révélait que CSPC avait des raisons de savoir que l'Association croyait qu'elle s'acquittait d'une obligation préexistante, on pourrait légitimement se demander s'il était déraisonnable que CSPC considère le paiement de l'Association comme une indication qu'elle acceptait une nouvelle obligation.

[94] La juge de première instance a conclu que l'Association croyait qu'elle était déjà liée par la Convention RPA à titre d'engagement de faire se rattachant au bien-fonds (par. 76-77). Même si elle est erronée en droit, cette méprise de la part de l'Association est compréhensible étant donné les conditions de la Convention RPA qui visent à lier les successeurs en titre.

[95] Comme l'a expliqué ma collègue, la juge de première instance a commis une erreur en tenant compte seulement de la compréhension subjective de l'Association, selon laquelle elle était déjà liée par la Convention. Bien qu'il soit intuitivement attrayant de penser qu'on ne peut amener quelqu'un à conclure un contrat par la ruse, il ne s'agit pas là du critère juridique. La juge de première instance aurait dû en outre se demander si la partie adverse avait des raisons de savoir que l'Association se méprenait. On ne peut amener une partie à conclure un contrat « par la ruse » ou en l'induisant en erreur si l'autre partie a des raisons de savoir qu'il s'agit d'une ruse ou d'un malentendu. Dans de telles circonstances, il ne serait pas objectivement raisonnable pour l'autre partie de considérer que la conduite correspondant à ce malentendu représente une acceptation.

[96] Appliquant ce principe en l'espèce, la question qui se pose est la suivante : CSPC avait-elle des raisons de croire que la conduite de l'Association pouvait aussi s'expliquer par le fait qu'elle s'était méprise? Il n'y a aucun élément de preuve dans le dossier d'appel portant sur des communications qui auraient été échangées entre CSPC et

CSPC was aware of the terms of the ASP Agreement, including the terms that purported to cause the ASP Agreement to run with the land.

[97] Depending on the circumstances at the time of contract formation and what the parties communicated to each other, the trial court may find that acceptance of a new contract with CSPC is not the most reasonable explanation for Strata Co.'s objective, outward behaviour.

D. *Potential Inference Three: Strata Co. Was Exercising an Option Under a Conditional Easement*

[98] A third potential inference the trial court may make is that the ASP Agreement formed a conditional easement, and Strata Co.'s payment was the exercise of an option under the conditional easement.

[99] By “conditional easement”, I refer to an easement, the benefit of which the dominant tenement can obtain only if it performs a positive action. Justice Charron adverted to this possibility in *Amberwood Investments Limited v. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.), when she explained that “if a grant of benefit or easement is framed as conditional upon the continuing performance of a positive obligation, the positive obligation may well be enforceable, not because it would run with the land, but because the condition would serve to limit the scope of the grant itself” (para. 86). If this positive action is not performed, the only remedy for the servient tenement is to refuse to grant the benefit of the easement (*The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35, at paras. 86-87 and 95, citing B. Ziff, “Restrictive Covenants: The Basic Ingredients”, in *The Law Society of Upper Canada, ed., Special Lectures 2002 — Real Property Law: Conquering the Complexities* (2003), at pp. 320-23).

l'Association après la signature du contrat de cession. Toutefois, CSPC était consciente des conditions de la Convention RPA, notamment des conditions qui visaient à faire en sorte que celle-ci se rattache au bien-fonds.

[97] Selon les circonstances entourant le moment de la formation du contrat et la teneur des communications entre les parties, le tribunal de première instance pourrait conclure que l'acceptation d'un nouveau contrat avec CSPC n'est pas l'explication la plus raisonnable justifiant le comportement observable et objectif de l'Association.

D. *Troisième inférence possible : l'Association exerçait une option en fonction d'une servitude assortie de conditions*

[98] Une troisième inférence que pourrait tirer le tribunal de première instance est que la Convention RPA créait une servitude assortie de conditions, et que le paiement effectué par l'Association représentait l'exercice d'une option en vertu de celle-ci.

[99] Par « servitude assortie de conditions », je fais référence à une servitude dont le fonds dominant ne peut bénéficier que s'il exécute une action positive. Le juge Charron a fait allusion à cette possibilité dans l'arrêt *Amberwood Investments Limited c. Durham Condominium Corporation No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.), lorsqu'elle a expliqué que [TRADUCTION] « si l'octroi d'un avantage ou d'une servitude est présenté comme étant conditionnel à l'exécution continue d'une obligation positive, cette dernière pourrait bien être exécutoire, non pas parce qu'elle se rattacherait au bien-fonds, mais bien parce que la condition aurait pour effet de limiter la portée de l'octroi en soi » (par. 86). Si l'action positive n'est pas exécutée, le seul recours dont dispose le fonds servant est de refuser d'octroyer le bénéfice de la servitude (*The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2019 BCCA 144, 22 B.C.L.R. (6th) 35, par. 86-87 et 95, citant B. Ziff, « Restrictive Covenants : The Basic Ingredients », dans *The Law Society of Upper Canada, dir., Special Lectures 2002 — Real Property Law : Conquering the Complexities* (2003), p. 320-323).

[100] This can be contrasted with the English rule known as the “conditional grant exception”, which CSPC urged us to adopt (R.F., at paras. 82-135). Under this rule, the servient tenement may seek a remedy of performance of the positive action (or damages for failing to do so), rather than simply withholding the benefit of the easement.

[101] It would not be appropriate to decide whether the ASP Agreement can be construed as creating a conditional easement at this time. This issue has not been argued before us, and the construction of an easement is a question of mixed fact and law that ought to be considered in its entire factual matrix (*Robb v. Walker*, 2015 BCCA 117, 69 B.C.L.R. (5th) 249, at paras. 30-31; *Arbutus Bay Estates Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 374, 3 B.C.L.R. (6th) 59, at paras. 27-29; see also *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50).

[102] I do not wish to foreclose the possibility that the trial court would find there is a conditional easement, based on ss. 3(al) and (am) of Part I of the ASP Agreement (transferring an easement from the ASP 5 Owner to the ASP 2 Owner), and 7.5(a) and (b) (providing this easement is limited by “terms, conditions and limitations”), 7.5(f) (providing for the suspension of the easement in the event of non-payment), 7.8 (providing who has the benefit and burden of easements) of Part II of the ASP Agreement. If the judge were to find such a conditional easement, then it would seem to follow that Strata Co. would be free to choose to either pay for the right to park or not to use the parking.

[103] If the trial court were to accept this construction, then the trial court might find that Strata Co.’s payment to CSPC is objectively best understood as Strata Co. exercising an option under the conditional

[100] Cela peut être mis en contraste avec la règle anglaise connue sous le nom [TRADUCTION] « [d’]exception relative à l’octroi assorti de conditions », que CSPC nous a exhortés à adopter (m.i., par. 82-135). Selon cette règle, le fonds servant peut chercher à obtenir, à titre de réparation, l’exécution de l’action positive (ou des dommages-intérêts en cas d’inexécution), plutôt que de simplement refuser d’octroyer le bénéfice de la servitude.

[101] Il ne conviendrait pas, à ce moment-ci, de trancher la question de savoir si la Convention RPA peut être considérée comme créant une servitude assortie de conditions. La question n’a pas été soulevée devant nous, et l’interprétation d’une servitude est une question mixte de fait et de droit qui devrait être examinée à la lumière du fondement factuel dans son ensemble (*Robb c. Walker*, 2015 BCCA 117, 69 B.C.L.R. (5th) 249, par. 30-31; *Arbutus Bay Estates Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 374, 3 B.C.L.R. (6th) 59, par. 27-29; voir aussi *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50).

[102] Je ne veux pas écarter la possibilité que le tribunal de première instance conclue qu’il existe une servitude assortie de conditions, aux termes des al. 3(al) et (am) de la partie I de la Convention RPA (prévoyant le transfert d’une servitude du propriétaire de la PA 5 au propriétaire de la PA 2), et des al. 7.5(a) et (b) (prévoyant que cette servitude est limitée par des [TRADUCTION] « conditions et restrictions »), de l’al. 7.5(f) (prévoyant la suspension de la servitude en cas de non-paiement), de l’art. 7.8 (prévoyant à qui sont attribués les avantages et obligations qui découlent des servitudes) de la partie II de la Convention RPA. Si la juge concluait à l’existence d’une telle servitude assortie de conditions, il s’ensuivrait donc que l’Association serait libre de choisir soit de payer pour avoir le droit de stationner, soit de ne pas utiliser le stationnement.

[103] Si le tribunal de première instance acceptait cette interprétation, il pourrait alors conclure qu’il faut objectivement voir le versement des droits par l’Association à CSPC comme l’exercice par celle-ci

easement, rather than as Strata Co. having accepted a new contract with CPSC.

[104] Making such a finding, of course, would not foreclose the possibility of Strata Co. also forming a covenant with CPSC by other conduct. Conduct that is consistent with Strata Co. forming a covenant with CPSC and that is not consistent with Strata Co. invoking a power under the conditional easement would be persuasive.

V. Conclusion

[105] In the circumstances, it would be better for this Court not to decide whether Strata Co. made an objective manifestation of assent to CPSC. Rather, I see the better course of action to be simply to set out the law that the trial court will apply to the facts. There is no compelling reason for this Court to decide the factual questions. To the contrary, there is good reason for this Court to exercise restraint by remitting such questions to the trial court.

[106] I would, therefore, respectfully dissent in part as to the order to be granted.

Appeal dismissed with costs throughout, ROWE J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Hamilton & Co., New Westminster.

Solicitors for the respondent: McEwan Cooper Dennis, Vancouver.

Solicitors for the intervener C.H.O.A. Condominium Home Owners' Association of B.C.: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitors for the intervener Urban Development Institute – Pacific Region: Shields Harney, Vancouver.

d'une option en vertu de la servitude assortie de conditions, plutôt que comme son acceptation d'un nouveau contrat avec CPSC.

[104] Une telle conclusion ne saurait bien sûr écarter la possibilité que l'Association ait également formé un engagement avec CPSC par une autre conduite. L'adoption, par l'Association, d'une conduite qui correspond à la formation d'un engagement avec CPSC et qui n'est pas compatible avec le fait que l'Association invoque un pouvoir au titre de la servitude assortie de conditions serait convaincante.

V. Conclusion

[105] Dans les circonstances, il serait mieux que la Cour s'abstienne de trancher la question de savoir si l'Association a manifesté objectivement son assentiment à CPSC. À mon sens, la meilleure façon de procéder consiste plutôt à simplement exposer les principes de droit que le tribunal de première instance appliquera aux faits. Aucune raison impérieuse ne justifie que la Cour tranche les questions de fait. Au contraire, la Cour a de bonnes raisons de faire preuve de retenue en renvoyant de telles questions au tribunal de première instance.

[106] Par conséquent, je dois, en toute déférence, exprimer ma dissidence partielle à l'égard de l'ordonnance accordée.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, le juge ROWE est dissident en partie.

Procureurs de l'appelante : Hamilton & Co., New Westminster.

Procureurs de l'intimée : McEwan Cooper Dennis, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante C.H.O.A. Condominium Home Owners' Association of B.C. : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Urban Development Institute – Pacific Region : Shields Harney, Vancouver.

Desjardins Financial Services Firm Inc. and Desjardins Global Asset Management Inc., a lawfully constituted legal person, formerly Desjardins Asset Management Inc.
Appellants

v.

Ronald Asselin *Respondent*

INDEXED AS: DESJARDINS FINANCIAL SERVICES FIRM INC. v. ASSELIN

2020 SCC 30

File No.: 37898.

2019: December 5; 2020: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Class action — Authorization to institute class action — Conditions for authorizing action — Motion for authorization to institute class action in contractual liability for breach of duty to inform and in extracontractual liability for breach of duties of competence and management against financial institutions with respect to term savings investments — Superior Court dismissing motion — Court of Appeal setting aside judgment and authorizing class action — Whether Court of Appeal was justified in intervening in Superior Court’s decision — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 1003.

A is a member of a caisse populaire in the Desjardins Group. Between March 2005 and June 2007, he purchased two types of investments from his caisse populaire, Perspectives Plus Term Savings (“PP”) and Alternative Term Savings (“ALT”), by entering into deposit agreements. The investments essentially involved capital that was guaranteed at maturity and corresponded to the original value of the deposit, and a potential return that was variable. It is alleged that the investments were purchased as a result of representations made by a financial planner and mutual fund representative who was a subordinate or mandatary of Desjardins Financial Services Firm

Desjardins Cabinet de services financiers inc. et Desjardins Gestion internationale d’actifs inc., personne morale légalement constituée, anciennement Desjardins Gestion d’actifs inc.
Appelantes

c.

Ronald Asselin *Intimé*

RÉPERTORIÉ : DESJARDINS CABINET DE SERVICES FINANCIERS INC. c. ASSELIN

2020 CSC 30

N° du greffe : 37898.

2019 : 5 décembre; 2020 : 30 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectif — Autorisation d’exercer un recours collectif — Conditions d’autorisation du recours — Requête pour l’autorisation d’exercer un recours collectif en responsabilité contractuelle pour manquement au devoir d’information et extracontractuelle pour manquement aux devoirs de compétence et de gestion contre des institutions financières relativement à des placements d’épargne à terme — Refus de la requête par la Cour supérieure — Jugement infirmé par la Cour d’appel et recours collectif autorisé — L’intervention de la Cour d’appel à l’égard de la décision de la Cour supérieure était-elle justifiée? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 1003.

A est membre d’une caisse populaire du Mouvement Desjardins. Il a souscrit entre mars 2005 et juin 2007 à deux types de placement auprès de sa caisse, soit le Placement Épargne à Terme Perspectives Plus (« PP ») et le Placement Épargne à Terme Gestion Active (« GA »), par le biais de conventions de dépôt. Ces placements se caractériseraient essentiellement par un capital, correspondant à la valeur initiale du dépôt, garanti à l’échéance du terme et un potentiel de rendement variable. La souscription à ces placements résulterait de représentations faites par une planificatrice financière et représentante en épargne collective qui serait préposée ou mandataire de Desjardins

Inc. (“Firm”), which is part of the Desjardins Group and which specializes in financial services. Both the financial planner and various documents promoting the investments allegedly represented them as being safe and as providing an attractive return, despite the fact that they involved a specific risk that affected their return potential. It is alleged that the investments were designed and managed by Desjardins Global Asset Management Inc. (“Management”), which is also part of the Desjardins Group and which specializes in asset management.

In March 2009, A received a letter informing him that he would obtain no return on his PP and ALT investments up to the time they matured. In February 2010, A received an investment statement indicating that his investments had in fact yielded a return of 0 percent for 2009. In September 2011, A filed a motion in the Quebec Superior Court seeking authorization to institute a class action against Firm and Management. He argued that Firm was contractually liable to the members of the class action group for breaching its duty to inform. He claimed that Firm had not adequately informed him and the other members of the group of the risks associated with the investments, alleging both direct and indirect fault. He argued that Management was extracontractually liable to the group’s members for breaching its duties of competence with regard to design and management. He alleged that Management had used risky investment strategies, including strategies involving investments in asset-backed commercial paper (“ABCP”), that had resulted in a loss of all the assets allocated to the return.

The Superior Court dismissed the motion for authorization to institute a class action against Firm and Management. The authorization judge found that A had not shown that his proposed action in contractual liability against Firm and in extracontractual liability against Management had a good colour of right as required by art. 1003(b) of the former *Code of Civil Procedure* of Quebec (“former *C.C.P.*”). The judge also found that there were no common questions as required by the condition set out in art. 1003(a) of the former *C.C.P.*, though she neglected to deal with that condition in relation to the action against Management. The Court of Appeal allowed A’s appeal and authorized the class action against Firm and Management.

Cabinet de services financiers inc. (« Cabinet »), partie du Mouvement Desjardins, et spécialisée dans les services financiers. Les placements auraient été présentés comme sécuritaires et comme assurant un rendement intéressant tant par la planificatrice financière que par divers documents qui en faisaient la promotion alors qu’ils présentaient un risque particulier affectant leur potentiel de rendement. Ces placements auraient été conçus et gérés par Desjardins Gestion internationale d’actifs inc. (« Gestion ») également partie du Mouvement Desjardins, et spécialisée dans la gestion d’actifs.

En mars 2009, A a reçu une lettre l’informant que ses Placements PP et GA ne lui procureraient aucun rendement jusqu’à l’échéance du terme. En février 2010, A a reçu un relevé de placements indiquant que ses placements avaient effectivement produit un rendement de 0 p. 100 pour l’année 2009. En septembre 2011, A a déposé une requête pour autorisation d’exercer un recours collectif en Cour supérieure du Québec contre Cabinet et Gestion. Il invoque contre Cabinet le manquement au devoir d’information de cette dernière dans le cadre de sa responsabilité contractuelle envers les membres du groupe. A affirme que Cabinet ne l’a pas informé adéquatement, ainsi que les autres membres du groupe, des risques associés aux placements, alléguant tant une faute directe qu’indirecte. Il invoque contre Gestion le manquement aux devoirs de compétence quant à la conception et la gestion de cette dernière dans le cadre de sa responsabilité extracontractuelle envers les membres du groupe. A affirme que Gestion aurait utilisé des stratégies d’investissements risquées, y compris des stratégies impliquant des investissements dans des papiers commerciaux adossés à des actifs (« PCAA »), qui auraient eu pour conséquence d’entraîner une perte de tous les actifs affectés au rendement.

La Cour supérieure a rejeté la requête pour autorisation d’exercer un recours collectif contre Cabinet et Gestion. La juge de l’autorisation a conclu qu’en ce qui a trait au recours en responsabilité contractuelle proposé contre Cabinet et en responsabilité extracontractuelle proposé contre Gestion, A n’a pas démontré que son recours présentait une apparence sérieuse de droit tel que l’exige l’al. 1003(b) de l’ancien *Code de procédure civile* du Québec (« ancien *C.p.c.* »). La juge a conclu également en l’absence de questions communes suivant la condition prévue à l’al. 1003(a) de l’ancien *C.p.c.*, omettant toutefois de se prononcer sur cette condition quant au recours contre Gestion. La Cour d’appel a accueilli l’appel de A et a autorisé l’exercice du recours collectif contre Cabinet et Gestion.

Held (Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Martin and Kasirer JJ.: The Court of Appeal was correct to authorize the class action proposed by A both against Firm and against Management. The authorization judge erred in analyzing certain aspects of the conditions set out in subparas. (a) and (b) of art. 1003 of the former *C.C.P.* (which correspond to subparas. (1) and (2) of art. 575 of the new *Code of Civil Procedure*). However, the appeal should be allowed in part for the sole purpose of varying paras. 8 and 9 of the Court of Appeal's judgment in order to clarify the scope of the claim for punitive damages.

The Court of Appeal adhered perfectly to the analytical framework established in *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, and *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831, even though the last of these cases was decided after the judgment under appeal. The threshold for authorizing a class action in Quebec is a low one. Once the four conditions set out in art. 1003 of the former *C.C.P.* are met, the judge must authorize the action; the judge has no residual discretion to deny authorization on the pretext that a class action is not the most appropriate vehicle. Questions of law may be resolved by an authorization judge if the outcome of the proposed action depends on the judge's doing so, but this choice is generally a discretionary one. This reflects the purpose of the authorization stage of the class action: the judge's role is to filter out frivolous claims, and nothing more. In analyzing a motion, an authorization judge must avoid adopting a rigid approach and must read the wording of the motion to discover the full message it conveys, including the necessarily implied message. Finally, there is no requirement in Quebec that the common questions predominate over the individual ones. On the contrary, a single common question is enough if it advances the litigation in a not insignificant manner. It is not necessary that the common question be determinative of the outcome of the case.

Here, the allegations are sufficient to establish an arguable case against Firm in accordance with the condition set out in art. 1003(b) of the former *C.C.P.* It is in principle not appropriate at the authorization stage for the court to make any determination as to the merits in law of the conclusions in light of the facts being alleged. The proposed syllogism is neither frivolous nor clearly unfounded in

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Brown, Martin et Kasirer : C'est à bon droit que la Cour d'appel a autorisé l'exercice du recours collectif proposé par A, et ce, tant contre Cabinet que contre Gestion. La juge de l'autorisation s'est méprise dans son analyse quant à certains aspects des conditions énoncées aux al. 1003a) et 1003b) de l'ancien *C.p.c.* (qui correspondent aux par. 575(1) et 575(2) du nouveau *Code de procédure civile*). L'appel est toutefois accueilli en partie à la seule fin de modifier les par. 8 et 9 de l'arrêt de la Cour d'appel afin de préciser la portée de la réclamation en dommages-intérêts punitifs.

La Cour d'appel a parfaitement respecté le cadre d'analyse fixé dans les arrêts *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, et *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831, même si ce dernier a été rendu après la décision faisant l'objet du pourvoi. L'autorisation d'un recours collectif au Québec nécessite l'atteinte d'un seuil peu élevé. Une fois satisfaites les quatre conditions énoncées à l'art. 1003 de l'ancien *C.p.c.*, la juge doit autoriser le recours collectif; elle ne bénéficie d'aucune discrétion résiduelle lui permettant de refuser l'autorisation au prétexte que le recours ne serait pas le véhicule le plus adéquat. Les questions de droit peuvent être résolues par un ou une juge de l'autorisation lorsque le sort de l'action projetée en dépend, mais ce choix relève généralement de la discrétion du tribunal. Ceci témoigne de la vocation de l'étape de l'autorisation du recours collectif : exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus. En analysant la requête, les juges d'autorisation doivent éviter de faire preuve de rigorisme. Il faut lire le texte de la requête pour en découvrir son plein message, y compris son message nécessairement implicite. Enfin, il n'y a aucune exigence au Québec que les questions communes soient prépondérantes par rapport aux questions individuelles. Au contraire, une seule question commune suffit si elle fait progresser le litige de façon non négligeable. Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit déterminante pour le sort du litige.

En l'espèce, les allégations suffisent à établir une cause défendable à l'encontre de Cabinet suivant la condition prévue à l'al. 1003b) de l'ancien *C.p.c.* En principe, il n'y a pas lieu pour le tribunal, au stade de l'autorisation, de se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions au regard des faits allégués. Le syllogisme proposé n'est ni frivole, ni manifestement non fondé en droit. Les

law. The allegations are precise enough to be assumed to be true, and there is a sufficient basis for them in the evidence adduced.

A's syllogism is based on a breach by Firm of its duty to inform. In his motion, A explains right in the summary that he is alleging that Firm and Management breached and violated the obligations and duties of information, competence and management. Firm allegedly failed to inform adequately the group's members of the risky transactions conducted using the amounts the members had entrusted to it. With regard to injury, A explains the loss of a return resulting from risky investment strategies; with regard to causation, he states that he would never have agreed to invest in the PP and ALT investments if Firm had adequately informed him of the risks associated with them. The faults are described with sufficient precision, and the information missing for the entire group relates, among other things, to the level of risk involved in the investments, their volatility and the way they worked, including the leverage used.

It can be understood from these allegations that the proposed action is based not on a breach of the deposit agreements, but rather on a generalized and systematic breach of the duty to inform. A alleges that Firm systematically breached this duty by not adequately informing all of its representatives of the risks and characteristics of the investments (the direct fault). According to the facts alleged in the motion, the representatives, having received false, misleading or incomplete information, then failed to provide adequate information to the group's members (the indirect fault). Firm's alleged dual fault, and the basis for the action, is a generalized and systematic breach of its general duty to inform. This dual fault refers, in other words, to two sides of the same coin: Firm's breach of its duty to inform the group's members directly itself, and to inform them indirectly through its representatives.

A person who provides financial services is indeed subject to a duty to inform, and failure to comply with that duty may give rise to civil liability, for which the principal or mandator of the financial adviser at fault must answer. The group's members were linked to Firm by a contract for services within the meaning of art. 2098 of the *Civil Code of Québec* or, if the services were not paid for directly, a similar *sui generis* contract. Grounded in the general obligation of good faith (arts. 6, 7 and 1375 of the *Civil Code of Québec*), the duty to inform relates to all contracts

allégations sont suffisamment précises pour être tenues pour avérées et elles trouvent un fondement suffisant dans la preuve administrée.

Le syllogisme de A se fonde sur un manquement de Cabinet à son devoir d'information. Dans sa requête, A explique dès le sommaire qu'il reproche à Cabinet et Gestion d'avoir manqué et contrevenu aux obligations et aux devoirs d'information, de compétence et de gestion. Cabinet aurait omis d'informer adéquatement les membres du groupe des opérations risquées effectuées avec les sommes confiées par les membres. Au niveau du préjudice, A explique la perte de rendement subie en raison de stratégies d'investissement risquées; au niveau de la causalité, il affirme qu'il n'aurait jamais accepté d'investir dans les Placements PP et GA s'il avait été informé adéquatement des risques liés à ces placements par Cabinet. Les fautes sont décrites avec suffisamment de précision, et l'information manquante à l'échelle du groupe vise entre autres le niveau de risque des placements, leur volatilité et leur fonctionnement, notamment leur effet de levier.

On comprend de ces allégations que le recours proposé se fonde non pas sur l'inexécution des conventions de dépôt, mais plutôt sur un manquement généralisé et systématique au devoir d'information. A reproche à Cabinet d'avoir systématiquement manqué à ce devoir en n'informant pas adéquatement l'ensemble des représentants du risque et des caractéristiques des placements (la faute directe). Munis d'information fautive, trompeuse ou incomplète, les représentants ont alors, selon les faits allégués de la requête, également omis d'informer adéquatement les membres du groupe (la faute indirecte). La double faute reprochée à Cabinet, et le fondement du recours, est un manquement généralisé et systématique au devoir général d'information qui incombe à Cabinet. Cette double faute désigne en d'autres mots les deux côtés d'une même médaille, soit le manquement de Cabinet à son devoir d'information tant envers les membres du groupe directement, par elle-même, qu'indirectement, via ses représentants.

La personne prestataire de services financiers est bien soumise à un devoir d'information, et le non-respect de ce devoir peut donner lieu à une responsabilité civile dont le commettant ou le mandant de la conseillère financière fautive doit répondre. Les membres du groupe sont liés à Cabinet par un contrat de service au sens de l'art. 2098 du *Code civil du Québec* ou encore, si le service n'est pas directement rémunéré, par un contrat *sui generis* s'y apparentant. Fondé sur l'obligation générale de bonne foi (art. 6, 7 et 1375 du *Code civil du Québec*), le devoir

and, in principle, applies to all contracting parties. There is a distinction between the duty to provide advice and the duty to inform. The obligation to inform is an obligation to reveal to another facts that the latter, in order to adjust his or her conduct, may legitimately expect to receive. The obligation to provide advice is an obligation to provide counsel to another in the furtherance of the latter's interest. The duty to inform is less onerous and less individualized than the obligation to provide advice.

In *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, the Court observed that the scope of the obligation to inform is assessed on the basis of the following criteria: (1) knowledge of the information, whether actual or presumed, by the party which owes the obligation to inform; (2) the fact that the information in question is of decisive importance; (3) the fact that it is impossible for the party to whom the duty to inform is owed to inform itself, or that the creditor is legitimately relying on the debtor of the obligation. In the case at bar, Firm knows or is presumed to know the characteristics of the investments it recommends. A alleges that he would never have agreed to invest in the PP and ALT investments if he had been adequately informed of the risks associated with them and that it was impossible for him to inform himself of Management's investment strategies.

The motion does not allege a positive misrepresentation; it alleges an omission corresponding to a breach of the duty to inform, which, unlike the duty to provide advice, is an obligation of result. Mere proof by the creditor that the result was not achieved is sufficient to give rise to a presumption that the debtor is liable. At the authorization stage, the applicant bears the burden of demonstrating that the proposed legal syllogism is arguable, not the burden of proving each element of the syllogism on the usual civil balance of probabilities standard. In this context, the evidence adduced by A in support of allegations that must be assumed to be true is more than sufficient. The action can be authorized without proof on a balance of probabilities that A was not given the information. A filed many documents to support allegations concerning Firm's failure to disclose, to all clients, the risks associated with the methods used to manage the investments. It is argued that the choice made by Firm and its representatives to rely on the documents is evidence of the breach of the contractual duty to inform alleged in support of Firm's indirect contractual liability. A's pre-hearing examination is also relevant evidence with respect to the non-performance of an obligation to do something, such as an absence of advice or information. The breach amounts to a negative,

d'information concerne tous les contrats et vise en principe toutes les parties contractantes. Il existe une distinction entre le devoir de conseil et celui d'information. L'obligation de renseignement (ou d'information) impose de divulguer des faits à celui qui, afin de régler son comportement, peut légitimement s'attendre à ce qu'on les lui dévoile. L'obligation de conseil exige de donner un avis à une personne, dans l'intérêt de celle-ci. Le devoir d'information est moins onéreux et moins particularisé que l'obligation de conseil.

Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, la Cour a observé que l'étendue de l'obligation d'information s'apprécie en fonction des critères suivants : (1) la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement; (2) la nature déterminante de l'information en question; (3) l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur. En l'espèce, Cabinet connaît ou est présumée connaître les caractéristiques des placements qu'elle conseille. A allègue qu'il n'aurait jamais accepté d'investir dans les Placements PP et GA s'il avait été informé adéquatement des risques liés à ces placements et qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner sur les stratégies d'investissement de Gestion.

La requête n'allègue pas une fausse représentation positive; elle allègue une omission correspondant à un manquement au devoir d'information qui, contrairement au devoir de conseil, est une obligation de résultat. La simple preuve par le créancier de l'absence du résultat suffit à faire présumer la responsabilité du débiteur. À l'étape de l'autorisation, le requérant a le fardeau de démontrer le caractère défendable du syllogisme juridique proposé, et non le fardeau de prouver chacun des éléments du syllogisme juridique proposé selon la norme habituelle en matière civile de prépondérance des probabilités. Dans ce contexte, la preuve apportée par A au soutien d'allégations qui doivent être présumées avérées est plus que suffisante. Le recours peut être autorisé en l'absence d'une preuve prépondérante que l'information n'a pas été transmise à A. A a déposé nombre de documents pour appuyer des allégations concernant l'omission par Cabinet de divulguer, à l'ensemble de la clientèle, les risques associés aux méthodes de gestion des placements. Le choix de Cabinet et de ses représentants de s'y fier seraient une preuve du manquement au devoir contractuel d'information allégué à l'appui de sa responsabilité contractuelle indirecte. L'interrogatoire avant audition de A constitue également un élément de preuve pertinent en matière d'exécution

which is inherently difficult to establish persuasively, but which can be proved simply by testimony.

The common questions condition set out in art. 1003(a) of the former *C.C.P.* is also met with respect to the proposed action against Firm. At the authorization stage, the decisions of the Quebec courts and of the Court require a flexible approach to the common interest that must exist among the group's members. As a result, even where circumstances vary from one group member to another, a class action can be authorized if some of the questions are common. The fact that the situations of all members of the group are not perfectly identical does not mean that the group does not exist or is not uniform. In Quebec, a single common question is sufficient as long as it advances the litigation in a not insignificant manner. The class action in this case concerns a contractual breach of the duty to inform that grounds both Firm's direct liability and its indirect liability. In both cases, the alleged omissions are systematic in nature and do not depend on each client's individual characteristics. The systematic nature of these omissions in both cases makes it possible to identify common questions in the proposed action against Firm under art. 1003(a).

The motion filed by A indicates that the group's members were systematically misinformed. By giving its representatives documents that were misleading or incomplete, Firm misinformed them and did not give them the means to adequately inform the group's members. The information provided to the members was therefore necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading. The systematic nature of Firm's breach is thus clearly alleged and must be assumed to be true. Moreover, the information in question was objective information that Firm never gave the representatives or the members concerning the risky nature of the investments.

The position taken in the motion is not based on the individual liability of a financial adviser to a particular client, which would depend on evidence of each client's profile to establish whether the investment was in fact appropriate. The alleged fault is a breach of a general obligation to inform that affected each member, not a breach of an individualized obligation to properly advise a client. Although the duty to inform varies with the context, there are circumstances in which all creditors were deprived of information as a result of a systematic omission. In this case, A specifically alleges the existence of

d'une obligation de faire, comme l'absence de conseil ou d'information. Le manquement équivaut à un fait négatif, en soi difficile à établir de manière convaincante, mais dont la preuve peut être faite par simple témoignage.

La condition des questions communes suivant l'al. 1003a) de l'ancien *C.p.c.* est également satisfaite à l'égard du recours proposé contre Cabinet. À l'étape de l'autorisation, la jurisprudence québécoise et de la Cour commande une conception souple de l'intérêt commun qui doit lier les membres du groupe. Ainsi, même si les circonstances varient d'un membre du groupe à l'autre, le recours collectif pourra être autorisé si certaines questions sont communes. Le fait que tous les membres du groupe ne sont pas dans des situations parfaitement identiques ne prive pas celui-ci de son existence ou de sa cohérence. Au Québec, une seule question commune suffit, tant qu'elle fait progresser le litige de manière non négligeable. Le recours collectif en l'espèce vise un manquement contractuel au devoir d'information fondant la responsabilité tant directe qu'indirecte de Cabinet. Dans les deux cas, les omissions alléguées ont un caractère systématique et ne dépendent pas des caractéristiques individuelles de chaque client. Le caractère systématique de ces omissions, de part et d'autre, permet l'identification de questions communes à l'égard du recours proposé contre Cabinet au sens de l'al. 1003a).

La requête déposée par A fait état d'une désinformation systématique des membres du groupe. En fournissant à ses représentants des documents trompeurs ou incomplets, Cabinet les désinforme et ne leur donne pas les moyens d'informer adéquatement les membres du groupe. L'information transmise aux membres est donc nécessairement incorrecte ou insuffisante, voire fausse, trompeuse ou susceptible d'induire en erreur. Le caractère systématique du manquement de Cabinet est donc clairement allégué et doit être tenu pour avéré. De plus, il s'agit d'information objective que Cabinet n'a jamais fournie aux représentants et aux membres, concernant le caractère risqué des placements.

La thèse de la requête n'est pas fondée sur la responsabilité individuelle d'une conseillère financière vis-à-vis de son client particulier qui dépendrait de la preuve du profil de chaque client pour savoir effectivement si le placement convenait ou non. La faute alléguée est un manquement à une obligation d'information générale qui affecte chaque membre, et non un manquement à l'obligation particularisée de bien conseiller son client. Bien que le devoir d'information varie en fonction du contexte, il existe des circonstances où tous les créanciers ont été privés d'information en raison d'une omission systématique. En

such circumstances, in which an informational imbalance and Firm's control of the information are common to all the members. Indeed, A alleges that the group's members could not have known the information that Firm had about how the investments worked even with all due diligence. A class action based on a brokerage firm's liability for the conduct of its representatives is therefore possible if the issue is whether the information provided by the firm to its representatives and to the group's members was insufficient, with the result that a general duty to inform was breached. To conclude otherwise would deprive the class action of part of its role of helping people who, for economic and other reasons, face barriers in asserting their rights. The Court of Appeal was accordingly justified in intervening. It appears that the authorization judge considered the common questions condition from the perspective of an action based on the duty to provide individualized advice tailored to each client's risk tolerance even though that was not the basis for A's action.

It is conceded that it can be argued that Management is liable as the designer of the investments. On the issue of whether the case against Management is an arguable one, the syllogism proposed by A is neither circular nor untenable. A does not merely say in his allegations that Management's practices were risky because the investments did not generate a return; he makes concrete allegations against Management. These allegations are sufficiently precise. As for the impact of the 2008 financial crisis on the causal link between Management's alleged extracontractual faults and the loss for which A is seeking compensation, this is an issue that goes to the merits of the case.

A is claiming punitive damages from Management pursuant to ss. 6 and 49 of the *Charter of human rights and freedoms* for unlawful and intentional interference with his right to the peaceful possession of his property. For the purposes of that claim, he alleges that a significant portion of the money market investments in the PP and ALT investments consisted of ABCP. Management submits that any claim relating to ABCP has been extinguished as a result of the Sanction Order made by the Ontario Superior Court of Justice as part of the restructuring of the ABCP market carried out under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"). The motion judge found that the claim based on ABCP was, on its face, barred, but she did not refer to the distinction between "Affected ABCP" and "Unaffected Claims" as dealt with in the Third Amended

l'espèce, A allègue précisément l'existence de telles circonstances, où le déséquilibre informationnel et le contrôle de l'information par Cabinet sont communs à tous les membres. En effet, A allègue que les membres du groupe ne pouvaient pas connaître l'information que possédait Cabinet sur le fonctionnement des placements même avec toute la diligence voulue. Ainsi, un recours collectif pour la responsabilité d'une maison de courtage pour le fait de ses représentants est possible s'il est question de la non-suffisance de l'information communiquée par la firme à ses représentants et aux membres du groupe, menant à un manquement à un devoir général d'information. Conclure autrement priverait le recours collectif d'une partie de sa vocation de venir en aide aux personnes qui, pour des raisons économiques et autres, font face à des obstacles pour faire valoir leurs droits. La Cour d'appel était donc justifiée d'intervenir. Il appert que la juge de l'autorisation a évalué la condition des questions communes sous l'angle d'un recours fondé sur le devoir de fournir des conseils individualisés adaptés à la tolérance aux risques de chaque client, alors que ce n'était pas le fondement du recours de A.

Il est admis que la responsabilité de Gestion peut être recherchée en tant que concepteur des placements. En ce qui a trait au caractère défendable de la cause menée contre Gestion, le syllogisme proposé par A n'est ni circulaire, ni insoutenable. A ne se contente pas dans ses allégations de dire que les pratiques de Gestion étaient risquées parce que les placements n'ont pas généré de rendement : il forme des reproches concrets à l'égard de Gestion. Ces allégations sont suffisamment précises. Quant à l'impact de la crise financière de 2008 sur le lien causal entre les prétendues fautes extracontractuelles de Gestion et le préjudice pour lequel A demande compensation, cette question relève du fond du litige.

A réclame à Gestion des dommages-intérêts punitifs en application des art. 6 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* pour atteinte, de manière illicite et intentionnelle, à son droit à la possession paisible de ses biens. Dans le cadre de cette réclamation, il allègue qu'une part importante des investissements en marché monétaire au sein des Placements PP et GA était composée de PCAA. Gestion affirme que toute réclamation relative aux PCAA est éteinte par l'effet de l'Ordonnance d'homologation rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le cadre de la réorganisation du marché des PCAA entreprise en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). En première instance, la juge a conclu que la réclamation fondée sur les PCAA est à sa face même irrecevable sans

Plan of Compromise and Arrangement that was the subject of the Sanction Order.

The Court of Appeal correctly found that the motion judge could not decide whether the claim was barred at the authorization stage. It is true that a court may decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so, but the question of whether the ABCP concerned is part of the Affected ABCP covered by the release and listed in its Schedule “A” is not a pure question of law. It is not the application of the Order that is being contested but rather its scope, which can be argued later. The scope of the Affected ABCP and the unaffected ABCP under the Order is an issue that could, if necessary, be referred to the Ontario Superior Court of Justice. Caution must be exercised at the authorization stage, and any doubt should weigh in favour of the continuation of the proceedings. Deferring this matter will not result in Management losing any rights given that the action must proceed on the merits on the claim for compensatory damages. Though difficult, a claim for punitive damages based on unlawful and intentional interference under s. 6 of the *Charter of human rights and freedoms* in relation to the ABCP not covered by the release remains arguable in this context. However, it must be specified that any payment to each member of the group of an amount in punitive damages may be sought solely in relation to Unaffected Claims within the meaning of art. 1 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement dated January 12, 2009.

Per Moldaver, Côté and Rowe JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. Authorization of the proposed class action against Firm should be denied, and authorization of the proposed class action against Management should be granted, but only in relation to the claim for compensatory damages.

The objectives of facilitating access to justice, modifying harmful behaviour and conserving judicial resources that underlie the class action can be attained only if a rigorous procedure is followed for the authorization of such an action. The class action is a cumbersome procedural vehicle that represents a huge undertaking for all of the participants, including the courts. Authorization is meant to be more than a mere formality. Its purpose is to protect the interests of all those involved in the class action — not only the interests of the representative and the absent members, but also those of the defendants and even of the

toutefois relever la distinction entre « PCAA visés » et « Réclamations non visées », telle que traitée au Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement ayant fait l’objet de l’Ordonnance d’homologation.

La Cour d’appel a eu raison de conclure que le juge de première instance ne pouvait trancher l’irrecevabilité au stade de l’autorisation. Il est vrai qu’un tribunal peut trancher une pure question de droit au stade de l’autorisation si le sort de l’action collective projetée en dépend, mais déterminer si les PCAA en question font partie des PCAA visés par la quittance et énumérés à son Annexe « A » n’est pas une pure question de droit. Ce n’est pas l’application de l’Ordonnance qui est contestée, mais sa portée qui pourra être débattue ultérieurement et, si nécessaire, la question de la portée des PCAA visés et non visés par l’Ordonnance pourrait être renvoyée à la Cour supérieure de justice de l’Ontario. Au stade de l’autorisation, la prudence s’impose et tout doute devrait jouer en faveur de la continuation des procédures. Le fait de différer cette question n’entraîne pas la perte de droits pour Gestion puisque le recours doit procéder au mérite quant à la réclamation en dommages-intérêts compensatoires. Tout en étant difficile, une réclamation en dommages-intérêts punitifs fondée sur l’atteinte illicite et intentionnelle de l’art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et portant sur les PCAA non visés par la quittance demeure défendable dans le contexte. Toutefois, il est nécessaire de préciser que tout paiement à chacun des membres du groupe d’une somme à titre de dommages-intérêts punitifs est sujet à réclamation uniquement en lien avec des Réclamations non visées, au sens de l’art. 1 du Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement daté du 12 janvier 2009.

Les juges Moldaver, Côté et Rowe (dissidents en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie. L’autorisation du recours collectif proposé contre Cabinet devrait être refusée et l’autorisation du recours collectif proposé contre Gestion devrait être accordée mais seulement à l’égard de la réclamation en dommages-intérêts compensatoires.

Les objectifs d’accès à la justice, de modification des comportements préjudiciables et d’économie des ressources judiciaires visés par le recours collectif ne peuvent être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer son autorisation. Le recours collectif constitue un véhicule procédural lourd qui représente une démarche énorme pour tous les acteurs concernés, y compris les tribunaux. L’autorisation se veut davantage qu’une simple formalité. Elle vise à protéger les intérêts de tous les intervenants au recours collectif, non seulement ceux du représentant et des membres absents, mais également ceux

administration of justice. The authorization stage is what confers full legitimacy on the class action.

Even though the court plays a more active role in the context of a class action, it may not take on the role of party or counsel and reorient the action as presented by the applicant however it likes. The court's role is not to read between the lines in order to guess the basis for the action whose authorization is being sought, or for the legal syllogism, where no specific allegations are made in relation to a key element of the cause of action. The court hearing the motion for authorization can supplement the allegations using the evidence in the record and can draw inferences and presumptions from them. However, the court is not required to assume the applicant's legal allegations to be true; it may decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so. When a judge decides a question of law on which the outcome of a class action depends at the authorization stage, this furthers the objectives of predictability of the law and judicial economy that underlie the system of administration of justice. The judge's role at the authorization stage is to screen out frivolous or untenable actions, but also to verify that all the conditions of art. 1003 of the former *C.C.P.* are met. A motion that does not meet all the conditions is not for that reason alone frivolous. Because the court must assume that the alleged facts are true, the allegations must be clear and complete, not vague, general or imprecise. Defects of form can be excused, but substantive defects cannot be. The allegations must be read carefully in order to determine whether the legal syllogism they propose is an arguable one.

At the authorization stage, judges have considerable leeway in assessing whether the conditions set out in art. 1003 of the former *C.C.P.* are met. If a judge is of the opinion that each condition is met, he or she must authorize the action and has no discretion to decline to do so. An appellate court's power of intervention is limited, and it must defer to the judge's assessment of the conditions. The applicable standard for appellate intervention is that of palpable and overriding error.

In this case, the motion judge did not err in stating that Firm could not be contractually liable on the basis of the deposit agreements for the PP and ALT investments because the parties to those agreements were the clients and their respective caisses populaires. The contract that could give rise to Firm's contractual liability is instead the one that it entered into with clients through its representatives,

des défendeurs et même de l'administration de la justice. L'étape de l'autorisation confère au recours collectif toute sa légitimité.

Malgré son rôle plus actif en matière de recours collectif, le tribunal ne peut s'arroger le rôle de partie ou d'avocat et réorienter à sa guise le recours tel que présenté par la partie requérante. Il n'appartient pas au tribunal de lire entre les lignes dans le but de deviner le fondement du recours qu'on cherche à faire autoriser ou du syllogisme juridique en l'absence d'allégations spécifiques quant à un élément essentiel de la cause d'action. Le tribunal d'autorisation peut compléter les allégations avec la preuve au dossier et en tirer des inférences et présomptions. Toutefois, le tribunal n'a pas à tenir pour avérées les allégations juridiques du requérant; il peut trancher une pure question de droit au stade de l'autorisation si le sort du recours collectif projeté en dépend. Lorsque le juge tranche une question de droit dont dépend le sort du recours collectif à l'étape de l'autorisation, cela favorise l'atteinte des objectifs de prévisibilité juridique et d'économie judiciaire qui sous-tendent le système d'administration de la justice. Le rôle du juge à l'étape de l'autorisation est de filtrer les recours frivoles ou insoutenables, mais aussi de vérifier que toutes les conditions de l'art. 1003 de l'ancien *C.p.c.* soient satisfaites. Une requête qui ne remplit pas toutes les conditions n'est pas par ce fait même frivole. Puisque le tribunal doit tenir les faits allégués pour avérés, les allégations doivent être claires et complètes, plutôt que vagues, générales ou imprécises. Des carences de forme sont pardonnables; des carences de substance ne le sont pas. Ces allégations doivent être lues avec attention afin d'analyser le caractère défendable du syllogisme juridique qu'elles proposent.

Le juge dispose à l'étape de l'autorisation d'une importante marge de manœuvre dans l'appréciation des conditions énoncées à l'art. 1003 de l'ancien *C.p.c.* Lorsqu'il est d'avis que chaque condition est satisfaite, il doit autoriser le recours et il n'a pas discrétion de refuser l'autorisation. Le pouvoir d'intervention d'une cour d'appel demeure limité et celle-ci doit faire preuve de déférence envers la décision du juge dans son appréciation des conditions. La norme d'intervention en appel applicable à cette appréciation est celle de l'erreur manifeste et déterminante.

En l'espèce, le juge de première instance ne commet aucune erreur lorsqu'elle affirme que les conventions de dépôt des Placements PP et GA ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle de Cabinet puisqu'elles interviennent entre les clients et leurs caisses populaires respectives. Le contrat susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de Cabinet serait plutôt celui

which was a contract for services whose sole object was the giving of advice. While the giving of advice was the core prestation under the contract, this did not preclude a duty to inform from existing as well. The judge also analyzed the action against Firm as it had been presented, that is, from the standpoint of Firm's contractual liability for a breach of the duty to inform. This was analyzed in relation to a contractual basis for the action arising from the mandator-mandatar relationship between Firm's representatives and the clients. The judge's assessment of the authorization conditions was entitled to deference on appeal absent a palpable and overriding error.

The common questions requirement set out in art. 1003(a) of the former *C.C.P.* is not met with respect to the proposed action against Firm. The liability of financial advisers for a breach of the duty to inform and the duty to provide advice is not well suited to a class action because of the highly individual nature of the relationship between a client and an adviser in the context of a contract for investment services. In such a case, the liability analysis would have to be repeated for each individual claim. The case law is consistent in this regard: there can be no common questions in such circumstances. However, if an applicant can show that the breach was systematic in nature, the common questions condition will not be an impediment to authorizing the action. A, on the other hand, has neither alleged nor shown any kind of systematic breach of the advisers' duty to inform that might be imputed to Firm. By his own admission, he has no idea whether other clients were in the same situation as him. It is therefore the absence of a systematic breach that is fatal to A's action, not the fact that the action concerns financial advisers.

The duty to inform is more general than the duty to provide advice owed by Firm's representatives; the duty to inform is, however, a variable obligation shaped by the circumstances of each case, as was affirmed in *Bail*. This is especially true in cases where the duty to inform is an accessory to a main prestation whose object is the giving of advice. In this case, the obligation to inform arose in the broader context of the provision of a financial adviser's services, which varies in accordance with several factors, including the length of the relationship and the client's goals and level of expertise. The obligation of advisers or dealers to know their clients shapes their relationship with them; it is clear that the clients' specific circumstances are of significant importance. It is therefore not surprising that A does not know whether there are other members in the same situation as him. His situation cannot be extrapolated to the other members of the proposed group.

qui intervient entre le client et Cabinet, par l'entremise de la représentante, soit un contrat de services dont le seul objet est le conseil. Même si la prestation de base du contrat est le conseil, cela n'empêche pas qu'un devoir d'information existe également. Or, la juge a également analysé le recours contre Cabinet tel qu'il a été présenté, c'est-à-dire sous l'angle de la responsabilité contractuelle de Cabinet découlant d'un manquement au devoir d'information, dans le cadre d'un fondement contractuel qui découlerait de la relation mandant-mandataire entre les représentants de Cabinet et les clients. Son appréciation des conditions d'autorisation commandait la déférence en appel en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante.

L'exigence de questions communes suivant al. 1003a) de l'ancien *C.p.c.* n'est pas satisfaite à l'égard du recours proposé contre Cabinet. La responsabilité de conseillers financiers pour un manquement au devoir d'information et de conseil ne se prête pas à un recours collectif en raison du caractère hautement individuel de la relation entre un client et son conseiller dans le cadre d'un contrat de services de placement. L'analyse de la responsabilité devrait alors être reprise dans chacun des cas individuels. La jurisprudence est constante à cet égard : il ne peut y avoir de questions communes dans de telles circonstances. Toutefois, lorsqu'un requérant parvient à démontrer que le manquement revêt un caractère systématique, la condition des questions communes ne fera pas obstacle à l'autorisation. Or, A n'a ni allégué ni démontré quelque manquement systématique que ce soit au devoir d'information des conseillers qui pourrait être imputé à Cabinet. De son propre aveu, il n'a aucune idée si d'autres clients étaient dans la même situation que lui. C'est donc l'absence de caractère systématique qui est fatal au recours de A et non le fait qu'il vise des conseillers financiers.

Le devoir d'information se veut plus général que le devoir de conseil incombant aux représentants de Cabinet; cependant, le devoir d'information est une obligation à géométrie variable modulée par les circonstances propres à chaque cas, comme l'a confirmé l'arrêt *Bail*. Cela est d'autant plus vrai dans un cas où le devoir d'information est l'accessoire d'une prestation principale ayant pour objet le conseil. En l'espèce, l'obligation d'information s'inscrit dans le contexte plus large de la prestation de services de conseiller financier, qui varie selon plusieurs facteurs, notamment la durée de la relation, les objectifs du client et son niveau d'expertise. L'obligation du conseiller ou du courtier de connaître son client vient moduler sa relation avec ce dernier; il est clair que les circonstances spécifiques du client ont une importance significative. Il n'est donc pas surprenant qu'A ignore s'il existe d'autres membres dans la même situation que lui. Sa situation ne

Accordingly, even though a court should not focus on each member's specific characteristics at the authorization stage of the class action, the fact remains that in this case the elements of fault, causation and injury raised by A on behalf of the group are highly variable. Given the need for such a contextual analysis, there can therefore be no commonality to the question of whether the duty to inform was breached unless it is shown that the breach occurred systematically. The individualized analysis required by the action precludes the possibility of proceeding on a collective basis. A systematic duplication of fact-finding and legal analysis will be required for each relationship between a financial adviser and a client, which means that the proposed question cannot advance the litigation in a not insignificant manner.

In the case of the proposed action against Management, the Court of Appeal's intervention was warranted only in part. The Court of Appeal properly authorized the action against Management except in relation to the claim for punitive damages. On this point, the authorization judge was correct to consider the release with respect to ABCP found in the Sanction Order, and the scope of that release, in concluding that the claim against Management for punitive damages in relation to ABCP did not establish an arguable case.

The defences available to a defendant are generally considered at the trial on the merits. However, a court may decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so. This principle also extends to the interpretation of a release included in a sanction order made by the Ontario Superior Court of Justice, which has full force and effect in Quebec under s. 16 of the *CCAA*.

The outcome of the part of the proposed action that concerns punitive damages in relation to ABCP depends on how the terms of the release are interpreted. Where evidence is necessary to determine the applicability of a release found in a sanction order, this question should be decided at the trial on the merits. Conversely, where such evidence is not necessary, as in this case, it would be neither logical nor desirable, from the standpoint of judicial economy and of proportionality of proceedings, to defer making a decision on this question of law when the court has an opportunity to decide it at the authorization stage. This is especially true for releases resulting from a compromise or arrangement sanctioned by a court under the *CCAA*. These releases advance one of the *CCAA*'s

peut être extrapolée à celle des autres membres du groupe proposé. Ainsi, même s'il ne faut pas s'attarder aux particularités de chacun des membres au stade de l'autorisation du recours collectif, il demeure qu'en l'espèce, les éléments de la faute, la causalité et le préjudice invoqués par A au nom du groupe sont éminemment variables. Étant donné la nécessité d'une telle analyse contextuelle, il ne peut donc y avoir de caractère commun à la question de savoir s'il y a eu manquement au devoir d'information en l'absence d'une démonstration de son caractère systématique. L'analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective. L'appréciation des faits et l'analyse juridique devra être répétée systématiquement pour chaque relation entre un conseiller financier et son client, de sorte que la question suggérée ne saurait faire avancer le litige de façon non négligeable.

En ce qui concerne le recours proposé contre Gestion, l'intervention de la Cour d'appel n'était justifiée qu'en partie. La Cour d'appel avait raison d'autoriser le recours contre Gestion, sauf en ce qui concerne la réclamation en dommages-intérêts punitifs. Sur ce dernier point, la juge d'autorisation a, à juste titre, tenu compte de la quittance relative aux PCAA contenue dans l'Ordonnance d'homologation et de sa portée afin de conclure que la réclamation en dommages-intérêts punitifs contre Gestion en lien avec les PCAA ne présentait pas une cause défendable.

Généralement, les moyens de défense dont dispose la partie défenderesse sont examinés lors du procès sur le fond. Néanmoins, le tribunal peut trancher une pure question de droit au stade de l'autorisation si le sort de l'action collective projetée en dépend. Ce principe couvre également l'interprétation d'une quittance incluse à une ordonnance d'homologation rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, laquelle a pleine vigueur et effet au Québec selon l'art. 16 de la *LACC*.

Le sort de la portion du recours proposé quant aux dommages-intérêts punitifs en lien avec les PCAA dépend de l'interprétation des termes de la quittance. Si une preuve s'avère nécessaire afin de pouvoir statuer sur l'application d'une quittance contenue à une ordonnance d'homologation, cette question devrait procéder au fond. À l'inverse, si une telle preuve n'est pas nécessaire, comme en l'espèce, il ne serait ni logique ni souhaitable, dans une perspective d'économie judiciaire et de proportionnalité des procédures, de différer la détermination de cette question de droit lorsque le tribunal a la possibilité de la trancher au stade de l'autorisation. Cela est particulièrement vrai pour les quittances qui résultent d'une transaction ou d'un arrangement homologué par un tribunal en vertu de

important objectives, which is to favour restructuring by preventing the risk of litigation. Under ss. 16 and 17 of the *CCAA*, it is imperative that Quebec courts give effect to *CCAA* orders regardless of the jurisdiction where the proceedings took place.

In this case, the release presents two impediments that are fatal to A's claim for punitive damages based on ABCP. The first impediment arises from the limited cause of action authorized for an Excepted Claim: the claim must be based on express fraudulent misrepresentations made to the potential plaintiff by an authorized representative of the potential defendant. However, A's claim for punitive damages is based not on a misrepresentation, but rather on Management's fault, which lies in flawed design and management contrary to its obligations and duties to act prudently and diligently and to adhere to sound and prudent management practices. The motion does not allege a cause of action covered by the definition of an Excepted Claim.

The second impediment to the claim for punitive damages relates to the strict time limit for asserting a claim. The nine-week time limit began to run on the date of delivery of notice by the Monitor, which was essentially the date on which the Sanction Order was made, namely June 5, 2008. A's motion for authorization to institute a class action was served on September 16, 2011. His claim for punitive damages based on Management's use of an investment strategy that included ABCP was therefore filed out of time. The release stands in the way of A's legal syllogism with regard to Management's fault, and the claim based on ABCP must be dismissed because it does not have the colour of right required by art. 1003(b) of the former *C.C.P.*

Insofar as it is argued that Management is liable as the designer and manager of the products, the action can be authorized in relation to compensatory damages. By referring to the effects of the 2008 financial crisis in declining to authorize this part of the action, the authorization judge decided the merits of the action. However, this aspect of the action is not devoid of foundation. This was an error that warranted the Court of Appeal's intervention.

Cases Cited

By Kasirer J.

Applied: *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831; *Infineon*

la *LACC*. Les quittances font progresser l'un des objectifs importants de la *LACC* qui est de favoriser la restructuration en évitant les risques de litiges. Les articles 16 et 17 de la *LACC* prévoient qu'il est impératif que les tribunaux du Québec donnent effet aux ordonnances de la *LACC*, peu importe la juridiction où se sont déroulées les procédures.

En l'espèce, la quittance comporte deux obstacles qui sont fatals à la réclamation de A en dommages-intérêts punitifs fondée sur les PCAA. Le premier obstacle découle de la cause d'action limitée qui est autorisée pour une Réclamation exclue : la réclamation doit être fondée sur des déclarations frauduleuses expresses faites au demandeur potentiel par un représentant autorisé du défendeur potentiel. Or, la réclamation en dommages-intérêts punitifs n'est pas fondée sur une fausse déclaration mais sur la faute de Gestion qui réside dans la conception et la gestion déficientes contraire à ses obligations et devoirs d'agir avec prudence et diligence et de suivre des pratiques de gestion saine et prudente. La requête n'allègue pas une cause d'action qui relève de la définition de Réclamation exclue.

Le deuxième obstacle à la réclamation en dommages-intérêts punitifs concerne les délais stricts pour présenter une demande. Le délai de neuf semaines a commencé à courir à la date de remise de l'avis par le contrôleur, qui était essentiellement la date à laquelle l'Ordonnance d'homologation a été rendue, c'est-à-dire le 5 juin 2008. La requête de A pour autorisation d'exercer un recours collectif fut signifiée le 16 septembre 2011. En conséquence, la réclamation de A en dommages-intérêts punitifs fondée sur l'utilisation par Gestion d'une stratégie d'investissement incluant des PCAA a été déposée hors délai. La quittance fait obstacle au syllogisme juridique de A quant à la faute de Gestion et la demande fondée sur les PCAA doit être rejetée car elle ne revêt pas l'apparence de droit qu'exige l'al. 1003(b) de l'ancien *C.p.c.*

Dans la mesure où la responsabilité de Gestion est recherchée à titre de conceptrice et gestionnaire des produits, le recours peut être autorisé à l'égard des dommages-intérêts compensatoires. En invoquant les effets de la crise financière de 2008 pour refuser d'autoriser cette partie du recours, la juge d'autorisation s'est avancée sur le fond du recours. Or, cet aspect du recours n'est pas pour autant dénué de fondement. Il s'agit là d'une erreur qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêts appliqués : *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831; *Infineon*

Technologies AG v. Option consommateurs, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; **referred to**: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106; *Transport TFI 6 v. Espar inc.*, 2017 QCCS 6311; *Beauchamp v. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5184; *Bramante v. Restaurants McDonald’s du Canada limitée*, 2018 QCCS 4852; *Imperial Tobacco Canada ltée v. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, 55 C.C.L.T. (4th) 1; *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638; *Souscripteurs du Lloyd’s v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Guilbert v. Vacances sans Frontières Ltée*, [1991] R.D.J. 513; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Fisher v. Richardson GMP Ltd.*, 2019 ABQB 450, 95 Alta. L.R. (6th) 172; *Louisméus v. Compagnie d’assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614; *Brunelle v. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605; *Paré v. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566; *Farber v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096; *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446; *Chandler v. Volkswagen Aktiengesellschaft*, 2018 QCCS 2270; *Dupuis v. Desjardins Sécurité financière, compagnie d’assurance-vie*, 2015 QCCS 5828; *London Life Insurance Company v. Long*, 2016 QCCA 1434; *ATB Financial v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269, aff’d 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Desjardins Sécurité financière, compagnie d’assurance-vie v. Dupuis*, 2018 QCCA 1136; *Hy Bloom inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912.

By Côté J. (dissenting in part)

ATB Financial v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (2008), 43 C.B.R. (5th) 269, aff’d 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106; *L’Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001

Technologies AG c. Option consommateurs, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés** : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106; *Transport TFI 6 c. Espar inc.*, 2017 QCCS 6311; *Beauchamp c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5184; *Bramante c. Restaurants McDonald’s du Canada limitée*, 2018 QCCS 4852; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, 55 C.C.L.T. (4th) 1; *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638; *Souscripteurs du Lloyd’s c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Guilbert c. Vacances sans Frontières Ltée*, [1991] R.D.J. 513; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Fisher c. Richardson GMP Ltd.*, 2019 ABQB 450, 95 Alta. L.R. (6th) 172; *Louisméus c. Compagnie d’assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614; *Brunelle c. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605; *Paré c. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566; *Farber c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096; *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446; *Chandler c. Volkswagen Aktiengesellschaft*, 2018 QCCS 2270; *Dupuis c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d’assurance-vie*, 2015 QCCS 5828; *London Life Insurance Company c. Long*, 2016 QCCA 1434; *ATB Financial c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269, conf. par 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Desjardins Sécurité financière, compagnie d’assurance-vie c. Dupuis*, 2018 QCCA 1136; *Hy Bloom inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

ATB Financial c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (2008), 43 C.B.R. (5th) 269, conf. par 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106; *L’Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001

SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *Sibiga v. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299; *Charles v. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716; *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) v. Université Laval*, 2017 QCCA 199; *Whirlpool Canada v. Gaudette*, 2018 QCCA 1206; *Martin v. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376; *Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367; *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243; *Labelle v. Agence de développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux — région de Montréal*, 2011 QCCA 334; *Toure v. Brault & Martineau inc.*, 2014 QCCA 1577; *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380; *Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859; *Fortier v. Meubles Léon Ltée*, 2014 QCCA 195; *Option Consommateurs v. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201; *Trudel v. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413; *Groupe d'action d'investisseurs dans Biosyntech v. Tsang*, 2016 QCCA 1923; *Lambert v. Whirlpool Canada, l.p.*, 2015 QCCA 433; *Benabu v. Vidéotron*, 2018 QCCS 2207, aff'd 2019 QCCA 2174; *Seigneur v. Netflix International*, 2018 QCCS 4629, aff'd 2019 QCCA 1671; *Raleigh v. Maibec inc.*, 2016 QCCS 2533; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Federal Express Canada Corporation v. Farias*, 2019 QCCA 1954; *Sofio v. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820; *Belmamoun v. Brossard (Ville)*, 2017 QCCA 102, 68 M.P.L.R. (5th) 46; *Durand v. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCS 2817; *Komolafe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267; *A v. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638; *Richter & Associés inc. v. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, [2007] R.J.Q. 238; *Louisméus v. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614; *Brunelle v. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605; *Rosso v. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61; *Paré v. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566; *Farber v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096; *Rozon v. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Lallier v. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299; *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716; *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199; *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206; *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376; *Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243; *Labelle c. Agence de développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux — région de Montréal*, 2011 QCCA 334; *Toure c. Brault & Martineau inc.*, 2014 QCCA 1577; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380; *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859; *Fortier c. Meubles Léon Ltée*, 2014 QCCA 195; *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201; *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413; *Groupe d'action d'investisseurs dans Biosyntech c. Tsang*, 2016 QCCA 1923; *Lambert c. Whirlpool Canada, l.p.*, 2015 QCCA 433; *Benabu c. Vidéotron*, 2018 QCCS 2207, conf. par 2019 QCCA 2174; *Seigneur c. Netflix International*, 2018 QCCS 4629, conf. par 2019 QCCA 1671; *Raleigh c. Maibec inc.*, 2016 QCCS 2533; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Federal Express Canada Corporation c. Farias*, 2019 QCCA 1954; *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820; *Belmamoun c. Brossard (Ville)*, 2017 QCCA 102, 68 M.P.L.R. (5th) 46; *Durand c. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCS 2817; *Komolafe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267; *A c. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638; *Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, [2007] R.J.Q. 238; *Louisméus c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614; *Brunelle c. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605; *Rosso c. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61; *Paré c. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566; *Farber c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096; *Rozon c. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *TELUS Communication Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2

2 S.C.R. 144; *Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 1708, 63 C.B.R. (5th) 44; *Holley v. Northern Trust Co. Canada*, 2014 ONSC 889, 10 C.B.R. (6th) 1, aff'd on other grounds, 2014 ONCA 719, 18 C.B.R. (6th) 162; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978; *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240; *Canadian Red Cross Society (Re)* (1998), 165 D.L.R. (4th) 365; *Hy Bloom inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912; *Mull v. National Bank of Canada*, 2011 ONCA 488.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.
Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 6, 49.
Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375, 1458, 2098, 2803.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 4.2, 999d, 1003.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, arts. 18, 575, 577, 578.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 16, 17.
Securities Act, CQLR, c. V-1.1.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
 Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
 Boucher, Bernard. *Faillite et insolvabilité: Une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne*, vol. II. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2019, envoi n° 4).
 Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
 Carhart Jeffrey, and Jay Hoffman. "Canada's Asset Backed Commercial Paper Restructuring: 2007-2009" (2010), 25 *B.F.L.R.* 35.
 Crête, Raymonde, et Cinthia Duclos. "Le portrait des prestataires de services de placement", dans Raymonde Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2011, 45.
 Crête, Raymonde, et Cinthia Duclos. "Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement", dans Raymonde Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement*

R.C.S. 144; *Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 1708, 63 C.B.R. (5th) 44; *Holley c. Northern Trust Co. Canada*, 2014 ONSC 889, 10 C.B.R. (6th) 1, conf. pour d'autres motifs, 2014 ONCA 719, 18 C.B.R. (6th) 162; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978; *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240; *Canadian Red Cross Society (Re)* (1998), 165 D.L.R. (4th) 365; *Hy Bloom inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912; *Mull c. National Bank of Canada*, 2011 ONCA 488.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 6, 49.
Code civil du Québec, art. 6, 7, 1375, 1458, 2098, 2803.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 4.2, 999d, 1003.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 18, 575, 577, 578.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 16, 17.
Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
 Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
 Boucher, Bernard. *Faillite et insolvabilité : Une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne*, vol. II, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2019, envoi n° 4).
 Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II, Paris, Quadrige/PUF, 2004.
 Carhart Jeffrey, and Jay Hoffman. « Canada's Asset Backed Commercial Paper Restructuring : 2007-2009 » (2010), 25 *B.F.L.R.* 35.
 Crête, Raymonde, et Cinthia Duclos. « Le portrait des prestataires de services de placement », dans Raymonde Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 45.
 Crête, Raymonde, et Cinthia Duclos. « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », dans Raymonde Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers.*

- des services de placement*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2011, 361.
- Fabre-Magnan, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2016.
- Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2006.
- L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 5^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2018.
- Pearce, Lauren. "Catch and Release: Class Actions and Solvent Third Parties Under the CCAA" (2016), 11 *Can. Class Action Rev.* 171.
- Piché, Catherine. *L'action collective: ses succès et ses défis*. Montréal: Thémis, 2019.
- Piché, Catherine. "Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective" (2018), 77 *R. du B.* 525.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, "obligation to advise", "obligation to inform".
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01*. Montréal: SOQUIJ, 2015.
- Rousseau, Stéphane. "L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières" (2008), 2 *R.D.B.F.* 11.
- Terré, François, Philippe Simler et Yves Lequette. *Droit civil: Les obligations*, 11^e éd. Paris: Dalloz, 2013.
- Encadrement des services de placement*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 361.
- Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues: Les obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, « obligation de conseil », « obligation de renseignement(s) ».
- Fabre-Magnan, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 2nd ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
- L'Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit bancaire*, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Pearce, Lauren. « Catch and Release: Class Actions and Solvent Third Parties Under the CCAA » (2016), 11 *Rev. Can. R.C.* 171.
- Piché, Catherine. *L'action collective: ses succès et ses défis*, Montréal, Thémis, 2019.
- Piché, Catherine. « Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective » (2018), 77 *R. du B.* 525.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, 2015.
- Rousseau, Stéphane. « L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières » (2008), 2 *R.D.B.F.* 11.
- Terré, François, Philippe Simler et Yves Lequette. *Droit civil: Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, St-Pierre and Gagnon JJ.A.), 2017 QCCA 1673, [2017] AZ-51437750, [2017] J.Q. n° 14964 (QL), 2017 CarswellQue 9582 (WL Can.), setting aside a decision of Dallaire J., 2016 QCCS 839, [2016] AZ-51437750, [2016] J.Q. n° 1632 (QL), 2016 CarswellQue 1552 (WL Can.). Appeal allowed in part, Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting in part.

Mason Poplaw, Isabelle Vendette, Samuel Lepage and Gabriel Faure, for the appellants.

Bruce W. Johnston, Mathieu Charest-Beaudry, Serge Létourneau, Audrey Létourneau, Julien Delisle,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, St-Pierre et Gagnon), 2017 QCCA 1673, [2017] AZ-51437750, [2017] J.Q. n° 14964 (QL), 2017 CarswellQue 9582 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Dallaire, 2016 QCCS 839, [2016] AZ-51437750, [2016] J.Q. n° 1632 (QL), 2016 CarswellQue 1552 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents en partie.

Mason Poplaw, Isabelle Vendette, Samuel Lepage et Gabriel Faure, pour les appelantes.

Bruce W. Johnston, Mathieu Charest-Beaudry, Serge Létourneau, Audrey Létourneau, Julien

Guy Paquette and Christophe Perron-Martel, for the respondent.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Brown, Martin and Kasirer JJ. delivered by

[1] KASIRER J. — With the greatest respect for the contrary view, I agree with the Court of Appeal’s decision to authorize the class action proposed by the respondent, both against Desjardins Financial Services Firm Inc. (“Firm”) and against Desjardins Global Asset Management Inc. (“Management”). In my respectful opinion, the Superior Court judge erred in dismissing the Re-amended and particularized motion (2) for authorization to institute a class action and to obtain the status of representative, reproduced in A.R., vol. II, at pp. 104-62 (“motion”), against the appellants. Except for one matter, I agree with the better part of the Court of Appeal’s analysis.

[2] It is true, as the jurisprudence of this Court has made plain, that a judgment dismissing a class action is entitled to deference on appeal, particularly because of the discretionary nature of the decisions of authorization judges. In this case, however — and this is conceded by the appellants in several respects — the Superior Court judge erred in analyzing certain aspects of the conditions set out in subparas. (a) and (b) of art. 1003 of the former *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“former *C.C.P.*”) (which correspond to subparas. (1) and (2) of art. 575 of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“new *C.C.P.*”). Like the Court of Appeal, I am respectfully of the view that these errors in many respects undermine the deference that must ordinarily be shown by an appellate court.

[3] I am also of the opinion that some of these errors, including that of disregarding the contractual relationship between Firm and the group’s members, are overriding because they strike at the very heart of the judge’s decision not to authorize the class action. As the Court of Appeal stated, the respondent’s position was not well circumscribed before the Superior Court. In fact, the action against Firm is

Delisle, Guy Paquette et Christophe Perron-Martel, pour l’intimé.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Brown, Martin et Kasirer a été rendu par

[1] LE JUGE KASIRER — Avec les plus grands égards pour l’avis contraire, je suis d’accord avec la décision de la Cour d’appel d’autoriser l’exercice du recours collectif proposé par l’intimé, et ce, tant contre Desjardins Cabinet de services financiers inc. (« Cabinet ») que contre Desjardins Gestion internationale d’actifs inc. (« Gestion »). Bien respectueusement, j’estime que la juge de la Cour supérieure a erré en rejetant la Requête ré-amendée et précisée (2) pour autorisation d’exercer un recours collectif et pour être représentant, reproduite dans le d.a., vol. II, p. 104-162 (« requête »), contre les appelantes. Sous réserve d’un point, je partage l’essentiel de l’analyse de la Cour d’appel.

[2] Certes, comme l’enseigne la jurisprudence de la Cour, un jugement qui rejette un recours collectif (depuis 2016, une « action collective ») mérite déférence en appel, en raison notamment de la nature discrétionnaire des décisions des juges d’autorisation. En l’espèce, toutefois — et cela est concédé par les appelantes à divers égards — la juge de la Cour supérieure s’est méprise dans son analyse quant à certains aspects des conditions énoncées aux al. 1003a) et 1003b) de l’ancien *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« ancien *C.p.c.* ») (qui correspondent aux par. 575(1) et (2) du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, chapitre C-25.01 (« nouveau *C.p.c.* »)). Comme la Cour d’appel, je suis respectueusement d’avis que ces erreurs ébranlent à bien des égards la retenue qu’une cour d’appel se doit d’ordinaire de respecter.

[3] J’estime aussi que certaines de ces erreurs, dont celle de faire abstraction du lien de droit contractuel entre Cabinet et les membres du groupe, sont déterminantes en ce qu’elles touchent au cœur même de la décision de la juge de rejeter le recours collectif. Comme l’indique la Cour d’appel, la thèse de l’intimé n’a pas été bien cernée en première instance. En effet, ici, l’action menée contre Cabinet est fondée

based on allegations that a common omission, made by all of its representatives, gave rise to liability for this appellant because of the duty to inform that was inherent in its contractual relationship with the respondent and the other members of the group. The alleged fault is therefore a systematic breach of the duty owed by Firm, acting through its employees or mandataries, to inform the group's members of the risks associated with the investments at issue — an omission that was identical and generalized across the group. Having declined to find that there was a contract, the judge did not identify this omission by Firm, which, according to the motion, is a source of contractual liability for Firm under art. 1458 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”).

[4] First of all, the “direct” contractual liability alleged against Firm is based on its own fault. It is argued that Firm is at fault for giving insufficient instructions to all of its representatives. It is also alleged that Firm's representatives, having received false, misleading or incomplete information, failed in turn to provide adequate information to the respondent and the other members of the group, thereby causing them loss. According to the position the respondent wishes to argue on the merits, this generalized omission gave rise to “indirect” contractual liability for Firm as a mandator or employer.

[5] Despite various concessions made at the hearing in this Court, the appellants argue — incorrectly, in my view — that the action against Firm must be characterized as a [TRANSLATION] “class action based on the representations made individually by hundreds of financial advisers” (A.F., at para. 17). I disagree: the motion alleges that all of the representatives failed in the same way to discharge their contractual duty to inform each member of the group of the risks associated with the proposed investment, thereby making the appellant Firm indirectly liable for an identical fault committed systematically by all its representatives.

sur des allégations qu'une même omission, commise par l'ensemble de ses représentantes et représentants, serait un fait générateur de responsabilité pour cette appelante en raison du devoir d'information inhérent à la relation contractuelle qui liait la firme de conseil financier à l'intimé ainsi qu'aux autres membres du groupe. La faute alléguée serait ainsi un manquement systématique au devoir de Cabinet, agissant par ses employés ou mandataires, d'informer les membres du groupe des risques associés aux placements litigieux — l'omission étant identique et généralisée à l'échelle du groupe. Ayant refusé de voir l'existence d'un contrat, la juge n'a pas relevé cette omission de la firme qui serait, aux termes de la requête, une source de responsabilité contractuelle pour Cabinet en application de l'art. 1458 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »).

[4] D'abord, la responsabilité contractuelle dite « directe » reprochée à Cabinet est fondée sur le fait fautif propre à ce dernier. La faute de Cabinet serait d'avoir insuffisamment instruit l'ensemble de ses représentants. Ensuite, munis d'information fautive, trompeuse ou incomplète, les représentants de Cabinet auraient à leur tour omis d'informer adéquatement l'intimé et les autres membres du groupe, leur causant ainsi un préjudice. Cette omission généralisée donne lieu, selon la thèse que l'intimé veut débattre au fond, à une responsabilité contractuelle dite « indirecte » de Cabinet, en tant que mandant ou employeur.

[5] Malgré diverses concessions faites à l'audience devant nous, les appelantes plaident — à tort, à mon sens — que le recours contre Cabinet doit être qualifié d'« action collective fondée sur les représentations faites individuellement par des centaines de conseillers financiers » (m.a., par. 17). Je ne suis pas de cet avis : selon les allégations de la requête, tous les représentants auraient failli de la même façon à leur devoir contractuel d'informer chaque membre du groupe des risques associés à l'investissement proposé, donnant lieu à une responsabilité indirecte de la firme appelante fondée sur une faute identique, systématiquement commise par tous les représentants.

[6] Contrary to what the motion judge held, I am therefore of the view that the respondent has met the conditions relating to each of the legal bases for the proposed class action against Firm.

[7] Moreover, because of errors made by the Superior Court in assessing the allegations against the appellant Management — again largely conceded — this aspect of the class action must also be authorized, as the Court of Appeal held. However, I would acknowledge the respondent’s concession that he is not seeking, on his own behalf or on behalf of the group, punitive damages in relation to the “Affected ABCP” (asset-backed commercial paper) — a definition not disputed by the parties — that is subject to a restructuring process and a related sanction order made by an Ontario court under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”).

[8] Finally, I am of the opinion that, in performing her screening function, the motion judge trenched upon the work of the trial judge, both with regard to Firm and with regard to Management. As the Court of Appeal correctly pointed out, this too is an error that, under the established standards, provides a basis for appellate review of the judge’s decision.

[9] In fairness to the motion judge, I note that the parties did not make life easy for her. The respondent’s motion — amended thoroughly along the way, including with respect to the initial position put forward — is not the most elegant of its kind. The judge’s task was also complicated by the procedural initiatives of all kinds undertaken by the appellants — examinations, production of documents, motions for particulars. The Court of Appeal rightly noted that the steps taken by the appellants seemed [TRANSLATION] “at first glance to be inconsistent with the idea of a summary proceeding” (2017 QCCA 1673, at para. 36 (CanLII)). The increasing complexity of the proceedings and the excessive volume of evidence may have prompted the authorization judge to take on, perhaps reluctantly, but no less inappropriately, the role of ultimate arbiter of the facts rather

[6] Contrairement à ce qu’a décidé la première juge, j’estime donc que l’intimé a satisfait aux conditions se rapportant à chacun des fondements juridiques du recours collectif proposé contre Cabinet.

[7] Par ailleurs, des méprises de la Cour supérieure dans l’appréciation des allégations ayant trait à l’appelante Gestion — encore concédées en grande partie — font en sorte que ce volet du recours collectif doit aussi être autorisé, tel que décidé par la Cour d’appel. Toutefois, je propose de prendre acte de la concession de l’intimé qu’il ne recherche pas, en son nom ou au nom du groupe, des dommages-intérêts punitifs en lien avec les papiers commerciaux adossés à des actifs (« PCAA ») — des « *Affected ABCP* » (« PCAA visés ») selon une définition que les parties ne contestent pas — visés par un processus de restructuration et une ordonnance d’homologation connexe rendue par un tribunal ontarien en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »).

[8] Finalement, je suis d’avis que dans l’exercice de sa fonction de filtrage, la première juge s’est immiscée dans le travail du ou de la juge du fond, et ce, tant à l’égard de Cabinet qu’à l’égard de Gestion. Comme le fait voir à bon droit la Cour d’appel, il s’agit, là aussi, d’une erreur qui donne ouverture, selon les normes établies, à la révision du jugement en appel.

[9] Je tiens à souligner, à la décharge de la première juge, que les parties ne lui ont pas fait la vie facile. La requête de l’intimé — modifiée de fond en comble en cours de route, y compris quant à la thèse première qu’elle mettait de l’avant — n’est pas des plus élégantes. Quant aux appelantes, elles aussi ont donné du fil à retordre à la juge en multipliant les démarches de toutes sortes — interrogatoires, administration de documents, demandes de précisions. La Cour d’appel prend note, à bon droit, que les démarches entreprises par les appelantes paraissent « de prime abord peu compatible[s] avec l’idée d’une procédure sommaire » (2017 QCCA 1673, par. 36 (CanLII)). La complexification des procédures et le volume excessif de la preuve peuvent avoir poussé la juge d’autorisation à adopter, peut-être malgré elle, mais non moins inopportunément, la posture de décideuse

than limiting herself to analyzing the proposed legal syllogism.

I. Preliminary Remarks

[10] Once it found that there were grounds to intervene, the Court of Appeal thought it appropriate to review — and it was right to do so — the procedural and factual background of the case. I adopt its account as my own, subject to a few additional points raised by the parties’ arguments. Before going any further, I also wish to make a few remarks concerning the debate between the parties.

[11] *First preliminary remark:* The standard for authorizing a class action is not in dispute in this appeal. This is so despite the fact that, in the factum they filed with this Court, the appellants criticize the Court of Appeal’s judgment harshly as being [TRANSLATION] “a new milestone in calling into question the work of the Superior Court’s authorization judges” (A.F., at para. 11), and despite the fact that, in their application for leave to appeal, they asked in part that this Court [TRANSLATION] “clarify the application of the test developed in [*Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3] in the context of market intermediaries’ liability for the actions of financial advis[e]rs” (para. 16). Focusing more specifically on the expression [TRANSLATION] “read between the lines” used by the Court of Appeal (at para. 33), the appellants state the following in their factum:

[TRANSLATION] By establishing that authorization judges must now “read between the lines” to identify arguable cases in allegations that are “not perfect”, the Court of Appeal is giving perilous guidance that is contrary to the principles laid down by this Court with respect to the burden on applicants to articulate their syllogism in a clear and sufficient manner. That guidance alone warrants the intervention of this Court [Footnote omitted; para. 34.]

In support of this assertion, the appellants cite the reasons of the judges who dissented or dissented in part in *L’Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831, thus inviting the Court to reconsider a decision it rendered in 2019.

ultime des faits, plutôt que de s’en tenir à l’analyse du syllogisme juridique proposé.

I. Remarques préliminaires

[10] Étant d’avis qu’il y avait matière à intervention, la Cour d’appel a cru bon de reprendre — et elle avait raison de le faire — le contexte procédural et factuel de l’affaire. J’adopte son récit comme le mien, sous réserve de quelques compléments apportés par l’argumentation des parties. Avant d’aller plus loin, je propose également quelques remarques concernant le débat entre les parties.

[11] *Première remarque préliminaire :* la norme régissant l’autorisation d’un recours collectif n’est pas contestée en appel. C’est bien le cas, même si, dans leur mémoire présenté devant la Cour, les appelantes sont sévères à l’endroit de l’arrêt de la Cour d’appel, y voyant « un nouveau jalon dans la remise en question du travail des juges autorisateurs de la Cour supérieure » (m.a., par. 11), et même si, dans leur demande d’autorisation d’appel, elles avaient demandé à notre Cour, notamment, de « clarifier l’application du test développé dans l’arrêt [*Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3] dans un contexte de responsabilité des intermédiaires de marché pour les gestes commis par des conseillers financiers » (par. 16). S’attardant plus particulièrement sur l’expression « lire entre les lignes » employée par la Cour d’appel (par. 33), les appelantes écrivent à leur mémoire :

En établissant que les juges d’autorisation doivent désormais « lire entre les lignes » aux fins de discerner des causes défendables au sein d’allégations qui ne sont « pas parfaites », la Cour d’appel émet une directive périlleuse et contraire aux enseignements de cette Cour quant au fardeau qui incombe aux requérants d’articuler de façon suffisante et claire leur syllogisme. À elle seule, cette directive mérite l’intervention de cette Cour [Note en bas de page omise; par. 34.]

À l’appui de cette affirmation, les appelantes citent les opinions dissidente et dissidente en partie de l’arrêt *L’Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831, invitant la Cour à revenir sur sa décision rendue en 2019.

[12] This position is surprising and contrasts with the grounds raised by the appellants at the hearing, during which they did not even mention the expression “read between the lines”. In answer to questions from the members of the panel, counsel for the appellants conceded that the purpose of their appeal was not to challenge the principles established by this Court in *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, and *Vivendi* or — despite what is stated in the appellants’ factum — to move away from the majority opinion in *Oratoire*.

[13] Because my colleague deals at length with the expression “read between the lines”, which she believes reflects a methodological error made by the Court of Appeal, I think it will be helpful to explain why, in my view, this expression should not be understood as a departure from the applicable law.

[14] To dispel any confusion on this point, I will quote the Court of Appeal’s words in their

[TRANSLATION] Stated otherwise, on the basis of the facts alleged in the application for authorization — facts that, in addition, must in principle be assumed to be true — “[t]he applicant’s burden at this stage is to establish an arguable case”, according to the Supreme Court in *Infineon*, and nothing more. Of course, the Supreme Court added immediately, referring to *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, these factual allegations must, however, not be vague, general or imprecise and must “be accompanied by some evidence to form an arguable case”. What does this mean?

On the one hand, while it is true that one must not be satisfied with vagueness, generalities and imprecision, it would be wrong to close one’s eyes to allegations that are perhaps not perfect, but whose true meaning is nonetheless clear. One must therefore be able to read between the lines. To do otherwise would be to adopt an unduly literal or rigid approach and to give what the Supreme Court stated in this regard a meaning that it does not have.

On the other hand, it must be understood that generic allegations will not suffice, as the facts raised must, in light of the applicable law, be specific enough to make it possible to comprehend the gist of the proposed narrative and to verify on that basis that the conditions of art. 575 C.C.P.

[12] Cette position étonne et fait contraste avec les moyens présentés par les appelantes à l’audience pendant laquelle elles n’ont même pas mentionné l’expression « lire entre les lignes ». En réponse aux questions des membres de la formation, l’avocat des appelantes a concédé que le but de leur appel n’était pas de remettre en question les principes établis par la Cour dans les arrêts *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, et *Vivendi*, ou de s’écarter — malgré ses dires au mémoire d’appel — de l’opinion majoritaire dans l’arrêt *Oratoire*.

[13] Puisque ma collègue s’attarde sur l’expression « lire entre les lignes », y voyant une erreur méthodologique commise par la Cour d’appel, j’estime utile d’expliquer pourquoi, à mon sens, elle ne doit pas être comprise comme une déviation du droit applicable.

[14] Pour dissiper toute confusion sur ce point, citons l’expression de la Cour d’appel dans son contexte :

Autrement dit, sur la base des faits allégués dans la demande d’autorisation, faits qui doivent d’ailleurs, en principe, être tenus pour avérés, « [l]e fardeau du requérant à cette étape consiste à établir une cause défendable », écrit la Cour suprême dans *Infineon*, et rien de plus. Bien sûr, ajoute-t-elle immédiatement en renvoyant à l’affaire *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, ces allégations de fait ne doivent cependant pas être vagues, générales ou imprécises et doivent « être accompagnées d’une certaine preuve afin d’établir une cause défendable ». Que veut-on dire par là?

D’une part, s’il est vrai que l’on ne doit pas se satisfaire du vague, du général et de l’imprécis, l’on ne peut pour autant fermer les yeux devant des allégations qui ne sont peut-être pas parfaites, mais dont le sens véritable ressort néanmoins clairement. Il faut donc savoir lire entre les lignes. Agir autrement serait faire montre d’un rigorisme ou d’un littéralisme injustifié et donner aux propos de la Cour suprême en la matière une acception qu’ils n’ont pas.

D’autre part, on doit comprendre que des allégations génériques ne suffiront pas, les faits soulevés devant, au regard du droit applicable, être suffisamment spécifiques pour qu’on puisse saisir les grandes lignes du narratif proposé et vérifier sur cette base que sont remplies les

are met, that is, that the legal syllogism is arguable and that the issues of fact and law underlying it are sufficiently common that their resolution will advance the case for the benefit of each of the members of an otherwise appropriate class, whose interests will be assured by a person capable of properly representing them; these conditions must be interpreted and applied in a manner that “favours easier access to the class action”. There is therefore no requirement that the person seeking authorization to institute a class action specify in minute detail all the allegations being made or the evidence that the person intends to adduce in support of those allegations at the trial on the merits, an approach rejected in *Infineon* by the Supreme Court, which noted that “the applicable standard is that of showing an arguable case, not the more onerous one of proof on a balance of probabilities”. [Footnotes omitted; paras. 32-34.]

[15] Contrary to what the appellants argue in their factum, I do not think that the expression “read between the lines” reflects any error by the Court of Appeal. A careful reading of the passage shows that this figurative expression was used simply to caution against being overly literal in analyzing a motion for authorization to institute a class action, and not to signal a change in the law. When the Court of Appeal’s reasons are read as a whole and the justifications it gave for intervening are considered in context, one plainly understands that “read between the lines” is not an invitation to search in a vacuum — on the blank page — for allegations that are missing from the motion.

[16] A few paragraphs earlier, the Court of Appeal explained that an overly strict approach at the authorization stage, however laudable the intention behind it may be, is not consistent with the approach proposed by this Court in *Infineon*, *Vivendi*, *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, and *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, i.e. a flexible, liberal and generous approach to the authorization conditions that “favours easier access to the class action as a vehicle for achieving the twin goals of deterrence and victim compensation” (C.A. reasons, at para. 29, quoting *Infineon*, at para. 60). I would add that the Court of Appeal properly relied

conditions de l’art 575 *C.p.c.*, c’est-à-dire que le syllogisme juridique est plaidable et que les questions de fait et de droit qui le sous-tendent sont suffisamment communes pour que leur résolution fasse avancer le débat au bénéfice de chacun des membres d’un groupe par ailleurs convenable, dont les intérêts seront assurés par une personne capable d’une représentation adéquate, conditions qui doivent être interprétées et appliquées en vue de « faciliter l’exercice des recours collectifs ». Il ne s’agit donc pas d’exiger de celui qui demande l’autorisation d’intenter une action collective le menu détail de tout ce qu’il allègue ni celui de la preuve qu’il entend présenter au soutien de ces allégations dans le cadre du procès sur le fond, approche que la Cour suprême a rejetée dans l’arrêt *Infineon* en rappelant que « la norme applicable est celle de la démonstration d’une cause défendable et non celle de la présentation d’une preuve selon la prépondérance des probabilités, plus exigeante ». [Notes en bas de page omises; par. 32-34.]

[15] Contrairement à ce que les appelantes plaident dans leur mémoire, je ne suis pas d’avis que l’expression « lire entre les lignes » traduise une quelconque erreur de la Cour d’appel. Une lecture attentive de ce passage révèle que cette expression imagée se veut tout simplement une injonction contre les excès du littéralisme dans l’analyse d’une requête pour autorisation d’exercer un recours collectif — et non un changement de l’état du droit. Quand on lit l’ensemble des motifs de la Cour d’appel, et que l’on apprécie les justifications qu’elle met de l’avant pour intervenir en contexte, on comprend bien que « lire entre les lignes » n’est pas une invitation à chercher dans le néant — sur la page blanche — des allégations qui manquent à la requête.

[16] La Cour d’appel, quelques paragraphes plus tôt, explique qu’une approche trop exigeante au stade de l’autorisation, toute méritoire que puisse en être l’intention, ne correspond pas à la démarche préconisée par notre Cour dans les arrêts *Infineon*, *Vivendi*, *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, et *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106 : c’est-à-dire une approche souple, libérale et généreuse des conditions d’autorisation en vue de « faciliter l’exercice des recours collectifs comme moyen d’atteindre le double objectif de la dissuasion et de l’indemnisation des victimes » (motifs de la C.A., par. 29, citant *Infineon*, par. 60). Ajoutons

on *Infineon*, in which, as we know, this Court explained that inferences can be drawn, not from an absence of words, but from the allegations themselves (see *Infineon*, at para. 89). It is true, as my colleague states, that inferences may not be drawn in the complete absence of allegations. In my view, however, the Court of Appeal adhered perfectly to the principles laid down in *Infineon*: through its approach, those principles were implemented. The Court of Appeal relied precisely on the allegations at paras. 107 et seq. of the motion to identify the breach committed by Ms. Blanchette, the financial adviser, that is, failing to inform the respondent of the risks associated with the investment (see, e.g., para. 77). The Court of Appeal's approach also allowed it to overlook the fact that the motion was poorly worded in some respects, for example, by not dwelling on an ill-chosen word in the motion but instead reading the entire paragraph, even the entire motion, in order to understand the [TRANSLATION] "true meaning" of the allegations (see, e.g., para. 95).

[17] The same approach has been adopted in this Court's decisions — including *Oratoire*, rendered after the Court of Appeal's judgment. My colleague Brown J., writing for the majority in that case, accepted J.J.'s argument, which was not explained in detail in the allegations, that the combination of several pieces of evidence "supports an argument, at the authorization stage, that it might be possible at the trial on the merits to draw from them an *inference* that the Congregation *knew* or *could not have been unaware* that some of its members were assaulting children" (para. 24 (emphasis in original); see also para. 69). Brown J. added that authorization judges must "pay particular attention not only to the alleged facts but also to any inferences or presumptions of fact or law that may stem from them and can serve to establish the existence of an 'arguable case'" (para. 24; see also para. 60). It can be seen from the majority's reasons in *Oratoire* that the applicant must present facts that are specific enough to allow the legal syllogism to be considered but that it is not necessary to provide step-by-step details of the legal argument to be made in the submissions on the merits of the case. In this regard, the Court of Appeal was not changing or reshaping the law by not requiring

que la Cour d'appel s'appuie à bon droit sur l'arrêt *Infineon* qui, comme on le sait, explique que des inférences sont possibles, à partir non pas d'une absence de texte, mais des allégations elles-mêmes (voir *Infineon*, par. 89). Certes, comme le dit ma collègue, des inférences ne peuvent être faites en l'absence totale d'allégations. Mais, à mon avis, la Cour d'appel s'en tient parfaitement aux enseignements de l'arrêt *Infineon* : sa démarche les met en œuvre. Elle part justement des allégations aux par. 107 et suiv. de la requête pour identifier le manquement de M^{me} Blanchette, conseillère financière, soit d'avoir omis d'informer l'intimé des risques se rattachant à l'investissement (voir, p. ex., par. 77). La démarche de la Cour d'appel lui permet aussi de faire abstraction de certains défauts rédactionnels, par exemple de ne pas s'arrêter sur un mot malencontreux dans la requête mais de lire tout le paragraphe, voire l'ensemble de la requête, pour comprendre le « sens véritable » des allégations (voir, p. ex., par. 95).

[17] C'est ce qu'enseigne également la jurisprudence de notre Cour — y compris l'arrêt *Oratoire*, rendu postérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel. Mon collègue le juge Brown, pour la majorité, y retient l'argument de J.J., qui n'était pas détaillé dans les allégations, à l'effet duquel le cumul de plusieurs éléments permet « de soutenir, au stade de l'autorisation, qu'il y aurait lieu lors de l'audition de l'action sur le fond d'en tirer l'*inférence* que la Congrégation *savait* ou *ne pouvait ignorer* que certains de ses membres se livraient à des agressions sur des enfants » (par. 24 (en italique dans l'original); voir aussi par. 69). Le juge Brown ajoute que les juges d'autorisation doivent « prêter une attention particulière, non seulement aux faits allégués, mais aussi aux inférences ou présomptions de fait ou de droit qui sont susceptibles d'en découler et qui peuvent servir à établir l'existence d'une "cause défendable" » (par. 24; voir aussi par. 60). L'on comprend que suivant les motifs majoritaires dans l'arrêt *Oratoire*, la partie requérante doit présenter des faits suffisamment précis pour que le syllogisme juridique puisse être examiné, sans qu'il ne soit nécessaire de détailler pas à pas l'argumentation juridique qui revient aux plaidoiries du fond du litige. En ce sens,

that the entire legal argument be laid out in minute detail.

[18] In using the expression “read between the lines”, the Court of Appeal also intended to denounce the rigidity and literalism that, in its view, were reflected in the motion judge’s decision. It found that this ill-advised rigidity was the source of the judge’s reviewable error in [TRANSLATION] “stepping into the realm of the evidence and the merits and imposing on the applicant a burden going well beyond the requirements set by art. 575 C.C.P. (art. 1003 of the former C.C.P.)” (para. 35). I agree with my colleague that the judge made this error, including by concluding that the 2008 financial crisis, not Management’s fault, was the cause of the loss suffered.

[19] There is therefore no question of inventing wording that is not in the motion or of relieving the applicant of its burden of demonstration. As the Court of Appeal explained, [TRANSLATION] “[f]orm is, of course, important, but it must not prevail over substance, even in a class action” (para. 95). Rigour is called for in reading the motion as a whole, but, as the Court of Appeal stated, a rigid or literal approach is risky. In 2006, in a book published prior to the decisions in *Infineon*, *Vivendi* and *Oratoire*, Professor Pierre-Claude Lafond pointed out the flaws in an overly rigid approach, noting that [TRANSLATION] “[t]he liberal judicial interpretation, which is now the prevailing one, ensures that the class action does not become inaccessible for essentially technical reasons, depriving litigants of a powerful instrument of access to justice” (*Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution* (2006), at p. 272; see also pp. 7, 81-88 and 280). This Court took note, relying on the writings of Professor Lafond and other sources to endorse this liberal approach in *Oratoire* (see paras. 42, 56 and 79).

[20] In short, contrary to what the appellants suggest, the Court of Appeal did not invent wording or a cause of action by using this expression. To “read between the lines” is to take the wording as a starting point from which to discover the full message it

la Cour d’appel ne modifie ni ne refait aucunement le droit lorsqu’elle n’exige pas que tout l’argument juridique soit présenté dans le menu détail.

[18] La Cour d’appel cherche aussi, en utilisant l’expression « lire entre les lignes », à dénoncer le rigorisme et le littéralisme qui, selon elle, transpirent du jugement de première instance. Ce rigorisme mal avisé serait à l’origine de l’erreur révisable, commise par la première juge, de « s’avancer dans le domaine de la preuve et du fond et [d’]imposer au requérant un fardeau allant bien au-delà des exigences fixées par l’art. 575 C.p.c. (1003 a.C.p.c.) » (par. 35). Je conviens avec ma collègue que la juge a commis cette erreur notamment en concluant que la crise financière de 2008, et non la faute de Gestion, était la cause du préjudice subi.

[19] Il ne s’agit donc pas d’inventer des parties du texte qui n’y sont pas, ni de relever la partie requérante de son fardeau de présentation. Comme l’explique la Cour d’appel, « [l]a forme, certes, est importante, mais ne doit pas l’emporter sur le fond, même en matière d’action collective » (par. 95). Dans la lecture de la requête comme un tout, la rigueur est de mise, mais le rigorisme et le littéralisme, comme le dit la Cour d’appel, sont périlleux. Dès 2006, le professeur Pierre-Claude Lafond dénonce les travers des excès de rigorisme dans son ouvrage publié avant les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*, notant que « [l]’interprétation jurisprudentielle libérale, présentement dominante, fait en sorte d’éviter que le recours collectif ne devienne inaccessible pour des motifs somme toute techniques et ne prive les justiciables d’un formidable instrument d’accès à la justice » (*Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution* (2006), p. 272; voir aussi p. 7, 81-88 et 280). Notre Cour en a pris bonne note, s’appuyant entre autres sur les écrits du professeur Lafond afin de confirmer ce courant libéral dans l’arrêt *Oratoire* (voir par. 42, 56 et 79).

[20] Bref, contrairement à ce que les appelantes laissent entendre, la Cour d’appel n’a pas inventé du texte ou une cause d’action en employant cette expression. « Lire entre les lignes » signifie partir du texte pour en découvrir son plein message,

conveys, including the necessarily implied message. Paradoxically, the appellants take the expression literally by insisting that “read between the lines” means to read into the blank spaces something not written there. They seem to forget the meaning of the metaphor chosen by the Court of Appeal, lapsing into precisely the same literalism that the expression is intended to denounce.

[21] Indeed, the appellants have not cited any decision in which the expression “read between the lines” has caused confusion or has been interpreted as an invitation to rewrite a cause of action. On the contrary, it seems to me that the judges of the Superior Court have no particular difficulty understanding these words, as they have found, for example, that [TRANSLATION] “the allegations in an application for authorization need not specify in minute detail the evidence that an applicant intends to adduce on the merits, and that the allegations may be imperfect but their true meaning may nonetheless be clear” (*Transport TFI 6 v. Espar inc.*, 2017 QCCS 6311, at para. 23 (CanLII), citing *Asselin (C.A.)* and *Infineon*; see also *Beauchamp v. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5184, at paras. 18 and 73 (CanLII); *Bramante v. Restaurants McDonald’s du Canada limitée*, 2018 QCCS 4852, at para. 10 (CanLII)). The concerns about a slippery slope that will transform the state of the law in Quebec if the Court of Appeal’s decision is upheld are therefore, in my view, unfounded.

[22] *Second preliminary remark*: The appellants’ categorical assertion that it is impossible to bring a class action against a brokerage firm based on wrongdoing by investment advisers must be rejected. In urging the dismissal of the action against Firm, counsel for the appellants argued at the hearing that any action based on faults committed by representatives, like the one proposed in this case, is *necessarily* an individual action because the relationship between an adviser and a client is inevitably personalized around the client’s risk tolerance and the advice relating to it. This statement is lacking in nuance, as my colleague acknowledges. As we will see, not only do the appellants paint an inaccurate picture of the case law, but the categorical position they put

y compris son message nécessairement implicite. Paradoxalement, les appelantes prennent l’expression au pied de la lettre en insistant que « lire entre les lignes » veut dire lire dans les espaces blancs ce qui n’y est pas écrit. Elles semblent oublier le sens de la métaphore choisie par la Cour d’appel, péchant justement par le littéralisme que l’expression cherche à dénoncer.

[21] D’ailleurs, les appelantes n’ont pas cité de décision où l’expression « lire entre les lignes » aurait porté à confusion ou été interprétée comme une invitation à réécrire une cause d’action. Les juges de la Cour supérieure me semblent au contraire n’éprouver aucune difficulté particulière à comprendre ces mots, alors qu’ils en concluent, par exemple, que « les allégations contenues à une demande d’autorisation n’ont pas à contenir le menu détail de la preuve qu’un demandeur entend présenter au mérite, et que les allégations peuvent être imparfaites, mais dont le sens véritable ressort néanmoins clairement » (*Transport TFI 6 c. Espar inc.*, 2017 QCCS 6311, par. 23 (CanLII), citant *Asselin (C.A.)* ainsi qu’*Infineon*; voir aussi *Beauchamp c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5184, par. 18 et 73 (CanLII); *Bramante c. Restaurants McDonald’s du Canada limitée*, 2018 QCCS 4852, par. 10 (CanLII)). La crainte d’un dérapage transformant l’état du droit au Québec si l’arrêt de la Cour d’appel est confirmé me paraît donc infondée.

[22] *Deuxième remarque préliminaire* : la prétention catégorique des appelantes qu’il serait impossible d’entreprendre un recours collectif contre une firme de courtage fondé sur des méfaits des conseillères et conseillers en investissement doit être rejetée. Prônant le rejet du recours contre Cabinet, l’avocat des appelantes a soutenu à l’audience que tout recours fondé sur les fautes commises par des représentants, comme celui préconisé en l’espèce, est *nécessairement* individuel, puisque la relation entre un conseiller et son client est forcément particularisée autour de la tolérance aux risques de ce client et des conseils qui s’y rattachent. Cette affirmation manque de nuance, comme le reconnaît ma collègue. Comme nous allons voir, non seulement le

forward to defeat the class action against Firm is also inconsistent with the Quebec authorization judge's task of verifying whether there is an identical, similar or related question that will advance the case, a condition more flexible than the one that exists in the rest of the country. Although my colleague states that she would not close the door to the possibility of a class action in similar circumstances, her reasons, if accepted by this Court, would in my respectful view reflect, in their practical effects, the appellants' assertion.

[23] *Third preliminary remark:* The case is shaped to a large extent by the appellants' concessions that the motion judge made several errors. As I have already noted, they concede that the judge erred in denying the existence of a contractual relationship between Firm and the group's members, a relationship on which Mr. Asselin relies to argue that this appellant is contractually liable. The appellants also concede that the motion judge erred in excluding the possibility of a cause of action against Management as the designer of the investments at issue. Moreover, they admit that she rejected a class action against Management pursuant to art. 1003(a) of the former *C.C.P.* without having analyzed this appellant's situation, as she confined herself to examining Firm's situation alone. In this Court, the appellants do not dispute the fact that there are what are called "common" questions relating to Management. They also concede that their argument concerning the release related to ABCP would prevent only the claim for punitive damages from being authorized, not the aspect of the proposed action that deals with compensatory damages.

[24] Not only do all of these concessions clarify the debate that remains to be resolved by this Court, but they also confirm that the Court of Appeal was correct to intervene despite the deference generally owed to authorization judges. With respect, in light of these conceded errors — most of which were relevant to the motion judge's decision to deny authorization — I think that it is particularly difficult to argue that the Court of Appeal intervened in this case

portrait que les appelantes font de la jurisprudence est-il inexact, mais la posture catégorique qu'elles mettent de l'avant pour faire échec au recours collectif contre Cabinet est aussi incompatible avec la tâche du ou de la juge d'autorisation du Québec de vérifier la présence d'une question identique, similaire ou connexe qui ferait avancer le dossier, une condition plus souple que celle existant dans le reste du pays. Bien que ma collègue affirme qu'elle ne fermerait pas la porte à la possibilité d'un recours collectif dans des circonstances semblables, je suis respectueusement d'avis que ses motifs, s'ils étaient retenus par notre Cour, rejoindraient dans leurs effets pratiques la prétention des appelantes.

[23] *Troisième remarque préliminaire :* le dossier est fortement marqué par les concessions des appelantes que la juge de première instance a commis plusieurs erreurs. Je l'ai déjà noté, les appelantes concèdent que la juge a erré en niant l'existence d'un lien contractuel entre Cabinet et les membres du groupe, lien sur lequel M. Asselin s'appuie pour rechercher la responsabilité contractuelle de cette appelante. Les appelantes concèdent aussi qu'elle a erré en écartant la possibilité d'une cause d'action contre Gestion à titre de concepteur des placements litigieux. De plus, les appelantes admettent qu'elle a écarté le recours collectif contre Gestion au regard de l'al. 1003a) de l'ancien *C.p.c.* sans avoir analysé la situation de cette appelante, se contentant d'examiner uniquement la situation de Cabinet. Devant notre Cour, les appelantes ne contestent pas l'existence des questions dites « communes » relatives à Gestion. Elles concèdent également que leur argument sur la quittance ayant trait aux PCAA ne ferait obstacle qu'à l'autorisation de la demande de dommages-intérêts punitifs, et non au volet de l'action projetée visant des dommages-intérêts compensatoires.

[24] Non seulement toutes ces concessions clarifient-elles le débat qui reste à trancher par notre Cour, elles confirment également la justesse de l'intervention de la Cour d'appel en dépit de la déférence généralement due aux juges d'autorisation. Respectueusement dit, devant ces erreurs concédées — et pour la plupart pertinentes à la décision de la juge de première instance de refuser l'autorisation — il me semble particulièrement difficile de

without any grounds or by “rewriting” Mr. Asselin’s cause of action.

[25] *Fourth preliminary remark:* Although my colleague Côté J. writes that “[t]he flexible and liberal approach to authorization established by this Court’s decisions in *Infineon*, *Vivendi* and subsequent cases is not being called into question here” (para. 199), I am, with respect, of the view that this would in fact be the unavoidable consequence of what she proposes in her reasons. Her analysis might be thought to deviate from what this Court has said about the approach to be taken at the authorization stage on at least two points. First, she suggests that a court’s role is not simply to screen out frivolous applications, thereby contradicting the principles laid down by this Court in *Infineon* and *Oratoire*. Second, by disregarding the common question raised by this case and emphasizing that “[t]he individualized analysis required by the action precludes the possibility of proceeding on a collective basis” (reasons of Côté J., at para. 247), she seems to add a requirement, in the analysis of the condition set out in art. 1003(a) of the former *C.C.P.*, that the common questions predominate over the individual ones. However, Quebec law requires only that there be a common question that can advance the action in a not insignificant manner. In my respectful view, these assertions seem to have the effect of undermining the generous and flexible approach adopted by this Court in *Infineon*, *Vivendi* and *Oratoire*.

[26] I note that the parties have not asked the Court to reconsider its decisions. Indeed, the appellants conceded at the hearing that the appeal to this Court is not meant to change the law; it is an appeal in which this Court’s role is simply to “correct errors” allegedly made by the Court of Appeal. I agree with the appellants on this point, and I would even go further: not only does this case provide no basis for changing the law, but the Court of Appeal adhered perfectly to the analytical framework established in *Infineon* and *Vivendi*, and even though *Oratoire* was decided after the Court of Appeal rendered its judgment, its reasoning was also consistent with the

soutenir que la Cour d’appel serait intervenue dans ce dossier sans motif ou en « réécrivant » la cause d’action de M. Asselin.

[25] *Quatrième remarque préliminaire :* bien que ma collègue la juge Côté écrive qu’il « n’est pas question ici de remettre en cause l’approche souple et libérale à l’autorisation mandatée par les arrêts de cette Cour dans *Infineon*, *Vivendi* et ceux qui les ont suivis » (par. 199), j’estime respectueusement que ce serait bien la conséquence inéluctable de ce qu’elle propose dans ses motifs. On pourrait croire que son analyse s’écarte des enseignements de notre Cour sur l’approche préconisée à l’étape de l’autorisation sur au moins deux points. Premièrement, elle suggère que la fonction du tribunal n’est pas simplement de filtrer les demandes frivoles, contredisant ainsi les enseignements de la Cour dans les arrêts *Infineon* et *Oratoire*. Deuxièmement, en faisant abstraction de la question commune soulevée par ce dossier et en insistant sur le fait que « [l]’analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective » (motifs de la juge Côté, par. 247), elle semble ajouter un critère de prépondérance des questions communes par rapport aux questions individuelles dans l’analyse de la condition énoncée à l’al. 1003a) de l’ancien *C.p.c.* Or, le droit québécois n’exige que la présence d’une question commune qui puisse faire avancer le recours de manière non négligeable. À mon humble avis, ces affirmations auraient l’effet d’affaiblir l’approche généreuse et flexible adoptée par notre Cour dans les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*.

[26] Je prends bonne note que les parties n’ont pas demandé à notre Cour de réexaminer sa jurisprudence. En effet, les appelantes concèdent à l’audience que cet appel devant la Cour n’a pas de vocation à changer le droit; il serait un pourvoi où la Cour n’aurait pour fonction que la simple « correction d’erreurs » qui auraient été commises par la Cour d’appel. Je partage l’avis des appelantes sur ce point et je dirais même plus : non seulement cette affaire ne donne pas lieu à changer le droit, la Cour d’appel a parfaitement respecté le cadre d’analyse fixé dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi* et, même si l’arrêt *Oratoire* a été rendu par la suite de son arrêt,

main principles enunciated by this Court in that case, which, until further notice, states the law.

[27] I therefore propose to confine myself to the law as it stands following *Infineon*, *Vivendi* and *Oratoire*. As we know, the threshold for authorizing a class action in Quebec is a low one. Once the four conditions set out in art. 1003 of the former *C.C.P.* (now art. 575 of the new *C.C.P.*) are met, the authorization judge *must* authorize the class action; the judge has no residual discretion to deny authorization on the pretext that, despite the fact that the four conditions are met, a class action is not “the most appropriate” vehicle (see *Vivendi*, at para. 67). Questions of law may be resolved by an authorization judge if the outcome of the proposed action depends on the judge’s doing so, but this choice is generally a discretionary one (see *Oratoire*, at para. 55). This reflects the purpose of the authorization stage of the class action: the judge’s role is to filter out frivolous claims, and nothing more (see *Oratoire*, at para. 56, citing, among other things, *Infineon*, at paras. 61, 125 and 150). Finally, there is no requirement in Quebec that the common questions predominate over the individual ones (see *Vivendi*, at paras. 56-57). On the contrary, a single common question is enough if it advances the litigation in a not insignificant manner. It is not necessary that the common question be determinative of the outcome of the case (see *Vivendi*, at para. 58; *Oratoire*, at para. 15).

[28] With respect, I am therefore of the view that my colleague and I do not disagree on mere questions “of application” of well-established principles (reasons of Côté J., at para. 200).

II. Background and Parties’ Arguments

[29] The respondent submits that the appellant Firm incurred contractual liability to him and the other members of the group by reason of its own conduct as well as through its representatives. This liability is based on what the Court of Appeal referred to as a [TRANSLATION] “dual fault”: (i) Firm’s own systematic failure to give all of its representatives

son raisonnement est aussi conforme aux principaux enseignements de notre Cour dans ce dossier qui, jusqu’à nouvel ordre, dit le droit.

[27] Je propose donc de m’en tenir à l’état actuel du droit suivant les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*. Comme nous le savons, l’autorisation d’un recours collectif au Québec nécessite l’atteinte d’un seuil peu élevé. Une fois les quatre conditions énoncées à l’art. 1003 de l’ancien *C.p.c.* (maintenant l’art. 575 du nouveau *C.p.c.*) satisfaites, la juge d’autorisation *doit* autoriser le recours collectif; elle ne bénéficie d’aucune discrétion résiduelle lui permettant de refuser l’autorisation au prétexte que, malgré l’atteinte de ces quatre conditions, le recours ne serait pas le véhicule « le plus adéquat » (voir *Vivendi*, par. 67). Les questions de droit peuvent être résolues par un ou une juge d’autorisation lorsque le sort de l’action projetée en dépend, mais ce choix relève généralement de la discrétion du tribunal (voir *Oratoire*, par. 55). Ceci témoigne de la vocation de l’étape de l’autorisation du recours collectif : exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus (voir *Oratoire*, par. 56, citant notamment *Infineon*, par. 61, 125 et 150). Enfin, il n’y a aucune exigence au Québec que les questions communes soient prépondérantes par rapport aux questions individuelles (voir *Vivendi*, par. 56-57). Au contraire, une seule question commune suffit si elle fait progresser le litige de façon non négligeable. Il n’est pas nécessaire que celle-ci soit déterminante pour le sort du litige (voir *Vivendi*, par. 58; *Oratoire*, par. 15).

[28] En tout respect, j’estime donc que les désaccords entre ma collègue et moi ne concernent pas des simples questions « d’application » de principes bien établis (motifs de la juge Côté, par. 200).

II. Contexte et moyens des parties

[29] Selon l’intimé, l’appelante Cabinet a engagé sa responsabilité contractuelle envers lui et les autres membres du groupe par son propre comportement ainsi que par le biais de ses représentants. Cette responsabilité repose sur ce que la Cour d’appel désigne comme une « double faute » : (i) une omission systématique, par Cabinet elle-même, d’avoir

sufficient instructions concerning the fact that there were risks associated with the investments issued by the Desjardins caisses populaires (Firm's "direct" fault), and (ii) a systematic failure by all of Firm's representatives to disclose those risks to the group's members (Firm's "indirect" fault). The parties agree that Firm can be liable for the faults of its financial advisers (including Mr. Asselin's adviser, Ms. Blanchette) because they were acting as its employees or mandataries.

[30] The respondent also argues in his motion that the appellant Management is extracontractually liable to him and the other members of the group. This liability is twofold as well: (i) Management allegedly committed an extracontractual fault in the design of the capital-guaranteed deposits and is therefore liable as the [TRANSLATION] "designer" of the investments; and (ii) Management allegedly managed the invested funds incompetently, thereby incurring extracontractual liability as the "manager" of the investments.

[31] According to the main allegations in the motion, the basis for the appellants' liability is that Firm [TRANSLATION] "breached its informational obligations and duties and is liable for the damage sustained by the Group's members" (A.R., vol. II, at p. 44, para. 105), while Management "breached its obligations and duties of competence with regard to design and management and is liable for the damage sustained by the Group's members" (p. 44, para. 106 (emphasis deleted)).

[32] The appellants dispute the existence of common questions in the proposed action against Firm pursuant to art. 1003(a) of the former *C.C.P.* They also challenge the sufficiency of the allegations in the proposed action against Firm and Management in light of the conditions established under art. 1003(b) of the former *C.C.P.* Furthermore, they take issue with the Court of Appeal for not applying the judicial release with respect to ABCP, which would have led that court to deny the claim for punitive damages against Management at this preliminary stage.

suffisamment instruit l'ensemble de ses représentants quant à l'existence des risques associés aux placements émis par les Caisses Desjardins (la faute « directe » de Cabinet), et (ii) une omission systématique par tous les représentants de Cabinet de dévoiler ces risques aux membres du groupe (la faute « indirecte » de Cabinet). Les parties s'entendent que la responsabilité de Cabinet peut être engagée par les faits fautifs de ses conseillers financiers (dont M^{me} Blanchette, la conseillère de M. Asselin), puisqu'ils agissaient comme employés ou mandataires de Cabinet.

[30] Toujours selon la thèse avancée par l'intimé dans sa requête, l'appelante Gestion a engagé sa responsabilité extracontractuelle envers M. Asselin et les autres membres du groupe. Cette responsabilité se décline, elle aussi, en deux temps : (i) Gestion aurait commis une faute extracontractuelle dans la confection des dépôts à capital garanti et, de ce fait, serait responsable à titre de « concepteur » des placements, et (ii) Gestion aurait géré l'argent placé de manière incompétente et ainsi engagé sa responsabilité extracontractuelle à titre de « gestionnaire » des investissements.

[31] Les allégations principales de la requête énoncent, comme fondement de la responsabilité des appelantes, que Cabinet « a manqué à ses obligations et devoirs d'information et est responsable des dommages subis par les membres du Groupe » (d.a., vol. II, p. 44, par. 105) et que Gestion « a manqué à ses obligations et devoirs de compétence quant à la conception et la gestion et est responsable des dommages subis par les membres du Groupe » (p. 44, par. 106 (soulignement omis)).

[32] Les appelantes contestent l'existence de questions communes quant au recours proposé contre Cabinet en application de l'al. 1003(a) de l'ancien *C.p.c.*, ainsi que la suffisance des allégations quant au recours proposé contre Cabinet et Gestion eu égard aux conditions établies sous l'al. 1003(b) de l'ancien *C.p.c.* Elles reprochent également à la Cour d'appel de ne pas avoir appliqué la quittance judiciaire sur les PCAA, ce qui l'aurait menée à rejeter la demande de dommages-intérêts punitifs envers Gestion dès ce stade préliminaire.

[33] I propose to discuss the grounds of appeal in detail, in relation to each appellant, in the same order as the motion judge: first from the perspective of art. 1003(b) of the former *C.C.P.* and then by reference to the “common” questions under art. 1003(a) of the former *C.C.P.*

III. Firm

A. *Article 1003(b) of the Former C.C.P.: “Arguable Case” Against Firm*

[34] The appellants allege that there is no arguable case against Firm. On this point, the motion judge found that there was no good colour of right for a potential contractual claim against Firm because of the lack of a contractual relationship between Firm and Mr. Asselin. The judge noted the absence of any wrongful breach of the deposit agreements, which were contracts that were not binding on Firm, and also found that Firm could not be alleged to have committed a particularized contractual fault (2016 QCCS 839, at paras. 70 and 82 (CanLII)). Absent a signed contract or a mandate, Firm was not contractually liable to the respondent or the other members of the group, which, in the judge’s view, defeated the position advanced by the respondent in his motion (para. 136).

[35] We know that the Court of Appeal viewed this as an error. In its opinion, the contractual claim against Firm was not based on the deposit agreements. The motion and the evidence adduced in support of the allegations confirmed that Ms. Blanchette, Firm’s planner who had advised the respondent, Mr. Asselin, was an employee or mandatary of Firm, just like the individuals who had advised the other members of the group (para. 51, note 63, and para. 52, note 66). Those representatives linked Firm to the group’s members through a contract for investment advice, a contract that existed independently of the deposit agreements entered into with the caisses populaires (paras. 49-82).

[36] At the hearing in this Court, the appellants rightly conceded that the motion judge had erred on this point and that there was a contract between Firm and the group’s members. Counsel thus admitted

[33] Je propose de traiter les moyens d’appel en détail, par rapport à chacune des appelantes, dans le même ordre que la juge de première instance, c’est-à-dire d’abord sous l’angle de l’al. 1003b) de l’ancien *C.p.c.* et ensuite au regard des questions dites « communes » au sens de l’al. 1003a) de l’ancien *C.p.c.*

III. Cabinet

A. *L’alinéa 1003b) de l’ancien C.p.c. : la « cause défendable » contre Cabinet*

[34] Les appelantes allèguent l’absence de cause défendable contre Cabinet. À cet égard, la juge de première instance conclut qu’il n’existe aucune apparence sérieuse de droit pour un éventuel recours contractuel contre Cabinet, en raison de l’absence de lien contractuel entre Cabinet et M. Asselin. La juge constate l’absence d’une quelconque inexécution fautive des conventions de dépôts, des contrats qui ne lient pas Cabinet, et conclut également qu’aucune faute contractuelle particularisée ne peut être reprochée à Cabinet (2016 QCCS 839, par. 70 et 82 (CanLII)). En l’absence de contrat signé ou de mandat, Cabinet n’est pas contractuellement responsable envers l’intimé ou les autres membres du groupe, ce qui fait échec, aux yeux de la juge, à la thèse proposée par l’intimé à sa requête (par. 136).

[35] On sait que la Cour d’appel y voit une erreur. Pour elle, le recours contractuel contre Cabinet n’est pas fondé sur les conventions de dépôt. La requête et la preuve administrée au support des allégations confirment que M^{me} Blanchette, la planificatrice de Cabinet qui offrait conseil à l’intimé M. Asselin, est une employée ou mandataire de Cabinet, à l’instar de celles et ceux qui ont conseillé les autres membres du groupe (par. 51, note 63, et par. 52, note 66). Ces représentants ont lié Cabinet aux membres du groupe par un contrat relatif à des conseils d’investissement, contrat qui existait indépendamment des conventions de dépôt conclues avec les Caisses (par. 49-82).

[36] À l’audience devant notre Cour, les appelantes ont reconnu, à bon droit, que la juge de première instance a erré sur ce point et qu’un contrat existe entre Cabinet et les membres du groupe. L’avocat admet

that Ms. Blanchette and the other financial advisers were representatives of Firm — its employees or mandataries — and that, as such, their faults could give rise to contractual liability for Firm (transcript, at pp. 10 and 19). The contractual basis for Firm’s liability is therefore no longer in issue.

[37] The existence of this contractual relationship between Firm and the group’s members is a fundamental element of the proposed legal syllogism, which makes it possible to argue that Firm is *contractually* liable. This being the case, I cannot agree with the view that the Court of Appeal intervened with respect to this conclusion in the absence of a palpable and overriding error or an error of law by the motion judge. With respect, it seems equally difficult to argue that the Court of Appeal rewrote or “reorient[ed]” the respondent’s cause of action (A.F., at para. 28; reasons of Côté J., at para. 236). To my mind, the appellants’ concession that the judge erred in refusing to recognize the contractual relationship between Firm and the group’s members is fundamental. This error shows that the motion judge simply did not understand the proposed legal syllogism, and the error is more than sufficient to justify the Court of Appeal’s intervention with respect to this condition in the proposed action against Firm.

[38] Despite their concession, the appellants submit that the allegations of the motion are, for the purposes of the assessment required by art. 1003(b) of the former *C.C.P.*, insufficient for the class action to be authorized. They argue that the respondent makes only [TRANSLATION] “vague, general and imprecise allegations” with respect to Firm’s faults. In the circumstances, they say, such allegations should be supported by some evidence, but that evidence is absent in this case.

[39] Specifically, the appellants argue that all of the documents filed by the respondent that allegedly contain misrepresentations came not from Firm, but from the caisses populaires that were the issuers of the capital-guaranteed deposits. Those documents cannot make up for the insufficiency of the allegations of fault against Firm, nor can they ground

donc que M^{me} Blanchette et les autres conseillers financiers sont des représentants de Cabinet — ses employés ou mandataires — et qu’à ce titre, leurs fautes peuvent engager la responsabilité contractuelle de Cabinet (transcription, p. 10 et 19). Le fondement contractuel de la responsabilité de Cabinet ne fait donc plus partie du débat.

[37] L’existence de ce lien contractuel entre Cabinet et les membres du groupe est un élément fondamental du syllogisme juridique proposé, qui permet d’aller rechercher la responsabilité *contractuelle* de Cabinet. Cela étant, je ne puis souscrire à l’opinion que la Cour d’appel serait intervenue sur cette conclusion en l’absence d’erreur manifeste et déterminante ou d’erreur de droit commise par la première juge. Avec égards, il me semble tout aussi difficile de soutenir que la Cour d’appel aurait réécrit ou « réorienté » la cause d’action de l’intimé (m.a., par. 28; motifs de la juge Côté, par. 236). À mon sens, la concession des appelantes que la juge a erré en refusant de reconnaître le lien contractuel entre Cabinet et les membres du groupe est fondamentale. Cette erreur démontre que le syllogisme juridique proposé n’a tout simplement pas été compris par la juge de première instance, et elle suffit amplement à justifier l’intervention de la Cour d’appel à l’égard du recours proposé contre Cabinet pour ce qui est de cette condition.

[38] Malgré leur concession, les appelantes soutiennent que les allégations de la requête sont insuffisantes, aux fins de l’évaluation requise à l’al. 1003(b) de l’ancien *C.p.c.*, pour autoriser le recours collectif. Selon elles, l’intimé ne formulerait que des « allégations vagues, générales et imprécises » relatives aux fautes de Cabinet. Dans les circonstances, disent les appelantes, de telles allégations devraient être appuyées par une certaine preuve; or, en l’occurrence, cette preuve s’avèrerait absente.

[39] Plus précisément, les appelantes soutiennent que tous les documents produits par l’intimé faisant état de supposées fausses représentations proviennent des Caisses, émettrices des dépôts à capital garanti, et non de Cabinet. Ces documents ne peuvent suppléer à l’insuffisance des allégations de faute à l’endroit de Cabinet et ne peuvent fonder la responsabilité de

Firm’s liability. The appellants argue that the motion judge was right about this: the few exhibits that came from Firm, such as the respondent’s planning forms, contain no specific representations concerning the capital-guaranteed deposits.

[40] These arguments must be rejected. In my view, there is no absence of allegations in the case at bar. On the contrary, the allegations are sufficiently precise, in accordance with the applicable standard, and are also supported by “some evidence” within the meaning of *Infineon* and *Oratoire*.

(1) Allegations of the Motion

[41] Once it is established — contrary to what the motion judge concluded from the record — that there was a contract, the factual allegations relating to the dual fault can be identified easily, and they must therefore be assumed to be true at the authorization stage.

[42] The proposed legal syllogism, which is based on a breach by Firm of its duty to inform, bears closer examination. In his motion, Mr. Asselin explains right in the summary that he is alleging that the appellants [TRANSLATION] “breached and violated the obligations and duties of information, competence and management” (A.R., vol. II, at p. 105, para. 2 (emphasis added)). According to the motion, the appellants failed to “adequately infor[m] the Group’s members” (p. 105, para. 5 (emphasis added)) of the risky transactions conducted using the amounts the members had entrusted to them. With regard to injury, Mr. Asselin explains the loss of a return resulting from risky investment strategies (para. 8); with regard to causation, he states that he “would never have agreed to invest in the PP and ALT Investments if the respondents [here, the appellants] had adequately informed him of the risks associated with these investments” (p. 106, para. 10 (emphasis added)). This is the legal syllogism advanced by Mr. Asselin for the proposed action against Firm.

[43] The faults are described with sufficient precision, and the information missing for the entire group relates, among other things, to the level of

cette dernière. La juge de première instance l’aurait bien vu : les quelques pièces qui émanent de Cabinet, tels les formulaires de planification de l’intimé, ne contiennent aucune représentation spécifique relative aux dépôts à capital garanti.

[40] Ces arguments doivent être rejetés. À mon avis, il n’y a pas, en l’espèce, une absence d’allégations. Au contraire, les allégations sont suffisamment précises selon la norme applicable et, de surcroît, elles sont appuyées par une « certaine preuve » au sens des arrêts *Infineon* et *Oratoire*.

(1) Les allégations de la requête

[41] Une fois que l’on constate — contrairement à ce que la première juge retient du dossier — qu’un contrat existe, les allégations de fait relatives à la double faute deviennent facilement identifiables, de sorte qu’elles doivent être tenues pour avérées au stade de l’autorisation.

[42] Voyons de plus près le syllogisme juridique proposé, syllogisme qui se fonde sur un manquement de Cabinet à son devoir d’information. Dans sa requête, M. Asselin explique dès le sommaire qu’il reproche aux appelantes d’avoir « manqué et contrevenu aux obligations et aux devoirs d’information, de compétence et de gestion » (d.a., vol. II, p. 105, par. 2 (je souligne)). Les appelantes auraient, selon les termes de la requête, omis d’« informer adéquatement les membres du Groupe » (p. 105, par. 5 (je souligne)) des opérations risquées effectuées avec les sommes confiées par les membres. Au niveau du préjudice, M. Asselin explique la perte de rendement subie en raison de stratégies d’investissement risquées (par. 8); au niveau de la causalité, il affirme qu’il « n’aurait jamais accepté d’investir dans les Placements PP et GA si les intimées [ici les appelantes] l’avaient informé adéquatement des risques liés à ces placements » (p. 106, par. 10 (je souligne)). Tel est le syllogisme juridique proposé par M. Asselin à l’égard du recours proposé contre Cabinet.

[43] Les fautes sont décrites avec suffisamment de précision, et l’information manquante à l’échelle du groupe vise entre autres le niveau de risque des

risk involved in the investments, their volatility and the way they worked, including the leverage used. First, there are paras. 107 and 107.1 of the motion: Firm described the investments as being [TRANSLATION] “safe and intended for a risk-averse investor”, and Firm failed to give its representatives sufficient instructions “regarding the characteristics and risks of the . . . Investments” (A.R., vol. II, at p. 147). In both cases, Mr. Asselin makes direct allegations against Firm. Because it had a monopoly on information about the structure and characteristics of the investments, Firm had a duty to inform its representatives so that they in turn could inform their clients. In the absence of adequate instruction concerning the investments, the representatives “were not therefore in a position to evaluate their advantages and disadvantages” (p. 147, para. 107.1).

[44] A specific allegation of fault made against the representatives can be found at para. 107.2 of the motion: [TRANSLATION] “The information provided by the representatives of Desjardins Financial Services to the Group’s members was therefore necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading” (A.R., vol. II, at p. 147). Firm’s liability for those faults is also alleged, since the respondent explains that Firm was “responsible for the mutual fund representatives and financial planners working in the network of caisses populaires” (p. 110, para. 30) and, more specifically, that Firm was, “[i]n the context of this case . . . responsible for the representatives who offered PP and ALT Investments and solicited deposits from the Group’s members in the network of caisses populaires of the Desjardins Group” (p. 110, para. 32).

[45] It can therefore be understood that the proposed action is based not on a breach of the deposit agreements, but rather on a generalized and systematic breach of the duty to inform. Mr. Asselin alleges that Firm systematically breached its duty to inform by not adequately informing all of its representatives of the risks and characteristics of the investments (the “direct” fault). According to the facts alleged in the motion, the representatives, having received false, misleading or incomplete information, then

placements, leur volatilité et leur fonctionnement, notamment leur effet de levier. On a d’abord les par. 107 et 107.1 de la requête : Cabinet décrit les placements comme « sécuritaires et s’adressant à un investisseur ayant une faible tolérance au risque », et Cabinet n’instruit pas suffisamment ses représentants « quant aux caractéristiques et aux risques des Placements » (d.a., vol. II, p. 147). Dans les deux cas, M. Asselin formule des reproches directs à Cabinet. Possédant le monopole de l’information quant à la structure et aux caractéristiques des placements, Cabinet avait le devoir d’informer ses représentants afin qu’ils puissent à leur tour en informer leurs clients. En l’absence d’instruction adéquate sur les placements, les représentants « ne pouvaient donc pas juger de leurs avantages et de leurs inconvénients » (p. 147, par. 107.1).

[44] Une allégation explicite des fautes commises par les représentants se trouve notamment au par. 107.2 de la requête : « Les informations transmises par les représentants de Desjardins Services Financiers aux membres du Groupe étaient donc nécessairement incorrectes ou insuffisantes, voire fausses, trompeuses ou susceptibles d’induire en erreur » (d.a., vol. II, p. 147). La responsabilité de Cabinet pour ces fautes est également alléguée, puisque l’intimé explique que Cabinet est « responsable des représentants en épargne collective et des planificateurs financiers qui exercent leurs activités dans le réseau des caisses populaires » (p. 110, par. 30), et, plus spécifiquement, qu’il est, « [d]ans le cadre du présent litige, [. . .] responsable des représentants qui ont offert des Placements PP et GA et sollicité les dépôts des membres du Groupe dans le réseau des caisses populaires du Mouvement Desjardins » (p. 110, par. 32).

[45] On comprend donc que le recours proposé se fonde non pas sur l’inexécution des conventions de dépôt, mais plutôt sur un manquement généralisé et systématique au devoir d’information. Monsieur Asselin reproche à Cabinet d’avoir systématiquement manqué à son devoir d’information en n’informant pas adéquatement l’ensemble des représentants du risque et des caractéristiques des placements (la faute dite « directe »). Munis d’information fautive, trompeuse ou incomplète, les représentants ont alors,

failed to provide adequate information to the group's members (the "indirect" fault). Firm's alleged "dual fault", and the basis for the action, is a generalized and systematic breach of its general duty to inform. Given that Firm dealt with the group's members only through its representatives, this "dual fault" identified by the Court of Appeal refers, in other words, to two sides of the same coin: Firm's breach of its duty to inform the group's members directly itself, and to inform them indirectly through its representatives.

[46] The motion states, at paras. 73.7 and 73.8, that the promotional documents used by the representatives with their clients emphasized that the investments at issue had potential returns that were higher, regular and not very volatile. [TRANSLATION] "However", the motion reads, "these documents said nothing at all about the risks associated with these investments, apart from sometimes stating in a footnote that the returns might be nil" (A.R., vol. II, at p. 124 (emphasis deleted)).

[47] This is an allegation that there was a failure to disclose the risks, a failure that, according to the respondent, was generalized across the group and constituted an identical breach by Firm of its contractual duty to inform that was repeated systematically for each member of the group. The allegation against Firm must be analyzed in light of the very nature of the fault committed — an omission is, by definition, characterized by an *absence* of information. Firm's liability allegedly [TRANSLATION] "arises from [its] denial or failure to disclose", to borrow a useful expression from another context (see *Imperial Tobacco Canada ltée v. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, 55 C.C.L.T. (4th) 1, at para. 813). In my view, it is therefore not a matter of seeking some particularized fault committed by the representative, Ms. Blanchette: the motion alleges faults of omission that were committed systematically by both Firm and its representatives.

[48] At paras. 73.9 and 73.10, as well as paras. 73.26 to 73.30, the motion provides additional

selon les faits allégués de la requête, également omis d'informer adéquatement les membres du groupe (la faute dite « indirecte »). La « double faute » reprochée à Cabinet, et le fondement du recours, est un manquement généralisé et systématique au devoir général d'information qui incombe à Cabinet. Sachant que Cabinet n'interagit avec les membres du groupe que par le truchement de ses représentants, cette « double faute » identifiée par la Cour d'appel désigne en d'autres mots les deux côtés d'une même médaille, soit le manquement de Cabinet à son devoir d'information tant envers les membres du groupe directement, par elle-même, qu'indirectement, via ses représentants.

[46] La requête précise, aux par. 73.7 et 73.8, que les documents promotionnels utilisés par les représentants auprès de leurs clients insistent sur le potentiel de rendement supérieur, régulier et peu volatile des placements litigieux. « Toutefois », lit-on à la requête, « ces documents n'exposent aucunement les risques liés à ces placements, mis[e] à part une mention parfois présente en note de bas de page à l'effet que les rendements peuvent être nuls » (d.a., vol. II, p. 124 (soulignement omis)).

[47] Voilà une allégation de l'omission de divulguer les risques qui, selon l'intimé, est généralisée à l'échelle du groupe et constitue le même manquement par Cabinet à son devoir contractuel d'information reproduit systématiquement pour chaque membre du groupe. L'analyse du reproche fait à Cabinet doit tenir compte de la nature même du fait fautif commis — une omission est, par définition, caractérisée par une *absence* d'information. La responsabilité de Cabinet aurait « sa source dans la négation ou l'omission de divulguer », pour employer une expression utile tirée d'un autre contexte (voir *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, 55 C.C.L.T. (4th) 1, par. 813). Il n'est donc pas question, à mon avis, de rechercher une quelconque faute particularisée de la représentante, M^{me} Blanchette : la requête allègue des fautes d'omission commises systématiquement par Cabinet et par ses représentants.

[48] La requête apporte, aux par. 73.9 et 73.10 ainsi qu'aux par. 73.26 à 73.30, d'autres précisions

information concerning breaches of a similar nature. And elsewhere, the emphasis is on the faults of omission committed as they relate to Firm’s direct and indirect liability. After explaining the leveraging of the financial products, the respondent alleges [TRANSLATION] “that at no time did the [appellants] explain to the Group’s members how the Investments worked” (A.R., vol. II, at p. 114, para. 52); at para. 107.1.1, the respondent refers to the documents entered in evidence, alleging that they “gave no explanation, or a very incomplete explanation, of the leverage used to obtain the return on the PP and ALT Investments”; at para. 107.1.2, the respondent adds that “[t]hose documents merely provided an incomplete description of the PP and ALT Investments and presented the advantages of these investments without describing the risks associated with the PP and ALT Investments” (p. 147 (emphasis deleted)).

[49] In one form or another, Mr. Asselin alleges that at no time did Firm [TRANSLATION] “disclose to the Group’s members the risks associated with the liquidity issues and the financial leverage” for the investments (A.R., vol. II, at p. 148, para. 110). Mr. Asselin explains that the group’s members “could not have known, even with all due diligence” (p. 148, para. 115), that Management was using risky investment strategies that had not been disclosed. Furthermore, Firm “made false and misleading representations to the Group’s members . . . regarding the correlation with the stock markets” (p. 148, para. 116).

[50] On the basis of these facts, the motion alleges that Firm [TRANSLATION] “breached the informational obligations and duties it owes by law” (A.R., vol. II, at p. 149, para. 118) and that it is therefore contractually liable (p. 154, para. 145).

(2) Sufficiency of the Allegations

[51] Are these allegations sufficient to meet the condition set out in art. 1003(b) of the former *C.C.P.*?

[52] In *Oratoire*, Brown J., writing for the majority, explained that “[t]he applicant’s burden at the authorization stage is simply to establish an ‘arguable case’ in light of the facts and the applicable law”, a

quant aux manquements du même genre. Ailleurs encore, on met l’accent sur les fautes commises par omission, au regard de la responsabilité tant directe qu’indirecte de Cabinet. Après avoir expliqué l’effet de levier des produits financiers, l’intimé allègue « qu’en aucun temps les [appelantes] n’ont expliqué aux membres du Groupe le fonctionnement des Placements » (d.a., vol. II, p. 114, par. 52); au par. 107.1.1, l’intimé fait référence aux documents administrés en preuve, en alléguant que ceux-ci « n’expliquent pas, ou de manière très incomplète, l’effet de levier utilisé pour obtenir le rendement des Placements PP et GA »; au par. 107.1.2, l’intimé ajoute que « [c]es documents se contentent de décrire de manière incomplète les Placements PP et GA et étalent les avantages de ces placements sans décrire les risques liés aux Placements PP et GA » (p. 147 (soulignement omis)).

[49] D’une façon ou d’une autre, M. Asselin allègue que Cabinet n’a jamais « dévoilé aux membres du Groupe les risques liés aux problèmes de liquidité et au levier financier » des placements (d.a., vol. II, p. 148, par. 110). Monsieur Asselin explique que les membres du groupe « ne pouvaient pas savoir, même avec toute la diligence voulue » (p. 148, par. 115) que Gestion employait des stratégies d’investissements risquées non dévoilées. Cabinet a, de plus, « fait des représentations fausses et trompeuses aux membres du Groupe [. . .] relativement à la corrélation avec les marchés boursiers » (p. 148, par. 116).

[50] En conséquence de ces faits, la requête allègue que Cabinet « a manqué à ses obligations et devoirs d’information prévus à la loi » (d.a., vol. II, p. 149, par. 118), et que Cabinet est donc contractuellement responsable (p. 154, par. 145).

(2) La suffisance des allégations

[51] Ces allégations suffisent-elles à remplir la condition prévue à l’al. 1003b) de l’ancien *C.p.c.*?

[52] Dans l’arrêt *Oratoire*, le juge Brown explique, pour la majorité, que « [l]e fardeau qui incombe au demandeur au stade de l’autorisation consiste simplement à établir l’existence d’une “cause défendable”

threshold he described as “low” (para. 58; see also *Infineon*, at paras. 65 and 67).

[53] With respect, the proposition that the role of authorization judges at this stage is not limited to screening applications for authorization is a change to the applicable law (reasons of Côté J., at paras. 218 and 220-21). None of the decisions cited to this effect (*Infineon*, at para. 59, *Vivendi*, at para. 37, and *Oratoire*, at para. 7, cited in the reasons of Côté J., at para. 220) describes the role of screening out frivolous actions as being separate from that of verifying compliance with the conditions set out in art. 1003 of the former *C.C.P.* (in this regard, see also Lafond, at p. 116, quoted with approval in *Oratoire*, at para. 56: [TRANSLATION] “. . . the authorization stage exists solely to screen out applications that are frivolous or clearly unfounded in fact or in law, as the legislature originally intended”).

[54] With respect, I do not think it is appropriate to revive a debate that was in fact settled by this Court as recently as last year. In *Oratoire*, the dissenting judge also suggested that “while a court must of course screen out frivolous or clearly unfounded applications from the outset, the criterion applicable to the condition set out in art. 575(2) *C.C.P.* is separate and, above all, more stringent” (para. 207). However, eight judges expressed a contrary view.

[55] Brown J., for the majority, explained that “it is in principle not appropriate at the authorization stage for the court to make any determination as to the merits in law of the conclusions in light of the facts being alleged. It is enough that the application not be ‘frivolous’ or ‘clearly wrong’ in law” (para. 58). He specifically noted that, “[a]s this Court explained in *Infineon*, ‘the court’s role is merely to filter out frivolous motions’, which it does ‘to ensure that parties are not being subjected unnecessarily to litigation in which they must defend against untenable claims’” (para. 56 (emphasis in original)). He then referred to two other paragraphs of *Infineon* in which LeBel J. and Wagner J. (as he then was) stated unequivocally that “the purpose of the authorization stage

eu égard aux faits et au droit applicable », un seuil qu’il qualifie de « peu élevé » (par. 58; voir aussi *Infineon*, par. 65 et 67).

[53] Respectueusement dit, soutenir que le rôle des juges d’autorisation à cette étape n’est pas seulement de filtrer les demandes d’autorisation apporte un changement au droit applicable (motifs de la juge Côté, par. 218 et 220-221). Aucune des références citées à cet effet (*Infineon*, par. 59, *Vivendi*, par. 37, et *Oratoire*, par. 7, cités dans les motifs de la juge Côté, par. 220) ne présente la fonction de filtrage des recours frivoles comme distincte de la vérification du respect des conditions de l’art. 1003 de l’ancien *C.p.c.* (voir aussi à cet égard Lafond, p. 116, cité avec approbation dans *Oratoire*, par. 56 : « . . . l’étape de l’autorisation n’existe que pour écarter les demandes frivoles ou manifestement mal fondées en fait ou en droit, comme le souhaitait initialement le législateur »).

[54] Avec égards, je trouve inopportun de raviver un débat qui, pourtant, a été tranché par la Cour aussi récemment que l’année dernière. Dans l’arrêt *Oratoire*, la juge dissidente a aussi proposé que « bien que le tribunal doive bien sûr filtrer d’entrée de jeu les demandes frivoles ou manifestement non fondées, le critère applicable à la condition prévue au par. 575(2) *C.p.c.* est distinct et, surtout, plus exigeant » (par. 207). Or, huit juges ont exprimé un avis contraire.

[55] Le juge Brown a expliqué, pour la majorité, qu’« il n’y a en principe pas lieu pour le tribunal, au stade de l’autorisation, de se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions au regard des faits allégués. Il suffit que la demande ne soit ni “frivole” ni “manifestement non fondée” en droit » (par. 58). En effet, le juge Brown a explicitement noté que, « [c]omme l’a expliqué notre Cour dans *Infineon*, “le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarter simplement les demandes frivoles”, et ce, afin “de s’assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables” » (par. 56 (soulignement dans l’original)). Il réfère ensuite à deux autres paragraphes de l’arrêt *Infineon* dans lesquels

is merely to screen out frivolous claims” (para. 56, citing *Infineon*, at para. 150; see also para. 125). The majority in *Oratoire*, relying in part on *Infineon* and *Theratechnologies*, also noted that its approach was already well established in the case law and academic literature (see paras. 56 and 58).

[56] Moreover, as Brown J. noted in response to the comments made by Côté J. in *Oratoire*, Gascon J. agreed with his position, and it would be wrong to say “that screening out frivolous or clearly unfounded applications is not the ‘*criterion* adopted by the legislature’, but only ‘one of the *purposes* of the authorization process” (para. 61 (emphasis in original)). Conscious of the fact that some would like this Court to strengthen the authorization process, Brown J. observed, however, that the “decisions in *Infineon* and *Vivendi* . . . can be said to have been endorsed by the Quebec legislature when the new *C.C.P.* came into force” (para. 62).

[57] In the case at bar, the burden of establishing “an ‘arguable case’ in light of the facts and the applicable law” is met (*Oratoire*, at para. 58). Mr. Asselin’s proposed cause of action is neither frivolous nor clearly unfounded.

[58] On the contrary, the proposed legal syllogism is perfectly arguable: a person who provides financial services is indeed subject to a duty to inform, and failure to comply with that duty may give rise to civil liability, for which the principal or mandator of the financial adviser at fault must answer (see *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638, at paras. 30-31; R. Crête and C. Duclos, “Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement”, in R. Crête et al., eds., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement* (2011), 361, at p. 394; *Souscripteurs du Lloyd’s v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, at paras. 16-17 (CanLII)).

les juges LeBel et Wagner (maintenant juge en chef) indiquent sans équivoque que « l’étape de l’autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles » (par. 56, citant *Infineon*, par. 150; voir aussi par. 125). Les juges majoritaires dans l’arrêt *Oratoire* ont également constaté, en s’appuyant notamment sur les arrêts *Infineon* et *Theratechnologies*, que leur approche était déjà bien établie dans la jurisprudence et la doctrine (voir par. 56 et 58).

[56] D’ailleurs, comme l’a noté le juge Brown en réponse aux commentaires formulés par la juge Côté dans *Oratoire*, sa position était partagée par le juge Gascon et ce serait une erreur de soutenir « qu’écarter les demandes frivoles ou manifestement mal fondées ne constitue pas le “*critère* retenu par le législateur” mais seulement “l’un des *objectifs* du processus d’autorisation” » (par. 61 (en italique dans l’original)). Conscient du fait que d’aucuns aimeraient voir la Cour raffermir le processus d’autorisation, le juge Brown a observé qu’il est cependant « possible de dire [que les arrêts *Infineon* et *Vivendi*] ont été entérinés par le législateur québécois lors de l’entrée en vigueur du nouveau *C.p.c.* » (par. 62).

[57] En l’espèce, le fardeau de démontrer « une “cause défendable” eu égard aux faits et au droit applicable » est satisfait (*Oratoire*, par. 58). La cause d’action proposée par M. Asselin n’est ni frivole ni manifestement non fondée.

[58] Au contraire, le syllogisme juridique proposé est tout à fait défendable : la personne prestataire de services financiers est bien soumise à un devoir d’information, et le non-respect de ce devoir peut donner lieu à une responsabilité civile dont le commettant ou le mandant de la conseillère financière fautive doit répondre (voir *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638, par. 30-31; R. Crête et C. Duclos, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », dans R. Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement* (2011), 361, p. 394; *Souscripteurs du Lloyd’s c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, par. 16-17 (CanLII)).

[59] As the Court of Appeal explained, the group’s members were in fact linked to Firm by [TRANSLATION] “a contract for services within the meaning of art. 2098 C.C.Q. or, if the services are not paid for directly, a similar *sui generis* contract” (para. 54). Under a contract whose object is the giving of advice, the obligation to give advice is the core prestation, while the obligation to inform is an accessory one (see D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 2004).

[60] It is important to understand the distinction between the duty to provide advice and the duty to inform, which are [TRANSLATION] “in theory distinct from one another” (Lluelles and Moore, at No. 2002 (footnote omitted)). This distinction will also be relevant in analyzing the common questions.

[61] Grounded in the general obligation of good faith (arts. 6, 7 and 1375 C.C.Q.), the duty to inform relates to *all* contracts and, in principle, applies to *all* contracting parties (Lluelles and Moore, at Nos. 2001 and 2003). The *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003) defines “obligation to inform” as an “[o]bligation to reveal to another facts that the latter, in order to adjust his or her conduct, may legitimately expect to receive” (p. 215). In contrast, “obligation to advise” is defined as an “[o]bligation to provide counsel to another in the furtherance of the latter’s interest” (p. 214). The duty to inform is less onerous and less individualized than the obligation to provide advice (M. Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information dans les contrats: Essai d’une théorie* (1992), at Nos. 471-72; F. Terré, P. Simler and Y. Lequette, *Droit civil: Les obligations* (11th ed. 2013), at No. 455; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 306). As this Court explained in *Laflamme*:

The duty to provide advice requires that the manager make his knowledge and expertise available to the client, and that he use them better to serve the client’s interests in light of the client’s objectives. However, the duty to provide advice is not the same as the obligation to inform, the substance of the latter being more objectively quantifiable. [Emphasis added; para. 33.]

[59] En effet, comme l’explique la Cour d’appel, les membres du groupe sont liés à Cabinet par « un contrat de service au sens de l’art. 2098 C.c.Q. ou encore, si le service n’est pas directement rémunéré, d’un contrat *sui generis* s’y apparentant » (par. 54). Dans un contrat ayant pour objet le conseil, l’obligation de conseil constitue la prestation de base, alors que l’obligation d’information constitue une obligation accessoire (voir D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 2004).

[60] Il importe de comprendre la distinction entre conseil et information, deux devoirs « théoriquement distincts l’un de l’autre » (Lluelles et Moore, n^o 2002 (note en bas de page omise)). Cette distinction sera également pertinente dans l’analyse des questions communes.

[61] Fondé sur l’obligation générale de bonne foi (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.), le devoir d’information concerne *tous* les contrats et vise en principe *toutes* les parties contractantes (Lluelles et Moore, n^{os} 2001 et 2003). Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations* (2003) définit l’« obligation de renseignement(s) » (ou d’information) comme l’« [o]bligation de divulguer des faits à celui qui, afin de régler son comportement, peut légitimement s’attendre à ce qu’on les lui dévoile » (p. 231). L’« obligation de conseil » est plutôt l’« [o]bligation de donner un avis à une personne, dans l’intérêt de celle-ci » (p. 229). Le devoir d’information est moins onéreux et moins particularisé que l’obligation de conseil (M. Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information dans les contrats : Essai d’une théorie* (1992), n^{os} 471-472; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations* (11^e éd. 2013), n^o 455; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 306). Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Laflamme* :

[Le] devoir de conseil exige de la part du gestionnaire qu’il fasse part au client de ses connaissances et de son expertise, et les utilise dans le but de mieux servir les intérêts de ce dernier eu égard aux objectifs visés. Ce devoir de conseil se distingue cependant de l’obligation d’informer dont le contenu revêt plutôt une certaine précision objective. [Je souligne; par. 33.]

[62] The main obligation of a financial adviser, and of the adviser's firm, is therefore to provide advice tailored to the client. Mr. Asselin, however, is relying on the accessory obligation that Firm and all of the representatives had to present the characteristics and risks associated with the investments, that is, to provide each client with objective information, such as information about the leverage being used. This is the basis for the proposed legal syllogism, which the motion judge misunderstood when she conflated the duty to provide advice and the duty to inform.

[63] In *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, this Court observed that the scope of the obligation to inform is assessed on the basis of the following criteria: “[1] knowledge of the information, whether actual or presumed, by the party which owes the obligation to inform; [2] the fact that the information in question is of decisive importance; [3] the fact that it is impossible for the party to whom the duty to inform is owed to inform itself, or that the creditor is legitimately relying on the debtor of the obligation” (pp. 586-87).

[64] The first point is not in any doubt, since Firm knows or is presumed to know the characteristics of the investments it recommends. The motion also alleges that the appellants [TRANSLATION] “knew as early as 2007 that a liquidity crisis affecting hedge funds would occur” (A.R., vol. II, at p. 148, para. 114), making the investments even more unstable. On the second point, Mr. Asselin alleges that he made the investments in question “on the strength of all [the] information” provided and passed on by Ms. Blanchette (p. 144, paras. 89-91) and that he “would never have agreed to invest in the PP and ALT Investments if the [appellants] had adequately informed him of the risks associated with these investments” (p. 106, para. 11). This means that, according to the motion, the information was of decisive importance. On the third point, the motion alleges that “[t]he Group's members were not in a position and could not have known, even with all due diligence, that [Management] was using significant leverage that might eliminate any possibility of obtaining a return at maturity” (p. 148, para. 115). The motion thus alleges that it was impossible for the members to inform themselves.

[62] Ainsi, l'obligation principale d'un conseiller financier, et de sa firme, est d'offrir des conseils adaptés au client. Monsieur Asselin invoque cependant l'obligation accessoire de Cabinet et de tous les représentants de présenter les caractéristiques et les risques associés aux placements, c'est-à-dire de fournir à chaque client de l'information objective telle que celle concernant l'effet de levier. C'est là le fondement du syllogisme juridique proposé, mal compris en première instance lorsque la juge a amalgamé devoir de conseil et devoir d'information.

[63] Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, la Cour a observé que l'étendue de l'obligation d'information s'apprécie en fonction des critères suivants : « [1] la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement; [2] la nature déterminante de l'information en question; [3] l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur » (p. 586-587).

[64] Le premier point ne soulève aucun doute puisque Cabinet connaît ou est présumée connaître les caractéristiques des placements qu'elle conseille. La requête allègue en sus que les appelantes « savaient dès l'année 2007 qu'une crise des liquidités affectant les fonds de couverture surviendrait » (d.a., vol. II, p. 148, para. 114), rendant les placements d'autant plus instables. Sur le deuxième point, M. Asselin allègue qu'il a fait les investissements en question « sur la foi de l'ensemble [des] informations » communiquées et transmises par M^{me} Blanchette (p. 144, para. 89-91) et qu'il « n'aurait jamais accepté d'investir dans les Placements PP et GA si les [appelantes] l'avaient informé adéquatement des risques liés à ces placements » (p. 106, para. 11). Selon la requête, c'est donc dire que l'information serait déterminante. Sur le troisième point, la requête allègue que « [L]es membres du Groupe n'ont pas été en mesure et ne pouvaient pas savoir, même avec toute la diligence voulue, que [Gestion] utilisait un effet de levier important susceptible d'anéantir toute possibilité d'obtenir un rendement à l'échéance » (p. 148, para. 115), alléguant ainsi l'impossibilité de se renseigner.

[65] In short, on my reading, and with respect for those who disagree, the wording of the motion makes it possible to understand the proposed syllogism without any need to reorient the cause of action or to guess what it is. Not only did the Court of Appeal fully understand that there was a contractual relationship between Firm and the respondent, but it also correctly observed that the class action against Firm was based in part on a breach of the duty to inform imposed by the contract. The relevant allegations refer to faults of omission that are said to be attributable to Firm.

[66] I therefore conclude that, contrary to what the appellants argue, the allegations are sufficient to establish an arguable case against Firm. The proposed syllogism is neither frivolous nor clearly unfounded in law. The allegations are precise enough to be assumed to be true. But even if it were to be found that the allegations lack precision, there is, in my view, a sufficient basis for them in the evidence adduced.

(3) The Evidence

[67] The appellants submit that the respondent's assertions are not supported by "concrete", "specific" or "tangible" facts (*Oratoire*, at para. 25, per Brown J., for the majority). In *Oratoire*, they say, the majority justified its conclusion by referring to a "table of victims" that had been entered in evidence. That table, which listed approximately 40 victims and close to 30 assailants, set out "'specific, tangible' facts that in themselves support[ed] J.J.'s claim that the Congregation knew about the alleged assaults on children by its members" (para. 23), a fact that could be proved by presumption. According to the appellants, there is nothing comparable in the evidence adduced by the respondent that could compensate for his insufficient allegations.

[68] I disagree, for three reasons.

[69] First, the motion does not allege a positive misrepresentation; it alleges an omission. In *Oratoire*, on the other hand, what was sought was

[65] Bref, à ma lecture, et en tout respect pour l'avis contraire, le texte de la requête permet de comprendre le syllogisme proposé, sans besoin de réorienter la cause d'action ou de la deviner. Non seulement la Cour d'appel a-t-elle parfaitement compris qu'il y avait un lien de droit contractuel entre Cabinet et l'intimé, mais elle a souligné, à bon droit, que le recours collectif entrepris contre Cabinet repose, en partie, sur le manquement au devoir d'information imposé par le contrat. Les allégations pertinentes font état de fautes d'omission qui seraient imputables à Cabinet.

[66] Je conclus donc que, contrairement aux prétentions des appelantes, les allégations suffisent à établir une cause défendable à l'encontre de Cabinet. Le syllogisme proposé n'est ni frivole, ni manifestement non fondé en droit. Les allégations sont suffisamment précises pour être tenues pour avérées. Or, même si on devait conclure que les allégations manquent de précision, elles trouvent, à mon avis, un fondement suffisant dans la preuve administrée.

(3) La preuve

[67] Les appelantes avancent que les prétentions de l'intimé ne sont pas appuyées par des faits « concrets », « précis » ou « palpables » (*Oratoire*, par. 25, motifs majoritaires du juge Brown). Or, affirment-elles, la majorité dans l'arrêt *Oratoire* justifie sa conclusion en se référant à un « Tableau des victimes » administré en preuve. Ce tableau énumérant une quarantaine de victimes et une trentaine d'agresseurs exposait « des faits "précis et palpables" qui [soutenaient] en eux-mêmes la prétention de J.J. selon laquelle la Congrégation avait connaissance des agressions qui auraient été commises par ses membres sur des enfants » (par. 23), ce fait pouvant être prouvé par présomption. D'après les appelantes, il n'y aurait rien de comparable dans la preuve administrée par l'intimé qui permettrait de suppléer à ses allégations insuffisantes.

[68] Je ne partage pas cet avis, pour trois raisons.

[69] Premièrement, la requête n'allègue pas une fausse représentation positive; elle allègue une omission. Dans l'arrêt *Oratoire*, à l'inverse, on cherchait

evidence of positive wrongful acts — assaults on minors — and the applicant bore the ultimate burden of proving those acts.

[70] In contractual matters, the burden of proof depends on the intensity of the obligation. Here, the alleged omission corresponds to a breach of the duty to inform, which, unlike the duty to provide advice, is an obligation of result (Lluelles and Moore, at No. 2002). In the case of an obligation of result, [TRANSLATION] “mere proof by the creditor that the result was not achieved is sufficient to give rise to a presumption that the debtor is liable” (Jobin and Vézina, at No. 40; see also Lluelles and Moore, at No. 108). Thus, according to scholarly opinion, the burden of proving that the information was provided lies on the debtor, in this case the appellants. In other words, evidence that Mr. Asselin did not receive the information owed to him would shift the burden of showing that the information was provided — that is, that there was no omission — to the appellants. Otherwise, as Professor Fabre-Magnan explains, if a creditor of the obligation to inform, in order to succeed, had to adduce evidence that the other contracting party had failed to provide information, the creditor [TRANSLATION] “would be required to demonstrate an indefinite negative proposition, which is by no means easy, and perhaps even impossible” (No. 545).

[71] Why does this matter here? At the authorization stage, the applicant bears the burden of demonstrating that the proposed legal syllogism is arguable, not the burden of proving each element of the syllogism on the usual civil balance of probabilities standard (*Oratoire*, at para. 58). The Superior Court judge applied the wrong standard to test the conditions set out in art. 1003(a) and (b) when she wrote that the applicant [TRANSLATION] “has not demonstrated that a representative actually provided the alleged documents or information” (para. 212 (emphasis added)). To assess the sufficiency of the evidence and the allegations, the judge instead had to consider the particular features of the context and what would or would not have to be proved at trial. Here, we are dealing with allegations of omissions and with a burden of proof on the merits that is lower in some respects. In this context, the evidence adduced by

une preuve de faits fautifs positifs — des agressions contre des mineurs — dont le fardeau de preuve ultime revenait au requérant.

[70] En matière contractuelle, le fardeau de preuve est tributaire de l’intensité de l’obligation. En l’espèce, l’omission alléguée correspond à un manquement au devoir d’information qui, contrairement au devoir de conseil, est une obligation de résultat (Lluelles et Moore, n° 2002). Or, dans le cadre d’une obligation de résultat, « la simple preuve par le créancier de l’absence du résultat suffit à faire présumer la responsabilité du débiteur » (Jobin et Vézina, n° 40; voir aussi Lluelles et Moore, n° 108). Ainsi, selon la doctrine, la charge de prouver la transmission de l’information incombe à la partie débitrice, en l’occurrence les appelantes. En d’autres mots, une preuve que M. Asselin n’a pas reçu l’information qui lui était due ferait passer la charge de démontrer que l’information a été transmise — c’est-à-dire qu’il n’y a pas eu d’omission — aux appelantes. Autrement, explique la professeure Fabre-Magnan, si un créancier de l’obligation d’information devait, pour obtenir gain de cause, apporter une preuve que son cocontractant ne l’a pas informé, il « serait tenu de démontrer une proposition négative indéfinie, ce qui est loin d’être aisé, voire impossible » (n° 545).

[71] Pourquoi cela importe-t-il ici? À l’étape de l’autorisation, le requérant a le fardeau de démontrer le caractère défendable du syllogisme juridique proposé, et non le fardeau de prouver chacun des éléments du syllogisme selon la norme habituelle en matière civile de prépondérance des probabilités (*Oratoire*, par. 58). La juge de la Cour supérieure a utilisé la mauvaise norme pour tester les conditions énoncées aux al. 1003a) et 1003b) en écrivant que le requérant « n’a pas démontré la communication concrète par un représentant des documents ou informations allégués » (par. 212 (je souligne)). Pour apprécier la suffisance de la preuve et des allégations soumises, il fallait plutôt tenir compte des particularités du contexte et de ce qui devra ou non être prouvé au procès. Ici, nous faisons face à des allégations d’omissions et un fardeau de preuve allégé au fond à certains égards. Dans ce contexte, la preuve

Mr. Asselin in support of allegations that must, in any event, be assumed to be true is more than sufficient.

[72] It is therefore not surprising that the action could be authorized without proof on a balance of probabilities that the information had not been provided. If the appellants had evidence that the information had in fact been given to the members and the representatives, they could have sought the Superior Court’s permission to adduce that evidence. We know that the sufficiency of the evidence of a possible breach is an issue for the trial on the merits. A finding that the allegations are supported by some evidence at this stage is not binding on the court that will decide the merits of the case and does not entail any loss of rights for the appellants, who will have ample opportunity at trial to present evidence and to make the argument that the promotional documents cannot ground a breach of Firm’s duty to inform. I reiterate that the purpose of this stage of the proceedings is only to authorize the filing of the motion to institute proceedings; the judgment on the motion for authorization of the action is [TRANSLATION] “merely a preliminary decision that could be varied at the trial, or even before, and does not prejudge the final outcome of the litigation” (Lafond, at pp. 116-17 (footnotes omitted)).

[73] Second, Mr. Asselin has filed many documents to support allegations concerning Firm’s failure to disclose, to all clients, the risks associated with the methods used to manage the investments. The filing of these exhibits serves to illustrate the absence of any adequate warning regarding those risks, thereby bolstering the plausibility of the allegations. The omissions show that the documents in question were deficient, and they therefore confirm the possibility that an omission was made systematically by all of Firm’s representatives.

[74] The appellants maintain that these documents contain no evidence of any misrepresentation, such that they cannot be viewed as “some evidence” needed to clarify and explain the vague and imprecise allegations made in the motion. However, the documents were filed not as evidence of what was

apportée par M. Asselin au soutien d’allégations qui, de toute façon, doivent être présumées avérées est plus que suffisante.

[72] Il n’est donc pas surprenant que le recours puisse être autorisé en l’absence d’une preuve prépondérante que l’information n’a pas été transmise. Les appelantes, si elles avaient eu une preuve que l’information a bien été transmise aux membres et aux représentants, auraient pu demander la permission du tribunal pour la présenter. On sait que le débat quant à la suffisance de la preuve d’un éventuel manquement revient au procès sur le fond. Le constat que les allégations sont appuyées d’une certaine preuve à ce stade-ci ne lie pas le tribunal sur le fond et n’implique aucune perte de droits pour les appelantes, qui auront tout le loisir de présenter une preuve au procès et d’y avancer l’argument que les documents promotionnels ne peuvent fonder un manquement au devoir d’information de Cabinet. Rappelons que le présent stade des procédures ne fait qu’autoriser le dépôt de la requête introductive d’instance; le jugement sur requête pour autoriser le recours ne constitue « qu’une décision préliminaire susceptible d’être modifiée au cours du procès, voire avant, et qui ne préjuge pas du résultat de la contestation finale » (Lafond, p. 116-117 (notes en bas de page omises)).

[73] Deuxièmement, M. Asselin a déposé nombre de documents pour appuyer des allégations concernant l’omission par Cabinet de divulguer, à l’ensemble de la clientèle, les risques associés aux méthodes de gestion des placements. Le dépôt de ces pièces permet d’illustrer l’absence de mise en garde adéquate quant à ces risques, appuyant ainsi le caractère vraisemblable des allégations. Les omissions font voir le caractère déficient des documents en question et, de ce fait, elles confirment la possibilité qu’une omission ait été commise systématiquement par tous les représentants de Cabinet.

[74] Les appelantes affirment que ces documents ne contiennent aucune preuve d’une quelconque fausse représentation, de sorte que l’on ne pourrait y voir la « certaine preuve » dont on a besoin pour clarifier et préciser les allégations vagues et imprécises de la requête. Or, les documents ne cherchent

said, but rather — in the context of allegations concerning the faults attributable to Firm — as evidence of what was not said. Here again, the Court of Appeal was correct, as it explained at para. 149 of its reasons that the respondent [TRANSLATION] “is basing his application . . . and his potential action against [Firm] not on these documents, but on the (alleged) fact that [Firm] and its representatives did not warn him or the other members of the group of the true risks associated with the PP and ALT investments”. The documents are a means to this end, not an end in themselves. Requiring a fuller demonstration of breaches at the authorization stage — for example, by emphasizing the need for evidence that the documents were in fact provided to all the members — would risk transforming this preliminary stage into an actual trial. It is true that the authorization stage is more than a mere formality, but it is also much less than an actual trial. As Professor Lafond explains, [TRANSLATION] “a motion for authorization must be treated as what it is: a simple screening mechanism, a preliminary proceeding that must in no way encroach on the merits of the case” (p. 134). This is the main risk we run in the case at bar, and, with respect, it is a risk about which the motion judge was less than vigilant.

[75] What significance should be given to the fact that some of these documents “did not come” from Firm but were, as the appellants note, prepared by the caisses populaires?

[76] None at all. Firm, through its representatives, chose to use these documents in the performance of its contract with the respondent and some other members of the group. The motion is clear in this respect (paras. 73.20, 73.23, 73.34, 73.42, 73.48, 73.69, 89.3 and 89.4). Regardless of their origin, when Ms. Blanchette gave documents to Mr. Asselin in order to provide him with information, she spoke to him and was thereby able to bind Firm.

[77] Thus, it is not so much the origin of the documents that is relevant to whether the case the respondent is trying to make against Firm is an arguable one, but rather the fact that Firm used the documents and

pas à offrir une preuve de ce qui a été dit mais plutôt, dans le cadre d’allégations faites quant aux fautes imputables à Cabinet, de ce qui n’a pas été dit. Encore ici, la Cour d’appel y voit juste, expliquant, au par. 149 de ses motifs : « . . . ce n’est pas sur ces documents que [l’intimé Asselin] fonde sa demande [. . .] et son éventuelle action à l’endroit de [Cabinet], c’est sur le fait (allégué) que [Cabinet] et ses représentants ne l’ont pas prévenu ni n’ont prévenu les autres membres du groupe des risques véritables associés aux placements PP et GA ». Les documents sont un moyen pour tendre vers cette fin, et non une fin en soi. Exiger une démonstration plus ample de manquements au stade de l’autorisation — par exemple en insistant sur le besoin d’une preuve que ces documents ont été effectivement transmis à tous les membres — risquerait de transformer cette étape préliminaire en véritable procès. Certes, l’étape de l’autorisation est plus qu’une simple formalité, mais elle est aussi beaucoup moins qu’un véritable procès. Comme l’explique le professeur Lafond, « la requête pour autorisation doit être traitée pour ce qu’elle est : un simple mécanisme de filtrage, une procédure préliminaire qui ne doit d’aucune façon empiéter sur le fond du litige » (p. 134). C’est surtout là le risque auquel nous sommes confrontés en l’espèce et pour lequel, respectueusement dit, la juge de première instance a manqué de vigilance.

[75] Quelle importance doit-on accorder au fait que certains de ces documents « n’émanent pas » de Cabinet mais, comme le soulignent les appelantes, qu’ils aient été confectionnés par les Caisses?

[76] Aucune. Cabinet, par le biais de ses représentants, a choisi d’utiliser ces documents dans le cadre de l’exécution de son contrat auprès de l’intimé et de certains autres membres du groupe. La requête est claire à cet égard (par. 73.20, 73.23, 73.34, 73.42, 73.48, 73.69, 89.3 et 89.4). Or, quelle qu’en soit la provenance, lorsque M^{me} Blanchette transmet à M. Asselin des documents pour lui fournir de l’information, elle lui parle et peut ainsi lier Cabinet.

[77] Ainsi, ce n’est pas tant la provenance des documents qui est pertinente au caractère défendable de la cause que l’intimé cherche à faire valoir à l’encontre de Cabinet, mais plutôt l’utilisation et

provided them to others. It is alleged that this fact, and the choice made by Firm and its representatives to rely on the documents, are evidence of the breach of the contractual duty to inform alleged in support of Firm's indirect contractual liability. As a result of the failure to disclose the risks associated with the investments at issue, the same documents are also alleged to be evidence that the instruction given by Firm to the representatives was inadequate, which supports the allegation of direct contractual liability. This evidence will, of course, have to be tested at the trial on the merits, but it is sufficient for the action to be authorized.

[78] I would add that the prospectus exemption granted by securities legislation is equally irrelevant to the alleged breaches of the contractual duty to inform and to the failure to train the representatives properly. A document provided by a financial adviser that looks official, whether that document is required or not, may mislead an investor if it contains false or incomplete information. The appellants are therefore wrong to argue, as they did at the hearing, that the documents cannot form the basis for a direct fault by Firm where the issuer — the caisses populaires — was not required by the applicable legislation to provide investors with information. Whether the documents were or were not necessary to comply with legislative requirements is not a deciding factor; what matters is that they were used by the representatives and that they were, according to the motion, deficient. The respondent alleges that Firm breached its obligations. Firm's use of the documents is "some evidence" that, if need be, clarifies even further the allegations relating to the breaches that constitute, as the Court of Appeal put it, Firm's "dual fault".

[79] Third, Mr. Asselin's pre-hearing examination is also relevant evidence. Lluelles and Moore note that in the case of [TRANSLATION] "non-performance of an obligation to do something, such as an absence of advice or information, the question of the burden of proof is more difficult, as the breach amounts to

la transmission de ces documents par Cabinet. Cette utilisation et cette transmission par Cabinet — et le choix de Cabinet et de ses représentants de s'y fier — seraient une preuve du manquement au devoir contractuel d'information allégué à l'appui de sa responsabilité contractuelle indirecte. Ces mêmes documents seraient aussi, en raison de l'omission de faire état des risques associés aux placements litigieux, une preuve que l'instruction donnée aux représentants par Cabinet serait inadéquate, appuyant l'allégation d'une responsabilité contractuelle directe. Cette preuve devra, bien entendu, être testée lors du procès sur le fond, mais elle suffit à autoriser le recours.

[78] Ajoutons que la dispense de prospectus qu'accorde la législation ayant trait aux valeurs mobilières est tout aussi sans pertinence aux allégations de manquements au devoir contractuel d'information et au défaut de bien former les représentants. Requis ou non, un document d'allure officielle transmis par une conseillère financière peut tromper une investisseuse ou un investisseur s'il contient de l'information fautive ou incomplète. Les appelantes ont donc tort de plaider, comme elles l'ont faite à l'audience, que les documents ne peuvent fonder une faute directe de Cabinet lorsque l'émetteur — les Caisses — n'est pas tenu de fournir de l'information aux investisseurs en vertu des lois applicables. Que ces documents soient nécessaires ou non aux fins de respecter les exigences législatives n'est pas déterminant; ce qui importe, c'est qu'ils ont été utilisés par les représentants et qu'ils sont, selon la requête, déficients. L'intimé allègue que Cabinet a manqué à ses obligations. L'utilisation par Cabinet des documents est une « certaine preuve » qui, si besoin est, vient donner encore plus de précisions aux allégations des manquements qui constitueraient, selon l'expression de la Cour d'appel, la « double faute » de Cabinet.

[79] Troisièmement, l'interrogatoire avant audition de M. Asselin constitue également un élément de preuve pertinent. Les auteurs Lluelles et Moore notent qu'en matière « [d]'inexécution d'une obligation de faire, comme l'absence de conseil ou d'information, la question du fardeau de la preuve est

a negative, which is inherently difficult to establish persuasively” (No. 2014, fn. 259). They add, however, that it can be proved simply by testimony: “the creditor of the obligation to inform or to provide advice would have to state under oath that he or she did *not receive* such information or advice, which would make it possible to establish that the debtor did *not give* the information or advice” (No. 2014, fn. 259 (emphasis in original)). Mr. Asselin’s credibility and the probative value of his assertions are matters to be assessed at the trial on the merits.

[80] Contrary to what the appellants argue, the fact that Mr. Asselin was “happy” with his dealings with his adviser, Ms. Blanchette, is of no importance here; what is important is that he trusted her and that, during their discussions, he was not properly informed of the risk affecting this kind of investment. This is confirmed by his examination. The respondent’s position is that all of the investors were in the same situation.

[81] In conclusion, the allegations not only exist and are sufficiently precise, but they are also supported by the evidence in the record. It should be noted that in Quebec, unlike in the rest of the country, an applicant is not required to “show that the claim has a ‘sufficient basis in fact’” (*Oratoire*, at para. 58, citing *Infineon*, at para. 128). In this case, requiring conclusive documentary evidence of a failure to provide information would not only ask too much at the authorization stage, but would also impose on Mr. Asselin a burden more onerous than the one he will have to face during the trial on the merits, since an omission can be proved by any means, including testimony and inference.

[82] Far from reading the motion in a cursory manner or treating the authorization stage as a mere formality, the Court of Appeal analyzed the motion closely and rigorously. The appellants have not shown that it made any error with regard to the arguable case against Firm.

plus délicate, car le manquement équivaut à un fait négatif, en soi difficile à établir de manière convaincante » (n° 2014, note 259). Or, ils ajoutent que cette preuve peut être faite par simple témoignage : « le créancier de l’obligation de renseignement ou de conseil devrait affirmer sous serment qu’il n’a *pas reçu* pareil renseignement ou conseil, ce qui permettrait d’établir que le débiteur n’a *pas donné* ce renseignement ou ce conseil » (n° 2014, note 259 (en italique dans l’original)). Évaluer la crédibilité de M. Asselin et la valeur probante de ses affirmations relève du procès sur le fond.

[80] Contrairement aux prétentions des appelantes, ce n’est pas le fait que M. Asselin soit « heureux » de ses rapports avec sa conseillère M^{me} Blanchette qui serait d’une quelconque importance ici, mais plutôt qu’il lui faisait confiance et qu’aux termes de leurs entretiens, il n’était pas correctement informé du risque affectant ce genre de placement. Son interrogatoire le confirme. La thèse de l’intimé est que tous les investisseurs se sont trouvés dans la même situation.

[81] En conclusion, non seulement les allégations sont présentes et suffisamment précises, mais elles sont également appuyées par la preuve au dossier. Rappelons qu’au Québec, la partie demanderesse n’est pas tenue, contrairement à ce qui est requis dans le reste du pays, de « démontre[r] que sa demande repose sur un “fondement factuel suffisant” » (*Oratoire*, par. 58, citant *Infineon*, par. 128). En l’espèce, exiger une preuve documentaire déterminante du défaut d’information serait non seulement excessif à l’étape de l’autorisation, mais ce serait également imposer à M. Asselin un fardeau plus onéreux que celui auquel il devra faire face lors du procès sur le fond, puisque l’omission peut se prouver par tous les moyens, y compris le témoignage et l’inférence.

[82] Loin de lire la requête en diagonale ou de traiter l’étape de l’autorisation comme une simple formalité, la Cour d’appel s’est livrée à une analyse serrée et rigoureuse de la requête. Les appelantes ne démontrent aucune erreur de sa part quant à la cause défendable à l’encontre de Cabinet.

B. *Article 1003(a) of the Former C.C.P.: Identical, Similar or Related Question of Law or Fact That Can Advance the Cause of Action Against Firm in a Not Insignificant Manner*

[83] Unlike the motion judge, the Court of Appeal correctly held that a generalized and systematic breach of the duty to inform raised common questions.

[84] It should be borne in mind that, at the authorization stage, the decisions of the Quebec courts and of this Court require “a flexible approach to the common interest that must exist among the group’s members” (*Vivendi*, at para. 54). As a result, “even where circumstances vary from one group member to another, a class action can be authorized if some of the questions are common” (*Vivendi*, at para. 58). It is clear from the decided cases that [TRANSLATION] “[t]he fact that the situations of all members of the group are not perfectly identical does not mean that the group does not exist or is not uniform” (*Infineon*, at para. 73, citing *Guilbert v. Vacances sans Frontières Ltée*, [1991] R.D.J. 513, at p. 517) and that, “[a]t the authorization stage, the threshold requirement for common questions is low” (para. 72).

[85] Although some jurisdictions require that the common questions *predominate*, in Quebec, a single common question is sufficient as long as it advances the litigation in a not insignificant manner. LeBel J. and Wagner J. (as he then was), writing for a unanimous Court, explained this clearly in *Vivendi* (see para. 58; see also *Oratoire*, at paras. 15, 18 and 20). I would also note that the *C.C.P.* requires not a common *answer*, but rather a common *question* (*Vivendi*, at para. 51).

[86] The question of whether Firm misinformed its representatives, with the result that there was a generalized and systematic failure to inform the investor clients, is, by definition, a question common to all members of the group. Answering this question would advance the litigation in a not insignificant manner. Given the nature of the allegations, there is even a strong possibility that the answer

B. *L’alinéa 1003a) de l’ancien C.p.c. : la question de droit ou de fait identique, similaire ou connexe pouvant faire avancer de façon non négligeable la cause d’action contre Cabinet.*

[83] Contrairement à la juge de première instance, la Cour d’appel a déterminé à bon droit qu’un manquement généralisé et systématique au devoir d’information soulevait des questions communes.

[84] Rappelons qu’à l’étape de l’autorisation, la jurisprudence québécoise et de la Cour commande « une conception souple de l’intérêt commun qui doit lier les membres du groupe » (*Vivendi*, par. 54). Ainsi, « même si les circonstances varient d’un membre du groupe à l’autre, le recours collectif pourra être autorisé si certaines questions sont communes » (*Vivendi*, par. 58). Il ressort clairement de la jurisprudence que « [l]e fait que tous les membres du groupe ne sont pas dans des situations parfaitement identiques, ne prive pas celui-ci de son existence ou de sa cohérence » (*Infineon*, par. 73, citant *Guilbert c. Vacances sans Frontières Ltée*, [1991] R.D.J. 513, p. 517) et que « [l]e seuil nécessaire pour établir l’existence des questions communes à l’étape de l’autorisation est peu élevé » (par. 72).

[85] Alors que certaines juridictions demandent que les questions communes soient *prédominantes*, au Québec, une seule question commune suffit, tant qu’elle fait progresser le litige de manière non négligeable. Les juges LeBel et Wagner (maintenant juge en chef) l’ont bien expliqué pour une Cour unanime dans l’arrêt *Vivendi* (voir par. 58; voir aussi *Oratoire*, par. 15, 18 et 20). Je me permets également de rappeler que le *C.p.c.* ne requiert pas une *réponse* commune, mais bien une *question commune* (*Vivendi*, par. 51).

[86] La question de savoir si Cabinet a mal informé ses représentants, menant ainsi à une omission généralisée et systématique d’informer les clients investisseurs est, par définition, une question commune à tous les membres du groupe. Y répondre ferait progresser le litige de façon non négligeable. Il y a même de fortes chances que la réponse à la question soit la même pour tous les membres, vu la nature des

to the question will be the same for all members, although it is not necessary to demonstrate this at this stage. Nor is it necessary at the authorization stage to demonstrate the systematic nature of Firm's breach. This question requires the same analysis and "is significant enough to affect the outcome of the class action" (*Infineon*, at para. 72).

[87] According to the decided cases, attempting to determine whether the common question predominates distracts us from the central issue at the authorization stage, which is whether the common question plays a not insignificant role in the outcome of the case (see *Vivendi*, at para. 60; *Oratoire*, at para. 20). A common question may advance the litigation even if many individual questions remain.

[88] I must therefore respectfully disagree with my colleague's statement that "[t]he individualized analysis required by the action precludes the possibility of proceeding on a collective basis" (para. 247). In my respectful view, this position could distort the law on class actions in Quebec. I reiterate that the conditions set out in the *C.C.P.* do not require that the common questions predominate. The fact that a number of individual questions remain does not mean that the common question plays an insignificant role in the action. Care must be taken not to make the same error that was made by the authorization judge in *Vivendi*, who was "mistaken in emphasizing the possibility that numerous individual questions would ultimately have to be analyzed" (para. 60). The fact that there are common questions in the proposed action becomes even clearer from the allegations once the following is understood:

- (a) the action is based on a breach of the duty to inform;
- (b) the duty to inform may be general in scope; and
- (c) a class action for such a breach based on the adviser-client relationship is not impossible.

allégations, bien qu'il ne soit pas nécessaire de le démontrer à ce stade. Une démonstration du caractère systématique du manquement de Cabinet n'est pas non plus nécessaire au stade de l'autorisation. Cette question exige la même analyse et « son importance [est] susceptible d'influencer le sort du recours collectif » (*Infineon*, par. 72).

[87] La jurisprudence nous enseigne que chercher à savoir si la question commune est prépondérante nous distrait de la question au cœur de l'étape de l'autorisation : celle de savoir si la question commune joue un rôle non négligeable dans l'issue du litige (voir *Vivendi*, par. 60; *Oratoire*, par. 20). Une question commune peut faire avancer le litige même si de nombreuses questions individuelles demeurent.

[88] Je dois donc respectueusement exprimer mon désaccord avec l'affirmation de ma collègue selon laquelle « [l']analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective » (par. 247). Cette position risque de dénaturer, à mon humble avis, l'état du droit du recours collectif au Québec. Je rappelle qu'aucune exigence de prédominance des questions communes n'existe dans les conditions énoncées au *C.p.c.* Le fait que plusieurs questions individuelles demeurent ne signifie pas pour autant que la question commune joue un rôle négligeable dans le recours. Il faut se garder de commettre la même erreur que le juge d'autorisation dans l'arrêt *Vivendi*, qui s'était « mépris lorsqu'il a insisté sur la possibilité que de nombreuses questions individuelles doivent éventuellement être analysées » (par. 60). La présence de questions communes dans le recours proposé apparaît d'autant plus clairement des allégations lorsqu'on comprend que :

- a) le recours se fonde sur un manquement au devoir d'information;
- b) le devoir d'information peut avoir une portée générale; et
- c) un recours collectif fondé sur la relation conseiller-client pour un tel manquement n'est pas impossible.

I propose to consider each of these three points in turn.

(1) The Action Is Based on a Breach of the Duty to Inform

[89] The appellants' arguments in this Court are focused on the following proposition: unless a direct fault by Firm or the systematic nature of the misrepresentations conveyed by its advisers is [TRANSLATION] "supported or demonstrated", as their counsel put it at the hearing, a class action cannot be authorized on the basis of the investor-adviser relationship, because that relationship involves too many individual issues. The appellants submit that the Court of Appeal, in authorizing the class action, disregarded unanimous case law to the effect that the claims made by the respondent and the other members necessarily vary with each investor's specific context and individual risk tolerance (in accordance with the "know your client" concept). They argue that a class action against a brokerage firm for a breach of the duty to provide advice is impossible in such circumstances.

[90] Once it is understood that the basis for the proposed action against Firm is a breach of the general duty to inform (and not the duty to provide advice), it becomes clear that there are common questions that meet the condition of art. 1003(a) of the former C.C.P. What is common to all the members is the generalized and systematic failure to disclose information concerning the risk associated with the investments. The appellants' arguments regarding the individualized duty to provide advice are therefore not relevant. Like the motion judge, the appellants are basing their reasoning on an incorrect understanding of the position taken in the motion.

[91] I come to this view for the following reasons.

[92] As discussed above, Mr. Asselin's proposed action is based on an alleged breach by Firm of its duty to inform. The motion is clear in this regard:

Regardons ces trois points tour à tour.

(1) Le recours se fonde sur un manquement au devoir d'information

[89] Les appelantes fondent l'essentiel de leur argumentation devant la Cour sur la proposition suivante : à défaut « d'étayer, de démontrer », pour reprendre l'expression de leur avocat à l'audience, une faute directe de la part de Cabinet ou le caractère systématique des fausses représentations transmises par ses conseillers, on ne peut autoriser un recours collectif fondé sur la relation entre investisseur et conseillère, celle-ci comportant trop d'enjeux individualisés. La Cour d'appel aurait, en autorisant le recours collectif, fait abstraction d'une jurisprudence unanime suivant laquelle les réclamations faites par l'intimé et les autres membres varient nécessairement en fonction du contexte propre à chaque investisseur et de sa tolérance individuelle au risque (selon le concept « *know your client* » (« bien connaître son client »)). Un recours collectif contre une maison de courtage pour manquement au devoir de conseil serait impossible dans de telles circonstances.

[90] Lorsqu'on comprend que le fondement du recours proposé contre Cabinet est un manquement au devoir général d'information (et non au devoir de conseil), la présence de questions communes satisfaisant à la condition de l'al. 1003(a) de l'ancien C.p.c. devient évidente. C'est l'omission généralisée et systématique de divulguer l'information sur le risque lié aux placements qui est commune à l'ensemble des membres. Les arguments invoqués par les appelantes sur le devoir de conseil particularisé ne sont donc pas pertinents. Comme la juge de première instance, les appelantes raisonnent à partir d'une lecture incorrecte de la thèse avancée dans la requête.

[91] Je m'explique.

[92] Comme nous l'avons vu plus haut, le recours proposé par M. Asselin se fonde sur un manquement allégué de Cabinet à son devoir d'information. La requête est limpide à cet égard :

[TRANSLATION]

Faults

Breaches of the duty to inform

107. The PP and ALT Investments were represented and described to the Group's members as being safe and intended for a risk-averse investor, as will be shown more fully at the hearing;

107.1 Moreover, the representatives of Desjardins Financial Services were not given sufficient instructions regarding the characteristics and risks of the PP and ALT Investments and were not therefore in a position to evaluate their advantages and disadvantages;

107.1.1 In this regard, the documents describing the PP and ALT Investments . . . gave no explanation, or a very incomplete explanation, of the leverage used to obtain the return on the PP and ALT Investments;

107.1.2 Those documents merely provided an incomplete description of the PP and ALT Investments and presented the advantages of these investments without describing the risks associated with the PP and ALT Investments;

107.2 The information provided by the representatives of Desjardins Financial Services to the Group's members was therefore necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading;

108. In reality, the amounts allocated to the return on the PP Investment and the ALT Investment were invested in hedge funds with a leverage ratio of five (5) to one (1), as can be seen from the article by Jean Gagnon entitled "Pourquoi certains produits à capital garanti de Desjardins ne rapporteront rien", Exhibit R-14;

108.1 What is more, the hedge funds in which those amounts were invested were themselves leveraged, which multiplied the risk of the PP and ALT Investments;

109. The use of these strategies resulted in a loss of one hundred percent (100%) of the assets of the PP and ALT Investments allocated to the return, whereas the hedge fund market had losses of only thirteen percent (13%) as of September 30, 2008;

Les fautes

Les manquements au devoir d'information

107. Les Placements PP et GA ont été présentés et décrits aux membres du Groupe comme sécuritaires et s'adressant à un investisseur ayant une faible tolérance au risque, tel qu'il sera démontré plus amplement lors de l'audition;

107.1 En outre, les représentants de Desjardins Services Financiers n'étaient pas suffisamment instruits quant aux caractéristiques et aux risques des Placements PP et GA et ne pouvaient donc pas juger de leurs avantages et de leurs inconvénients;

107.1.1 À cet effet, les documents décrivant les Placements PP et GA [. . .] n'expliquent pas, ou de manière très incomplète, l'effet de levier utilisé pour obtenir le rendement des Placements PP et GA;

107.1.2 Ces documents se contentent de décrire de manière incomplète les Placements PP et GA et étalent les avantages de ces placements sans décrire les risques liés aux Placements PP et GA;

107.2 Les informations transmises par les représentants de Desjardins Services Financiers aux membres du Groupe étaient donc nécessairement incorrectes ou insuffisantes, voire fausses, trompeuses ou susceptibles d'induire en erreur;

108. Dans les faits, les sommes affectées au rendement du Placement PP et du Placement GA ont été investies dans des fonds de couverture avec un effet de levier de cinq (5) pour un (1), tel qu'il appert de l'article de M. Jean Gagnon intitulé « Pourquoi certains produits à capital garanti de Desjardins ne rapporteront rien », pièce R-14;

108.1 Au surplus, les fonds de couverture dans lesquels étaient investies ces sommes utilisaient à leur tour un effet de levier, multipliant alors le risque des Placements PP et GA;

109. L'utilisation de ces stratégies s'est traduite par une perte de cent pour cent (100%) des actifs du Placement PP et du Placement GA affectés au rendement alors que le marché des fonds de couverture n'affichait que des pertes de treize pour cent (13%) au 30 septembre 2008;

110. At no time, however, did the respondent . . . Desjardins Financial Services disclose to the Group's members the risks associated with the liquidity issues and the financial leverage, despite the fact that it was aware or could not have been unaware of those risks;

...

115. The Group's members were not in a position and could not have known, even with all due diligence, that the respondent . . . Desjardins Asset Management was using significant leverage that might eliminate any possibility of obtaining a return at maturity and that in fact caused the loss, in the fall of 2008, of the portion of the original deposit allocated to the return;

116. Furthermore, the respondent . . . Desjardins Financial Services made false and misleading representations to the Group's members . . . regarding the correlation with the stock markets;

117. Contrary to what the respondent . . . Desjardins Financial Services claimed, the PP and ALT Investments were profoundly affected by stock market fluctuations;

118. The respondent . . . Desjardins Financial Services failed to provide adequate information to the Group's members and breached the informational obligations and duties it owes by law;

119. The faults of the respondent . . . Desjardins Financial Services concerning the obligations related to the disclosure of information occurred in a context in which the PP and ALT Investments were intended for a varied clientele including individuals with little knowledge of financial concepts; [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(A.R., vol. II, at pp. 147-49)

[93] The motion indicates that the group's members were systematically misinformed. By giving its representatives documents that were misleading and incomplete, Firm misinformed them and did not give them the means to adequately inform the group's members. The motion alleges that the information provided to the members was therefore necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading.

110. Toutefois, jamais l'intimée [. . .] Desjardins Services Financiers n'a dévoilé aux membres du Groupe les risques liés aux problèmes de liquidités et au levier financier, malgré le fait qu'elle connaissait ou ne pouvait ignorer ces risques;

...

115. Les membres du Groupe n'ont pas été en mesure et ne pouvaient pas savoir, même avec toute la diligence voulue, que l'intimée [. . .] Desjardins Gestion d'Actifs utilisait un effet de levier important susceptible d'anéantir toute possibilité d'obtenir un rendement à l'échéance et qui dans les faits a causé la ruine, à l'automne 2008, de la portion du dépôt initial affectée au rendement;

116. De plus, l'intimée [. . .] Desjardins Services Financiers a fait des représentations fausses et trompeuses aux membres du Groupe [. . .] relativement à la corrélation avec les marchés boursiers;

117. Contrairement aux prétentions de l'intimée [. . .] Desjardins Services Financiers, les Placements PP et GA, ont été lourdement affectés par la fluctuation des marchés boursiers;

118. L'intimée [. . .] Desjardins Services Financiers n'a pas informé adéquatement les membres du Groupe et a manqué à ses obligations et devoirs d'information prévus à la loi;

119. Les fautes de l'intimée [. . .] Desjardins Services Financiers concernant les obligations liées à la divulga-tion d'information s'inscrivent dans le contexte où les Placements PP et GA s'adressaient à une clientèle variée comprenant des personnes ayant une faible connaissance des notions financières; [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

(d.a., vol. II, p. 147-149)

[93] La requête fait état d'une désinformation systématique des membres du groupe. En fournissant à ses représentants des documents trompeurs et incomplets, Cabinet les désinforme et ne leur donne pas les moyens d'informer adéquatement les membres du groupe. La requête allègue que l'information transmise aux membres est donc nécessairement incorrecte ou insuffisante, voire fausse, trompeuse ou susceptible d'induire en erreur.

[94] The systematic nature of Firm’s breach is therefore clearly alleged. There is no question of reading something into the motion that is not there or of “reorienting” the respondent’s cause of action; it is enough to note, and to assume the truth of, Mr. Asselin’s allegation that Firm’s representatives were not given sufficient instructions regarding the products’ characteristics and, as a result, were unable in turn to inform the group’s members.

[95] It is also important to note that the information in question here was objective information that Firm never gave the representatives or the members concerning, among other things, the leverage used to obtain the return and the risky nature of the investments (paras. 107.1.1 and 107.2). Mr. Asselin is not alleging that certain representatives gave the members personalized and subjective advice that was not in keeping with their individual risk tolerance. He is alleging that information that was essential to all the members was never given to the representatives and therefore could not be passed on to the members.

[96] That being the case, Mr. Asselin identifies common questions relating, again, to Firm’s duty to inform. The common questions are specifically formulated by reference to the duty to inform, not the duty to provide advice:

[TRANSLATION]

A) Identical, Similar or Related Questions of Fact and Law That Link Each Member of the Group to the Respondents and That the Applicant Intends to Have Decided Through the Class Action

138. **Conformity of the financial product.** Did the PP and ALT Investments conform with the financial products that Desjardins Trust, Desjardins Financial Services and Desjardins Asset Management designed and/or offered to the Group’s members?
139. **Duty to inform.** Did Desjardins Trust and Desjardins Financial Services owe the members of the Registered Group, in the case of Desjardins Trust, and the members of the Principal Group, in the case of Desjardins Financial Services, a

[94] Le caractère systématique du manquement de Cabinet est donc clairement allégué. Il n’est pas question de lire dans la requête ce qui ne s’y trouve pas ou de « réorienter » la cause d’action de l’intimé; il suffit de constater et de tenir pour avérée l’allégation de M. Asselin que les représentants de Cabinet étaient insuffisamment instruits des caractéristiques des produits et ne pouvaient donc pas informer à leur tour les membres du groupe.

[95] Il importe également de constater qu’il est ici question d’information objective que Cabinet n’a jamais fournie aux représentants et aux membres, concernant notamment l’effet de levier utilisé pour obtenir le rendement et le caractère risqué des placements (par. 107.1.1 et 107.2). Monsieur Asselin n’allègue pas que certains représentants ont fourni aux membres des conseils personnalisés et subjectifs qui ne cadraient pas avec la tolérance aux risques de chacun. Il allègue que l’information essentielle à tous les membres n’a jamais été transmise aux représentants, et qu’elle n’a donc pas pu être communiquée aux membres.

[96] Cela étant, M. Asselin identifie des questions communes ayant trait, toujours, au devoir d’information de Cabinet. Les questions communes sont explicitement formulées en fonction du devoir d’information, et non du devoir de conseil :

A) Les questions de fait et de droit identiques, similaires ou connexes reliant chacun des membres du Groupe aux intimées et que le requérant entend faire trancher par le recours collectif

138. **La conformité du produit financier.** Les Placements PP et GA sont-ils conformes aux produits financiers que Fiducie Desjardins, Desjardins Services Financiers et Desjardins Gestion d’Actifs ont conçus et/ou offerts aux membres du Groupe?
139. **Le devoir d’information.** Fiducie Desjardins et Desjardins Services Financiers sont-elles tenues, en vertu de la *Loi sur l’assurance-dépôts*, de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, du *Code civil du Québec*, et/ou des règles et

duty under the *Deposit Insurance Act*, the *Act respecting the distribution of financial products and services*, the *Civil Code of Québec* and/or the applicable rules and/or practices to provide them with information with respect to the offering, design and management of the PP and ALT Investments?

140. If so, did Desjardins Trust and Desjardins Financial Services breach this duty by failing to clearly inform the members of the Registered Group, in the case of Desjardins Trust, and the members of the Principal Group, in the case of Desjardins Financial Services, that the PP and ALT Investments would include investment strategies that might eliminate, before maturity, any possibility of a return? [Emphasis deleted.]

(A.R., vol. II, at pp. 152-53)

[97] Despite being poorly worded at times, as the Court of Appeal noted, the motion is clear in identifying the breach of a duty to inform as the basis for Firm’s contractual liability. Nowhere in the motion is there any mention of a breach of an individualized duty to provide advice.

[98] It is therefore surprising that the appellants’ primary argument is that the *duty to provide advice* is too individualized to form the basis for a class action. It is true that a case based on the duty to provide advice and the responsibility to “be well informed” as to one’s client may be ill suited to a class action — but that is not the question. The position taken in the motion is not based on the individual liability of a financial adviser to a particular client, which would depend, on a case-by-case basis, on evidence of the client’s profile to establish whether the investment was in fact appropriate. As counsel for the respondent clearly explained before the Court of Appeal, [TRANSLATION] “[t]hat is not the basis for the action at all”:

The judge, in closing, the motion judge also said that a class action should not be authorized because, basically, what the applicants were asserting was the liability of an adviser to a client. It would be necessary to establish — as

ou usages applicables, à un devoir d’information à l’endroit des membres du Groupe Enregistré en ce qui concerne Fiducie Desjardins et des membres du Groupe Principal en ce qui concerne Desjardins Services Financiers en ce qui a trait à l’offre, la conception et à la gestion des Placements PP et GA?

140. Dans l’affirmative, Fiducie Desjardins et Desjardins Services Financiers sont-elles [*sic*] contrevenu à ce devoir en omettant d’informer clairement les membres du Groupe Enregistré en ce qui concerne Fiducie Desjardins et les membres du Groupe Principal en ce qui concerne Desjardins Services Financiers que les Placements PP et GA comprendraient des stratégies de placements susceptibles de réduire à néant, avant terme, toute possibilité de rendement? [Soulignement omis.]

(d.a., vol. II, p. 152-153)

[97] Malgré ses défauts rédactionnels notés par la Cour d’appel, la requête est limpide pour ce qui est d’identifier le manquement à un devoir d’information comme fondement de la responsabilité contractuelle de Cabinet. À aucun endroit dans la requête n’est-il question d’un manquement à un devoir de conseil particularisé.

[98] L’on peut alors s’étonner de l’argumentation des appelantes, qui plaident au premier chef que le *devoir de conseil* est trop particularisé pour fonder un recours collectif. Certes, un litige fondé sur le devoir de conseil et sur la responsabilité de « bien connaître » son client pourrait mal se prêter à un recours collectif — mais là n’est pas la question. La thèse de la requête n’est pas fondée sur la responsabilité individuelle d’une conseillère financière vis-à-vis de son client particulier qui dépendrait, au cas par cas, de la preuve du profil de chaque client pour savoir effectivement si le placement convenait ou non. « [Ce] n’est pas du tout la base du recours », explique clairement l’avocat de l’intimé devant la Cour d’appel :

La juge, en terminant la juge de première instance va aussi dire que il y a pas lieu de permettre une action collective parce que dans le fond ce qui était invoqué par les requérants c’est la responsabilité d’un conseiller vis-à-vis un

in the case of a management mandate between a client and a manager — it would be necessary to establish each client’s profile in order to determine whether in fact the product was appropriate for the client. It is absolutely not the case, it was never argued, we even told the Court — it mentions this in its judgment — that we were not pursuing a relationship based on the professional liability of a dealer or financial adviser to a client. That is not the basis for the action at all; the basis for the action, the principal and essential legal syllogism put forward for this action, is that a product was represented as having particular characteristics even though it did not have those characteristics and, as a result, a product was sold, misrepresentations were made, a product was sold as being safe, including the return portion, even though it was being managed in a highly speculative manner through leverage, the use of leverage, in this case a ratio of one to five (1:5), five (5) to one (1), and even in the case of the hedge funds, twenty (20) to one (1). [Emphasis added.]

(A.R., vol. XIII, at pp. 29-30)

[99] The basis for the action is the duty to inform: it is alleged that the information provided by Firm was systematically truncated, incomplete or misleading.

(2) The Duty to Inform May Be General in Scope

[100] I emphasize the appellants’ misunderstanding of the basis for the proposed action because the scope of the duty to inform and the scope of the duty to provide advice do not vary in the same way with each client’s specific context.

[101] The duty to provide advice owed by Firm’s representatives was indeed an individualized one, as the appellants contend and as my colleague notes as well. They rely on cases dealing with the individualization of the duty to provide advice, which I see no need to discuss, as that is not the basis for the action. Suffice it to say that the duty of financial advisers to provide advice requires [TRANSLATION] “consideration of the client’s particular situation, goals and expectations” and that it “therefore requires a subjective assessment in order to tailor the advice to

client, il va falloir établir, c’est comme dans le cadre d’un mandat de gestion client-gestionnaire, il va falloir établir le profil de chaque client pour savoir effectivement est-ce que le produit lui convenait ou pas. Ce n’est absolument pas le cas, on n’a jamais prétendu, on a même dit à la Cour, elle le mentionne dans son jugement, que nous n’intentions pas une relation fondée sur la responsabilité professionnelle d’un courtier ou d’un conseiller financier vis-à-vis un client. Ça n’est pas du tout la base du recours, la base du recours, le syllogisme juridique soutenu, essentiel, principal de ce recours-là c’est d’avoir représenté un produit comme comportant telle et telle caractéristique alors que le produit ne comportait pas ces caractéristiques-là, et conséquemment d’avoir vendu, ou effectué de fausses représentations, avoir vendu un produit comme étant sécuritaire, y compris sur la portion de rendement, alors qu’il était géré de manière extrêmement spéculative par l’effet de levier, l’utilisation de leviers, dans ce cas ici de un pour cinq (1/5), de cinq (5) pour un (1), et même dans le cas des fonds de couverture, de vingt (20) pour un (1). [Je souligne.]

(d.a., vol. XIII, p. 29-30)

[99] Le fondement du recours est le devoir d’information : l’information fournie par Cabinet est, allègue-t-on, systématiquement tronquée, incomplète, trompeuse.

(2) Le devoir d’information peut avoir une portée générale

[100] J’insiste sur la méprise des appelantes sur le fondement du recours proposé parce que l’étendue du devoir d’information et du devoir de conseil n’a pas la même variabilité eu égard au contexte propre de chaque client.

[101] Le devoir de conseil qui incombe aux représentants de Cabinet est bel et bien particularisé, comme l’affirment les appelantes et comme le souligne également ma collègue. Elles invoquent une jurisprudence traitant de la particularisation du devoir de conseil sur laquelle je ne juge pas utile de m’attarder, puisque celui-ci n’est pas le fondement du recours. Qu’il suffise de dire que le devoir de conseil qui incombe aux conseillers financiers requiert « la prise en compte de la situation particulière du client, de ses objectifs et de ses attentes » et qu’il

the client’s specific situation” (Crête and Duclos, at pp. 394-95 (footnotes omitted)).

[102] It was to this duty to provide advice that counsel for the appellants referred at the hearing in his recurring argument about the “know your client” concept, that is, the responsibility of a financial adviser to be well informed as to his or her client and to tailor advice to the client’s situation. The advice given to each client takes into account the client’s level of risk tolerance and particular financial situation. That is not the action before this Court, however. As my colleague notes, “one of the most important obligations of securities dealers and financial advisers is to know their clients” (para. 243). But this does not mean that such advisers are not also subject to other obligations, which could be more general, a proposition with which my colleague agrees (para. 242).

[103] In this case, as we have seen, Firm and its representatives also had a duty to inform that coexisted with the duty to provide advice (R. Crête and C. Duclos, “Le portrait des prestataires de services de placement”, in R. Crête et al., eds., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement* (2011), 45, at p. 65).

[104] This duty to inform is, in many respects, less individualized and therefore more likely to give rise to common questions than the duty to provide advice. The duty to provide advice [TRANSLATION] “is subjective in nature and requires a great deal of skill as well as knowledge of the other contracting party’s needs” (Lluelles and Moore, at No. 2002). The duty to inform, on the other hand, “is quite easy to fulfil, as it simply involves transferring, during the course of the contract, information that is important to the other contracting party” (No. 2002). Unlike the duty to provide advice, which depends on each client’s idiosyncrasies, the duty to inform is therefore “above all largely dependent on the status of the parties” (No. 2006 (footnote omitted)).

« nécessite donc une appréciation subjective afin d’adapter les conseils à la situation spécifique du client » (Crête et Duclos, p. 394-395 (notes en bas de page omises)).

[102] C’est à ce devoir de conseil que renvoie l’argument récurrent du procureur des appelantes à l’audience sur le concept exprimé en anglais comme étant « *know your client* », soit la responsabilité de la conseillère financière de bien connaître son client et d’adapter ses conseils à la situation de ce dernier. Le conseil offert à chaque client prend en compte son niveau de tolérance aux risques et sa situation financière particulière. Or, ce n’est pas le recours dont la Cour est saisi. Comme le note ma collègue, « l’une des obligations les plus importantes incombant aux courtiers en valeurs mobilières et aux conseillers financiers est celle de connaître son client » (par. 243). Toutefois, cela n’empêche en rien que ces conseillers soient également tributaires d’autres obligations qui, elles, pourraient être plus générales, comme en convient ma collègue (par. 242).

[103] En l’occurrence, comme nous l’avons vu, Cabinet et ses représentants sont également débitrices d’un devoir d’information qui coexiste avec le devoir de conseil (R. Crête et C. Duclos, « Le portrait des prestataires de services de placement », dans R. Crête et autres, dir., *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement* (2011), 45, p. 65).

[104] Ce devoir d’information est, à bien des égards, moins particularisé et par ce fait même plus susceptible que le devoir de conseil de donner lieu à des questions communes. Le devoir de conseil « est de type subjectif et demande beaucoup de dextérité et une connaissance des besoins du cocontractant » (Lluelles et Moore, n° 2002). Le devoir d’information, à l’inverse, « est assez aisé de réalisation, puisqu’il consiste simplement à transférer, en cours de contrat, une information importante pour l’autre contractant » (n° 2002). Contrairement au devoir de conseil, qui dépend des idiosyncrasies de chaque client, le devoir d’information est donc « surtout largement tributaire de la qualification des parties » (n° 2006 (note en bas de page omise)).

[105] Here, the alleged fault is a breach of a *general* obligation to inform that affected *each* member, not a breach of an individualized obligation to properly advise a client. What Mr. Asselin alleges is that Firm and its representatives systematically failed to provide essential and *objective* information regarding the characteristics of the investments. It is therefore clear that the alleged breach of Firm’s duty to inform is necessarily a common question, regardless of each client’s specific characteristics.

[106] But what about the fact that the scope of the duty to inform varies with the context? As we have seen, the scope of the duty depends on “[1] knowledge of the information, whether actual or presumed, by the party which owes the obligation to inform; [2] the fact that the information in question is of decisive importance; [3] the fact that it is impossible for the party to whom the duty to inform is owed to inform itself, or that the creditor is legitimately relying on the debtor of the obligation”. The scope of the duty to inform is therefore assessed in light of the needs and knowledge of the creditor of the duty. This does not mean that there cannot be circumstances in which all of the creditors were deprived of information as a result of a systematic omission. Mr. Asselin is specifically alleging the existence of such circumstances, in which an [TRANSLATION] “informational imbalance” (Jobin and Vézina, at No. 313) and Firm’s control of the information are common to all the members.

[107] In scholarly commentary, it is noted that the scope of the creditor’s duty to inform itself depends on whether it is possible for the creditor [TRANSLATION] “to know or have access to the information” (Jobin and Vézina, at No. 314; see also, e.g., S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2nd ed. 2016), at para. 327). As Professor Fabre-Magnan observes, the same limit is found in French law where [TRANSLATION] “the creditor legitimately has no knowledge of the information” (Fabre-Magnan (1992), at Nos. 254 et seq.; see also J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, at

[105] Ici, la faute alléguée est un manquement à une obligation d’information *générale* qui affecte *chaque* membre, et non un manquement à l’obligation particularisée de bien conseiller son client. Ce que reproche M. Asselin à Cabinet et à ses représentants, c’est d’avoir systématiquement omis de transmettre de l’information essentielle et *objective* sur les caractéristiques des placements. On comprend alors que le manquement allégué au devoir d’information de Cabinet est nécessairement une question commune, indépendamment des particularités de chaque client.

[106] Qu’en est-il cependant de la variabilité de l’étendue du devoir d’information en fonction du contexte? Comme nous l’avons vu, l’étendue dépend de « [1] la connaissance, réelle ou présumée, de l’information par la partie débitrice de l’obligation de renseignement; [2] la nature déterminante de l’information en question; [3] l’impossibilité du créancier de l’obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur ». L’étendue de ce devoir s’apprécie donc en fonction des besoins et des connaissances de la partie créancière. Cela n’exclut aucunement que des circonstances puissent exister où tous les créanciers ont été privés d’information en raison d’une omission systématique. Monsieur Asselin allègue précisément l’existence de telles circonstances, où le « déséquilibre informationnel » (Jobin et Vézina, n° 313) et le contrôle de l’information par Cabinet sont communs à tous les membres.

[107] La doctrine souligne que la portée du devoir de la partie créancière de s’informer dépend de la possibilité qu’elle a « de connaître l’information ou d’y avoir accès » (Jobin et Vézina, n° 314; voir aussi, p. ex., S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2^e éd. 2016), par. 327). Cette même limite est relevée en droit français, comme le note la professeure Fabre-Magnan, en cas d’« ignorance légitime de l’information par le créancier » (Fabre-Magnan (1992), n^{os} 254 et suiv.; voir aussi J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, n° 998). Il est vrai que cette ignorance ou

No. 998). It is true that this lack of knowledge or impossibility, even in the context of the obligation to inform, can be assessed concretely in light of the individual capabilities of the person who claims to be owed the information. However, the case for a class action here is based on the idea that all of the investors were in this situation of impossibility because of the breaches committed by Firm in disseminating information about the risks to its own mandataries and employees.

[108] Indeed, as alleged in the motion, the group's members could not have known the information that Firm had about how the investments worked, "even with all due diligence". Accordingly, the fact that the duty to inform does not extend to what the creditor already knows or is presumed to know has no impact on Mr. Asselin's position. In any event, if Firm wishes to show that, despite its silence, some clients already knew or should have known the characteristics of the investments, this goes to the defence that this appellant can raise at the trial on the merits. At this stage of the proceedings, the alleged facts must be assumed to be true, and Mr. Asselin is clearly alleging that it was impossible for clients to find out the relevant information so that they could know the characteristics of the investments. The questions raised with respect to Firm's alleged breach are therefore common to all the clients, regardless of their level of financial education.

[109] Moreover, the appellants' argument that expertise and risk tolerance are specific to each client is immaterial given that Mr. Asselin is alleging a general failure to disclose information that was owed *to all members* and was of decisive importance *to all members*. This was what counsel for Mr. Asselin explained before the Court of Appeal:

[TRANSLATION] So it is simply the equivalent of saying, here are a hundred (100) people or a thousand (1,000) people who ordered a car, I don't know, a Buick, and received a scooter. So there is no need to look at why the people wanted, the applicants or the members wanted a car, what

impossibilité, même dans le cadre de l'obligation d'information, peut s'apprécier *in concreto*, en tenant compte des capacités personnelles de celui ou de celle qui prétend être le créancier de l'information. Toutefois, la thèse du recours collectif en l'espèce est fondée sur l'idée que tous les investisseurs se trouvent dans cette situation d'impossibilité en raison des manquements de Cabinet dans la dissémination d'information au sujet des risques à ses propres mandataires et employés.

[108] En effet, comme l'allègue la requête, les membres du groupe ne pouvaient pas connaître l'information que possédait Cabinet sur le fonctionnement des placements, « même avec toute la diligence voulue ». Ainsi, le fait que le devoir d'information ne s'étende pas à ce que la partie créancière sait déjà ou est censée savoir est sans conséquence pour la thèse de M. Asselin. À tout événement, si Cabinet veut démontrer que, malgré son silence, certains clients connaissaient déjà ou auraient dû connaître les caractéristiques des placements, cela relève de la défense que cette appelante pourra avancer au procès sur le fond. À ce stade-ci des procédures, les faits allégués doivent être tenus pour avérés, et M Asselin allègue clairement l'impossibilité, pour les clients, de connaître l'information pertinente afin de connaître les caractéristiques des placements. Ainsi, les questions soulevées en rapport avec le manquement allégué de Cabinet sont communes à tous les clients, indépendamment de leur niveau d'éducation financière.

[109] De plus, l'argument des appelantes selon lequel l'expertise et la tolérance aux risques sont spécifiques à chaque client est sans conséquence dans la mesure où M. Asselin allègue un manquement général de divulguer une information qui était due *à tous les membres* et déterminante *pour tous les membres*. C'est ce qu'explique l'avocat de M. Asselin devant la Cour d'appel :

Alors c'est tout simplement l'équivalent de dire, voici cent (100) personnes, ou mille (1 000) personnes qui ont commandé une voiture de marque, je sais pas moi, Buick, et qui ont reçu une trottinette. Alors on n'a pas besoin d'aller voir pourquoi les gens voulaient, les requérants

they were going to do with the car, whether it was really a car that was suitable for them; there's no need to do that.

(A.R., vol. XIII, at pp. 30-31)

[110] I note that my colleague is critical of the motion for not alleging “that a systematic fault was committed by Firm’s representatives, which, in [her] opinion, is essential for a common question to be found to exist” (para. 256). As we have seen, however, para. 107.2 of the motion states that “[t]he information provided by the representatives of Desjardins Financial Services to the Group’s members was . . . necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading”. This, in my respectful view, is an adequate allegation of fault on the part of the representatives.

[111] I will also say, since the appellants reproach Mr. Asselin for not offering any concrete criticisms of his financial adviser at the time, that it is not a question of pointing the finger at a financial adviser who is alleged to have been particularly incompetent. On the contrary, the argument is that by failing to properly train its representatives, Firm doomed all of them to commit the same fault.

[112] It is therefore not the Court of Appeal that rewrote the respondent’s motion by divining a fault committed by the financial advisers, including Ms. Blanchette. In my view, it is rather the appellants that are reorienting the cause of action by regarding the action as being based on the poor individualized advice allegedly given by Ms. Blanchette. Indeed, this misreading of the motion is what grounds their argument that the respondent has not made any specific allegations or raised any common questions. In my opinion, the respondent’s action is based, as I have already said, on a generalized and systematic failure by Firm to provide information. Firm is alleged to have breached its duty to all members of the group by failing to provide representatives and clients with essential and objective information about the products being recommended.

ou les membres voulaient une voiture, qu’est-ce qu’ils allaient faire avec cette voiture-là, est-ce que c’était bien une voiture qui leur convenait, nul besoin de faire ça.

(d.a., vol. XIII, p. 30-31)

[110] Je rappelle que ma collègue reproche à la requête de n’alléguer « aucune faute systématique commise par les représentants de Cabinet, laquelle est essentielle selon [elle] pour conclure à l’existence d’une question commune » (par. 256). Pourtant, comme nous l’avons vu, le par. 107.2 de la requête indique que « [l]es informations transmises par les représentants de Desjardins Services Financiers aux membres du Groupe étaient [. . .] nécessairement incorrectes ou insuffisantes, voire fausses, trompeuses ou susceptibles d’induire en erreur ». Voilà, à mon humble avis, une allégation adéquate de la faute des représentants.

[111] Je précise également, parce que les appelantes reprochent à M. Asselin l’absence de critiques concrètes envers sa conseillère financière de l’époque, qu’il n’est pas question de pointer du doigt une conseillère financière qui serait particulièrement incompétente. Au contraire, en omettant de bien former ses représentants, Cabinet les aurait tous condamnés à commettre la même faute.

[112] Ce n’est donc pas la Cour d’appel qui aurait réécrit la requête de l’intimé en devinant une faute des conseillers financiers, dont M^{me} Blanchette. À mon avis, ce sont plutôt les appelantes qui réorientent la cause d’action lorsqu’elles y voient une action fondée sur les mauvais conseils particularisés qu’aurait fournis M^{me} Blanchette. C’est d’ailleurs cette lecture erronée de la requête qui leur permet de reprocher à l’intimé une absence tant d’allégations précises que de questions communes. À mon sens, l’action de l’intimé se fonde, comme je l’ai déjà noté, sur un défaut d’information généralisé et systématique par Cabinet qui, en omettant de transmettre aux représentants et aux clients de l’information essentielle et objective sur les produits conseillés, aurait manqué à son devoir envers tous les membres du groupe.

[113] With respect, I therefore cannot agree with my colleague that Firm’s alleged breach here requires too individualized an analysis to be the subject of a class action. The alleged faults do not depend on the identity of either the client or the adviser.

(3) A Class Action for a Breach of the Duty to Inform Based on the Adviser-Client Relationship Is Not Impossible

[114] At the hearing, in answer to a question by one of my colleagues, the appellants tried to persuade this Court that a class action against a brokerage firm for breaches by its representatives is *impossible*.

[115] I disagree with the appellants’ argument that this type of case is never well suited to a class action. In light of the social function of the class action, it would be highly imprudent for this Court to declare, as the appellants would like, that any class action of this kind against a brokerage firm is impossible or that an action based on a representative’s alleged fault is necessarily an individual action.

[116] This Court has clearly explained, in decisions that are consistent on this point, that the twin goals of access to justice and victim compensation will be achieved by interpreting the authorization conditions broadly (see *Oratoire*, at para. 8; *Marcotte*, at para. 43; *Infineon*, at para. 60). The categorical interpretation proposed by the appellants would, in a context like the one here, deprive the class action of part of its role of helping people who, for economic and other reasons, face barriers in asserting their rights (*Oratoire*, at para. 8; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at paras. 24 and 27; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 16). This concern is particularly relevant in actions based on financial investments, since the fact that the amounts in issue are modest when considered individually often means that “traditional litigation provides no economically feasible way to recover the investors’

[113] En tout respect, je ne peux donc pas souscrire à l’avis de ma collègue que le manquement reproché à Cabinet requiert ici une analyse trop individualisée pour faire l’objet d’un recours collectif. Les fautes alléguées ne dépendent ici ni de l’identité du client, ni de l’identité de la conseillère.

(3) Un recours collectif fondé sur la relation conseillère-client pour un manquement au devoir d’information n’est pas impossible

[114] À l’audience, en réponse à une question d’une de mes collègues, les appelantes ont tenté de convaincre notre Cour qu’un recours collectif contre une maison de courtage pour les manquements de ses représentants serait *impossible*.

[115] Je m’inscris en faux contre la prétention des appelantes que ce genre de recours ne se prête jamais à un recours collectif. Il serait hautement imprudent pour notre Cour, compte tenu de la fonction sociale du recours collectif, de déclarer, comme le souhaitent les appelantes, que tout recours collectif de ce genre contre une firme de courtage est impossible ou qu’un recours fondé sur une allégation de faute d’une représentante est forcément individuel.

[116] La Cour a bien expliqué, dans une jurisprudence qui ne fléchit pas sur ce point, que c’est par une interprétation large des conditions d’autorisation que le double objectif d’accès à la justice et d’indemnisation des victimes sera réalisé (voir *Oratoire*, par. 8; *Marcotte*, par. 43; *Infineon*, par. 60). L’interprétation catégorique que proposent les appelantes priverait, dans un contexte comme le nôtre, le recours collectif d’une partie de sa vocation de venir en aide aux personnes qui, pour des raisons économiques et autres, font face à des obstacles pour faire valoir leurs droits (*Oratoire*, par. 8; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 24 et 27; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 16). Cette préoccupation est particulièrement pertinente pour des recours fondés sur les investissements financiers où, souvent, le caractère modique des sommes en jeu mesurées individuellement fait en sorte que « l’action en justice classique

claimed losses” (*Fischer*, at para. 57; see *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 28).

[117] Furthermore, the appellants’ description of the case law — they contend that the need for such an action to proceed on an individual basis has been accepted unanimously by the courts, [TRANSLATION] “not just in Quebec, [but] throughout Canada” (transcript, at pp. 7 and 22) — does not support the conclusion they suggest to us.

[118] The appellants cite cases on class actions that, with a few exceptions, are common law cases or were decided before *Vivendi* and *Infineon*. The appellants refer, for example, to *Fisher v. Richardson GMP Ltd.*, 2019 ABQB 450, 95 Alta. L.R. (6th) 172, in which the application judge held in part that the proposed class proceeding was not the “preferable procedure” based on one of the criteria in the Alberta statute, a criterion that differs from the ones applicable in Quebec (para. 132). It should be borne in mind that, in *Vivendi*, this Court noted that common law decisions cannot “necessarily be imported without adaptation into Quebec civil procedure” (para. 48).

[119] The appellants cite only one Quebec judgment rendered after *Vivendi* in which the judge declined to authorize a class action, namely *Louisméus v. Compagnie d’assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614. It certainly was not held in that case that a class action is never possible in circumstances such as these, since Hamilton J., as he then was, made a point of stating that the application before him was not based on [TRANSLATION] “failure to provide information” (para. 38 (CanLII)). His comments on this subject were therefore, at best, *obiter*. In fact, he remained cautious, writing that the sufficiency of the information provided by a brokerage firm pursuant to its obligation to inform its clientele as a whole might be a common issue in a potential class action, but that this was not the

n’offre pas aux investisseurs un moyen viable sur le plan financier de récupérer leurs pertes » (*Fischer*, par. 57; voir *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 28).

[117] Plus encore, le portrait de la jurisprudence offert par les appelantes — elles plaident que la nécessité qu’un tel recours procède individuellement repose sur une jurisprudence unanime, « pas juste au Québec, [mais] partout au Canada » (transcription, p. 7 et 22) — n’étaye pas la conclusion qu’elles nous soumettent.

[118] Les appelantes citent une jurisprudence en matière de recours collectif qui, sauf exception, concerne des jugements de common law ou rendus avant les arrêts *Vivendi* et *Infineon*. Elles réfèrent par exemple au jugement *Fisher c. Richardson GMP Ltd.*, 2019 ABQB 450, 95 Alta. L.R. (6th) 172, où la juge aux requêtes a statué, notamment, que le recours collectif proposé n’était pas le « meilleur moyen » selon un des critères de la loi albertaine, critère qui se démarque de ceux qui s’appliquent au Québec (par. 132). Rappelons que, dans l’arrêt *Vivendi*, notre Cour a souligné que les décisions de common law ne sont pas « nécessairement importables sans adaptation dans la procédure civile québécoise » (par. 48).

[119] Les appelantes ne citent qu’un jugement québécois refusant l’exercice d’un recours collectif après l’arrêt *Vivendi*, soit *Louisméus c. Compagnie d’assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614. Celui-ci ne conclut certainement pas qu’un recours collectif n’est jamais possible dans des circonstances comme les nôtres, puisque le juge Hamilton, alors de la Cour supérieure, prend soin de préciser qu’il n’est pas saisi d’une demande fondée sur le « défaut d’information » (par. 38 (CanLII)). Ses commentaires à ce sujet relèvent donc, au mieux, d’un *obiter*. Le juge demeure d’ailleurs prudent et écrit que la suffisance des communications à l’égard de l’obligation d’information à l’échelle de l’ensemble de la clientèle par une maison de courtage pourrait faire l’objet

specific position taken by the applicant in the case before him. In other words, Hamilton J., far from closing the door to any class action, stated instead that common issues *may* exist in the case of a failure to provide information:

[TRANSLATION] The claim based on failure to provide information or a defect of consent is more problematic as a class action.

It is based on the understanding that Ms. Louisméus and Mr. Gauthier had when she purchased the policy in 1993 and additional capital in 2000.

It is difficult to see any common issues shared with the other members of the class. What understanding an insured person or an adviser has is an individual issue, not a common one. Whether Aetna provided sufficient information might be a common issue, but in this case Mr. Gauthier appears to concede that the information in Aetna's bulletins was sufficient, and the question is rather whether the representatives received that information. It is necessary to consider the information that each adviser received, what each adviser understood and told his or her clients, what the client understood and what was important to the client in making a decision.

The Court does not think that a claim of this kind (if it had been pleaded, which is not the case) involves a common issue that is sufficiently important to justify a class action. [Emphasis added; footnote omitted; paras. 91-94.]

[120] The judgment cited by the appellants therefore supports the proposition that is the opposite of theirs: a class action based on a brokerage firm's liability for the conduct of its representatives is possible, though such actions would be quite rare, as long as the issue is whether the information provided by the brokerage firm (here, Firm) to its representatives and to the group's members was insufficient, with the result that a general duty to inform was breached.

[121] With respect, it seems to me that the other judgments cited by the appellants and by my

d'une question commune dans le cadre d'un éventuel recours collectif, mais que ceci ne correspond pas à la thèse particularisée de la requérante dans le dossier dont il a été saisi. En d'autres mots, le juge Hamilton, loin de fermer la porte à tout recours collectif, affirme plutôt qu'il *peut* y avoir des questions communes en cas de défaut d'information :

Le recours fondé sur le défaut d'information ou le vice de consentement est plus problématique comme action collective.

Il est fondé sur la compréhension de M^{me} Louisméus et de Gauthier lorsqu'elle a souscrit la police en 1993 et l'augmentation du capital en 2000.

Il est difficile d'y voir des questions communes avec les autres membres du groupe. La compréhension de l'assuré ou de son conseiller est une question individuelle et non commune. La suffisance de la communication des informations par Aetna pourrait être une question commune mais dans le présent dossier Gauthier semble admettre que les informations dans les bulletins d'Aetna étaient suffisantes et la question est plutôt de savoir si les représentants les ont reçus. Il faut analyser les informations que chaque conseiller a reçues, ce que chaque conseiller comprenait, ce qu'il a communiqué à ses clients, ce que le client comprenait et ce qui était important pour le client dans sa prise de décision.

Le Tribunal ne croit pas qu'un recours de cette nature (si elle avait été plaidée, ce qui n'est pas le cas) comporte une question commune suffisamment importante pour justifier une action collective. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 91-94.]

[120] Par conséquent, le jugement cité par les appelantes étaye la proposition inverse de la leur : un recours collectif pour la responsabilité d'une maison de courtage pour le fait de ses représentants est possible, même s'il serait plutôt rare, pour autant qu'il soit question de la non-suffisance de l'information communiquée par la firme (ici, Cabinet) à ses représentants et aux membres du groupe, menant à un manquement à un devoir général d'information.

[121] Avec égards, il me semble que les autres jugements cités par les appelantes et par ma collègue

colleague also miss the mark. My colleague relies in part on *Brunelle v. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605. In that case, the court noted that the legal syllogism was untenable as regards the duty to provide advice because the bank did not owe its customers such a duty, which arose [TRANSLATION] “only in exceptional circumstances” (para. 82 (CanLII)). In the case at bar, however, it is clear — and undisputed — that each financial adviser had a duty to provide advice and a duty to inform. In the judgment cited, the duty to provide advice, which existed in *exceptional circumstances*, could not be dealt with collectively. Here, the duty to provide advice and the duty to inform existed for all members. While I agree with my colleague that Mr. Asselin’s action concerns the duty to inform, I am, however, of the view that the analogy with a judgment concerning the exceptional nature of the duty to provide advice is of no assistance to the appellants.

[122] I also see three important reasons to distinguish *Paré v. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566, from the instant case. First, in *Paré*, the information provided to the members was sufficient [TRANSLATION] “for the borrower to clearly understand the process” involved (para. 56 (CanLII)), which is not the case here. Second, that decision was based on *Dutton*, which established that “with regard to the common issues, success for one class member must mean success for all” (*Dutton*, at para. 40, cited in *Paré*, at para. 35). But in *Vivendi*, this Court noted that “the common success requirement identified in *Dutton* must not be applied inflexibly” (para. 45) and that “[c]aution must be exercised when applying the principles from *Dutton* and *Rumley* to the rules of Quebec civil procedure relating to class actions” (para. 48). Third, the applicant in *Paré* had “not alleged or made out a *prima facie* case that a majority or at least a significant number of participants did not understand the explanations in the Participant’s Guide or did not receive the necessary information from their adviser” (*Paré*, at para. 64). As we know, Mr. Asselin is alleging here that all the members were deprived of relevant information and that Firm committed a systematic fault. *Paré* is therefore of no

ratent également la cible. Ma collègue s’appuie notamment sur le jugement *Brunelle c. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605. Le tribunal y constate que le syllogisme juridique ne tient pas au niveau du devoir de conseil parce que la banque n’a pas de devoir de conseil envers ses clients, ce devoir ne s’imposant « que dans des circonstances exceptionnelles » (par. 82 (CanLII)). Or, dans l’affaire qui nous occupe, il est évident — et non contesté — que chaque conseiller financier est tenu à un devoir de conseil et à un devoir d’information. Dans le jugement cité, le devoir de conseil, présent *dans des circonstances exceptionnelles*, ne pouvait pas être examiné collectivement. Ici, le devoir de conseil et le devoir d’information sont présents pour tous les membres. Étant d’accord avec ma collègue que le recours de M. Asselin porte sur le devoir d’information, j’estime par contre que l’analogie avec un jugement portant sur le caractère exceptionnel du devoir de conseil n’est d’aucun secours aux appelantes.

[122] Je vois aussi trois raisons importantes de distinguer le jugement *Paré c. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566, du cas en l’espèce. Premièrement, dans cette affaire, l’information fournie aux membres était suffisante « pour que l’emprunteur comprenne très bien le processus » en cause (par. 56 (CanLII)), ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Deuxièmement, cette décision se fonde sur l’arrêt *Dutton*, qui établit qu’« en ce qui concerne les questions communes, le succès d’un membre du groupe signifie nécessairement le succès de tous » (*Dutton*, par. 40, cité dans *Paré*, par. 35). Or, dans l’arrêt *Vivendi*, notre Cour a rappelé que « le critère du succès commun dégagé dans *Dutton* ne doit pas être appliqué rigidement » (par. 45) et que « [l]a prudence s’impose dans l’application des principes énoncés dans les arrêts *Dutton* et *Rumley* à la procédure civile québécoise en matière de recours collectifs » (par. 48). Troisièmement, la requérante dans l’affaire *Paré* n’avait « aucunement allégué ou présenté une preuve *prima facie* que la majorité, ou du moins un nombre important d’adhérents, n’a pas compris les explications contenues au Guide de l’adhérent ou n’a pas reçu les informations nécessaires de la part de leur conseiller » (*Paré*, par. 64). On le sait,

assistance to Firm in trying to persuade this Court that the proposed class action is impossible.

[123] *Farber v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096 (Sup. Ct.), which is also cited by the appellants and by my colleague, raises similar concerns. It is a 10-paragraph decision in which the applicant made two contradictory arguments (para. 3) and the court did not believe his assertion that he had misunderstood the documents provided by the insurance company (para. 4). Moreover, the decision predates this Court's decisions in *Vivendi* and *Infineon*, and states that the common questions condition requires "that the recourses be identical, similar or related" (para. 3).

[124] In short, it is true that some authorization judges have occasionally expressed reservations about class actions based on representations made by a large number of employees. To conclude from this that a class action is impossible in the circumstances, or that the decided cases are consistent and unanimous, is a step that I am not prepared to take. This would disregard not only the flexibility mandated by the role of class actions in fostering social justice, but also any decisions to the contrary rendered by courts in Quebec and Canada, including decisions stating that causation can be proven by presumption despite differences among the members (*Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. v. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446, at para. 98 (CanLII); *Chandler v. Volkswagen Aktiengesellschaft*, 2018 QCCS 2270, at paras. 66 and 98 (CanLII)). For example, in *Manuvie*, in which one of the allegations was that there had been a failure to disclose the risks associated with variable annuity portfolios, the authorization judge stated the following:

[TRANSLATION] It may be presumed as well that the impact of each of these misrepresentations on Manulife's security

M. Asselin allègue ici que tous les membres ont été privés d'information pertinente, et que Cabinet a commis une faute systématique. Le jugement *Paré* n'est donc d'aucune utilité pour Cabinet qui cherche à convaincre la Cour que le recours collectif en cause est impossible.

[123] Le jugement *Farber c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096 (C.S.), également cité par les appelantes et par ma collègue, se prête à des réserves similaires. Il s'agit d'une décision de 10 paragraphes où le requérant avançait deux arguments contradictoires (par. 3) et où la cour n'a pas cru son affirmation qu'il avait mal compris les documents fournis par la compagnie d'assurance (par. 4). De plus, la décision est antérieure aux arrêts de notre Cour dans *Vivendi* et *Infineon* et exprime la condition des questions communes comme exigeant [TRADUCTION] « que les recours soient identiques, similaires ou connexes » (par. 3).

[124] En bref, il est vrai que certains juges d'autorisation ont à l'occasion exprimé des réserves quant à des recours collectifs fondés sur des représentations faites par un grand nombre d'employées et d'employés. De là à dire qu'un recours collectif est impossible dans les circonstances, ou que la jurisprudence est constante et unanime, il y a un pas que je ne suis pas prêt à faire. Ce serait faire fi non seulement de la souplesse qui s'impose en raison de la fonction de justice sociale des recours collectifs, mais aussi de toute décision contraire rendue par des tribunaux québécois et canadiens, notamment des décisions qui rappellent que la causalité peut être prouvée par présomption malgré des différences entre les membres (*Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446, par. 98 (CanLII); *Chandler c. Volkswagen Aktiengesellschaft*, 2018 QCCS 2270, par. 66 et 98 (CanLII)). À titre d'exemple, dans le jugement *Manuvie*, où on alléguait notamment l'omission de divulguer les risques associés à des portefeuilles de rente à capital variable, la juge d'autorisation s'exprime ainsi :

Il est à présumer aussi que l'impact de chacune de ces fausses représentations sur le cours de titres de Manuvie

prices may not have been identical and that, depending on the economic context and on their own skill and expertise, the investors may have assessed the available information in different ways. This does not mean the Court can say that there are no common or related questions of law or fact here that can advance the litigation. [Emphasis added; para. 103.]

[125] In addition, the case before this Court is very similar to *Dupuis v. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2015 QCCS 5828 (in which authorization to institute a class action was granted). As in the instant case, when the action was considered from the perspective of the failure by the company selling the investments to disclose relevant information, common questions were identified despite the specific characteristics of each member of the group (see paras. 47-53 (CanLII)). In fact, the authorization judge, in his decision (at para. 91), identified common questions that are virtually identical to the ones proposed by Mr. Asselin in this case.

[126] I therefore see no reason to accede to the appellants' request that any class action against a brokerage firm for the conduct of its representatives be declared impossible despite the fact that it was Firm's systematic failure to provide information to its representatives that gave rise to their faults. With respect, it also seems to me that, although my colleague states that she is not "concluding that a claim for a financial adviser's breach of the duty to inform can never be the subject of a class action" (para. 256), this would indeed be the consequence of her reasons. It is alleged here that *all* of the representatives *systematically* failed to provide information to the group's members because they did not have that information themselves. If this argument is not sufficient to find that the appeal raises a common question, I have difficulty imagining what allegation could be sufficient.

[127] To close the door to the proposed class action in such a categorical fashion would undermine the role of the class action as a procedural mechanism for fostering social justice in this setting.

puisse ne pas être identique et que tout dépendant du contexte économique et de la qualité et l'expertise des investisseurs, ceux-ci auront pu avoir une appréciation différente des informations disponibles. Cela ne permet pas pour autant au Tribunal d'affirmer qu'il n'y a pas ici des questions de droit ou de faits communes ou connexes propres à faire avancer le débat judiciaire. [Je souligne; par. 103.]

[125] De plus, l'affaire dont la Cour est saisie présente de grandes similarités avec celle dans le jugement *Dupuis c. Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie*, 2015 QCCS 5828 (où l'autorisation d'exercer un recours collectif a été accordée). Comme en l'espèce, envisager le recours sous l'angle du manquement, par la compagnie qui vend les placements, de divulguer l'information pertinente y révèle les questions communes malgré les particularités de chaque membre du groupe (voir les par. 47-53 (CanLII)). Le juge d'autorisation identifie d'ailleurs, aux termes de son jugement (par. 91), des questions communes virtuellement identiques à celles proposées par M. Asselin en l'espèce.

[126] Je ne vois donc aucune raison d'accéder à la demande des appelantes de déclarer impossible tout recours collectif contre une firme de courtage pour les faits de ses représentants, alors même que c'est de l'omission systématique de Cabinet d'informer ses représentants que découlent les fautes de ces derniers. Avec égards, il me semble également que, bien que ma collègue dise ne pas « conclure qu'une réclamation pour un manquement au devoir d'information commis par un conseiller financier ne puisse jamais faire l'objet d'un recours collectif » (par. 256), ce serait bien la conséquence de ses motifs. Nous avons en l'espèce des allégations selon lesquels *tous* les représentants ont *systématiquement* omis d'informer les membres du groupe parce qu'ils ne possédaient pas eux-mêmes l'information. Si cette prétention est insuffisante pour conclure que le pourvoi soulève une question commune, je peine à imaginer quelle allégation saurait suffire.

[127] Fermer la porte au recours collectif proposé de façon aussi catégorique fragiliserait la vocation du recours collectif comme mécanisme procédural de justice sociale dans ce contexte.

(4) Conclusion Concerning the Condition of Article 1003(a) of the Former C.C.P.

[128] The proposed class action against Firm concerns, as we have seen, a contractual breach of its duty to inform that grounds both its direct liability, for its failure to provide information to its representatives, and its indirect liability, for the incomplete information provided by the representatives to the group's members. In both cases, the alleged omissions are systematic in nature. They do not depend on each client's individual characteristics.

[129] The systematic nature of these omissions in both cases makes it possible to identify common questions in the proposed action against Firm under art. 1003(a) of the former C.C.P. The following common questions were correctly identified by the Court of Appeal (para. 8):

[TRANSLATION]

1. **Conformity of the financial product.** Did the PP and ALT Investments conform with the financial products that [Firm] and [Management] designed and/or offered to the group's members?
2. **Duty to inform.** Did [Firm] owe the group's members a duty under the *Deposit Insurance Act*, the *Act respecting the distribution of financial products and services*, the *Civil Code of Québec*, any other statute and/or the applicable rules and/or practices to provide them with information with respect to the nature, characteristics, offering and management of the PP and ALT Investments?
3. If so, did [Firm] breach this duty by failing to clearly inform the group's members that the PP and ALT Investments would include investment strategies that might eliminate, before maturity, any possibility of a return?

[130] In my respectful view, the motion judge's reasons show that she considered the common questions condition from the perspective of an action based on the duty to provide individualized advice tailored to each client's risk tolerance, even though

(4) Conclusion quant à la condition de l'al. 1003a) de l'ancien C.p.c.

[128] Le recours collectif sollicité contre Cabinet vise, comme nous l'avons vu, un manquement contractuel à son devoir d'information fondant sa responsabilité tant directe — pour avoir omis d'informer ses représentants — qu'indirecte — pour l'information tronquée que les représentants ont transmise aux membres du groupe. Dans les deux cas, les omissions alléguées ont un caractère systématique. Elles ne dépendent pas des caractéristiques individuelles de chaque client.

[129] Le caractère systématique de ces omissions, de part et d'autre, permet l'identification de questions communes à l'égard du recours proposé contre Cabinet au sens de l'al. 1003a) de l'ancien C.p.c. Ces questions communes sont relevées par la Cour d'appel (par. 8), qui ne commet aucune erreur :

1. **La conformité du produit financier.** Les Placements PP et GA sont-ils conformes aux produits financiers que [Cabinet] et [Gestion] ont conçus et/ou offerts aux membres du groupe?
2. **Le devoir d'information.** [Cabinet] est-[il] ten[u], en vertu de la *Loi sur l'assurance-dépôts*, de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, du *Code civil du Québec*, de toute autre loi et/ou des règles et/ou usages applicables, à un devoir d'information à l'endroit des membres du groupe en ce qui a trait à la nature, aux caractéristiques, à l'offre et à la gestion des Placements PP et GA?
3. Dans l'affirmative, [Cabinet] a-t-[il] contrevenu à ce devoir en omettant d'informer clairement les membres du groupe que les Placements PP et GA comprendraient des stratégies de placements susceptibles de réduire à néant, avant terme, toute possibilité de rendement?

[130] Je suis respectueusement d'avis qu'il ressort des motifs de la juge de première instance qu'elle a évalué la condition des questions communes sous l'angle d'un recours fondé sur le devoir de fournir des conseils individualisés adaptés à la tolérance aux

that was not the basis for Mr. Asselin’s action (paras. 208-9).

[131] In addition to this error of reading the motion from the perspective of an individualized duty to provide advice, the manner in which the motion judge noted the absence of a common question suggests that she also went beyond the standard that applies at this stage of the proceedings:

[TRANSLATION] This is because, unless there is valid evidence demonstrating the systematic distribution of a document containing representations that all of the clients necessarily read before purchasing various investments and that inevitably influenced their choice of investment, the essence of such a relationship is based more on a very personal assessment of each client’s investor profile and goals, which involves discussions that vary from one client to the next, even if the same representative serves multiple clients and may do so in a similar manner. [Emphasis added; para. 210.]

[132] With great respect, it seems to me that the respondent is correct to say that the authorization judge — by looking at whether the documents contained representations, and not omissions, that were necessarily known and that inevitably had an impact on everyone — imposed a burden of demonstration that went beyond showing an arguable case. The systematic conduct that the judge reproached Mr. Asselin for not having “demonstrated” is *alleged* throughout the motion, which is more than sufficient. In my respectful opinion, my colleague makes the same error when she states that Firm’s alleged fault requires an analysis that is too individual “unless it is shown that the breach occurred systematically” (para. 247).

[133] The motion may be unwieldy at times, and its coherence no doubt suffered by reason of the multiples amendments made to it. In my view, however, the basis for this liability giving rise to common questions is adequately alleged. In these circumstances, the Court of Appeal was justified in intervening, and the common questions condition is met for the proposed action against Firm.

risques de chaque client, alors que ce n’était pas le fondement du recours de M. Asselin (par. 208-209).

[131] Outre cette méprise de lire la requête sous l’angle du devoir de conseil individualisé, la façon dont la juge de première instance constate l’absence de question commune laisse bien croire qu’elle a aussi dépassé la norme applicable à ce stade-ci des procédures :

En effet, à moins de bénéficier d’un élément de preuve valable démontrant le caractère systémique de la distribution d’un document contenant des représentations dont tous auraient nécessairement pris connaissance avant de souscrire différents placements et qui les auraient inévitablement influencés dans leur choix d’investissement, le propre d’une telle relation repose davantage sur une évaluation bien personnelle du profil d’investisseur et des objectifs recherchés par chacun, qui se caractérise par des échanges variant de l’un à l’autre, même si un même représentant sert plusieurs clients et qu’il peut le faire de manière similaire. [Je souligne; par. 210.]

[132] Il me semble, très respectueusement, que l’intimé a raison de dire que la juge d’autorisation — cherchant dans les documents des représentations, et non des omissions, nécessairement connues et ayant inévitablement un impact sur tous — impose un fardeau de démonstration qui dépasse celui de la cause défendable. Le caractère systématique que la juge reproche à M. Asselin de ne pas « démontrer » est *allégué* tout au long de la requête, ce qui suffit amplement. Avec égards, j’estime que ma collègue, en affirmant que la faute reprochée à Cabinet requiert une analyse trop individuelle « en l’absence d’une démonstration de son caractère systématique » (par. 247), commet la même erreur.

[133] La requête est, peut-être, peu commode par endroit, et sa cohérence a, sans doute, souffert des multiples amendements qu’elle a subis. Toutefois, j’estime que le fondement de cette responsabilité donnant lieu aux questions communes est adéquatement allégué. Dans ces circonstances, la Cour d’appel était justifiée d’intervenir, et la condition des questions communes est satisfaite à l’égard du recours proposé contre Cabinet.

IV. Management

[134] In this Court, the appellants make several concessions with regard to Management’s situation. They reiterate that the authorization judge erred with respect to the condition set out in art. 1003(a) of the former *C.C.P.* As the Court of Appeal noted, [TRANSLATION] “the judgment completely overlooks the portion of the action that concerns [Management]” (para. 147). Yet this portion of the action undoubtedly raises common questions, as the appellants acknowledge. They also concede, as they did before the Court of Appeal, that it can be argued that Management is liable as the designer of the investments, contrary to what the motion judge found.

[135] The appellants raise two main grounds of appeal in order to prevent, in whole or in part, the authorization of the class action against Management.

A. *Circularity of the Reasoning*

[136] The first ground of appeal has to do with whether the case against Management is an arguable one. According to the appellants, the syllogism proposed by the respondent is circular in nature and untenable. They submit that there is nothing to suggest that the absence of a return was due to the risky strategies used by Management; this allegation, in the context of the 2008 financial crisis, is mere speculation and cannot suffice for the purposes of art. 1003 of the former *C.C.P.*

[137] This argument is without merit.

[138] Contrary to what the appellants contend, Mr. Asselin is not merely saying that Management’s practices were risky because the investments did not generate a return; he is making concrete allegations against Management. The motion speaks for itself in this regard:

[TRANSLATION]

108. In reality, the amounts allocated to the return on the PP Investment and the ALT Investment were invested in hedge funds with a leverage ratio of

IV. Gestion

[134] Devant notre Cour, les appelantes font plusieurs concessions au regard de la situation de Gestion. Elles réitèrent que la juge d’autorisation a erré au regard de la condition énoncée à l’al. 1003a) de l’ancien *C.p.c.* Comme le note la Cour d’appel, « le jugement occulte complètement la portion de l’action visant [Gestion] » (par. 147). Or, celle-ci soulève indubitablement des questions communes, tel qu’admis par les appelantes. Elles admettent également, comme elles l’ont fait devant la Cour d’appel, que la responsabilité de Gestion peut, contrairement aux conclusions de la première juge, être recherchée en tant que concepteur des placements.

[135] Deux principaux moyens d’appel sont soulevés par les appelantes en vue de faire échec, en tout ou en partie, à l’autorisation du recours collectif demandée contre Gestion.

A. *La circularité du raisonnement*

[136] Le premier moyen d’appel porte sur le caractère défendable de la cause menée contre Gestion. Selon les appelantes, le syllogisme proposé par l’intimé aurait un caractère circulaire et insoutenable. D’après elles, rien ne laisse supposer que l’absence de rendement soit due aux stratégies risquées de Gestion; cette allégation, dans le contexte de la crise financière de 2008, n’est que de la spéculation et ne peut suffire aux fins de l’art. 1003 de l’ancien *C.p.c.*

[137] Cet argument est sans mérite.

[138] Contrairement aux prétentions des appelantes, M. Asselin ne se contente pas de dire que les pratiques de Gestion étaient risquées parce que les placements n’ont pas généré de rendement : il forme des reproches concrets à l’égard de Gestion. La requête parle d’elle-même à cet égard :

108. Dans les faits, les sommes affectées au rendement du Placement PP et du Placement GA ont été investies dans des fonds de couverture avec un effet

- five (5) to one (1), as can be seen from the article by Jean Gagnon entitled “Pourquoi certains produits à capital garanti de Desjardins ne rapporteront rien”, Exhibit R-14;
- 108.1 What is more, the hedge funds in which those amounts were invested were themselves leveraged, which multiplied the risk of the PP and ALT Investments;
- ...
123. Furthermore, a significant portion of the money market investments in the PP Investment and the ALT Investment consisted of Asset-backed Commercial Paper (“ABCP”);
124. As of August 2007, however, ABCP became a risky and illiquid asset that could no longer play the role ascribed to it in the PP and ALT Investments, as can be seen from, among other things, the Desjardins Group’s annual reports for 2007 (pp. 25-27 and 113-15), 2008 (pp. 34-40 and 133-37), 2009 (pp. 170-74) and 2010 (pp. 142-46), Exhibit R-17, jointly, as well as the Desjardins Group’s quarterly reports from September 2007 to September 2008, Exhibit R-13, jointly;
125. Despite the foregoing, the respondents not only retained ABCP in the PP Investment and the ALT Investment after August 2007, but also made new issues of those Investments until September 2008, as can be seen from, among other things, reports R-17 and R-13;
126. This management decision, which was injurious to the Group’s members, stands in contrast to the fact that, during the same period, the respondents replaced the ABCP held by their institutional clients with secure, liquid deposit notes, as can be seen from, among other things, reports R-17 and R-13;
- ...
128. The respondents Desjardins Trust and Desjardins Asset Management ceased in the fall of 2008 to manage the amounts that had been entrusted to them for the purpose of obtaining a return at maturity for the Group’s members; [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 151.]
- de levier de cinq (5) pour un (1), tel qu’il appert de l’article de M. Jean Gagnon intitulé « Pourquoi certains produits à capital garanti de Desjardins ne rapporteront rien », pièce R-14;
- 108.1 Au surplus, les fonds de couverture dans lesquels étaient investies ces sommes utilisaient à leur tour un effet de levier, multipliant alors le risque des Placements PP et GA;
- ...
123. De plus, une part importante des investissements en marché monétaire au sein du Placement PP et du Placement GA était composée de Papiers commerciaux adossés à des actifs (« PCAA »);
124. Or, à compter du mois d’août 2007, les PCAA sont devenus des actifs risqués et illiquides qui ne pouvaient plus remplir le rôle qu’on leur prêtait au sein des Placements PP et GA, tel qu’il appert notamment des Rapports annuels de 2007 (p. 25 à 27 et 113 à 115), de 2008 (p. 34 à 40 et p. 133 à 137), de 2009 (p. 170 à 174) et de 2010 (p. 142 à 146) du Mouvement Desjardins, pièce R-17, en liasse, ainsi que des rapports trimestriels du Mouvement Desjardins de septembre 2007 à septembre 2008, pièce R-13, en liasse;
125. Malgré ce qui précède, les intimées ont non seulement conservé après août 2007 des PCAA au sein du Placement PP et du Placement GA, mais ont procédé à de nouvelles émissions de ces Placements jusqu’en septembre 2008, tel qu’il appert notamment des rapports R-17 et R-13;
126. Cette décision de gestion préjudiciable aux membres du Groupe contraste avec le fait que durant la même période, les intimées ont procédé à la substitution des PCAA détenus par leurs clients institutionnels par des billets de dépôts sécuritaires et liquides, tel qu’il appert notamment des rapports R-17 et R-13;
- ...
128. Les intimées Fiducie Desjardins et Desjardins Gestion d’Actifs ont cessé à l’automne 2008 de gérer les sommes qui leur étaient confiées afin d’obtenir un rendement à l’échéance pour le compte des membres du Groupe [Je souligne; soulignement dans l’original omis; p. 151.]

Like the Court of Appeal and my colleague, I am of the opinion that these allegations are sufficiently precise.

[139] It seems to me that, through their argument that the allegations are circular, the appellants are attempting to revive the defence, which was accepted by the motion judge but rejected on appeal, that the real cause of the respondent's loss was the 2008 financial crisis, not Management's incompetence.

[140] The issue of what impact the financial crisis had on the causal link between Management's alleged extracontractual faults and the loss for which the respondent is seeking compensation is one that goes to the merits of the case. The Court of Appeal, properly relying on *London Life Insurance Company v. Long*, 2016 QCCA 1434, at paras. 104 and 108 (CanLII), emphasized that the difficult issue — disputed in this case — of how the crisis may have affected the return on an investment could not be decided at the authorization stage without encroaching on the role of the trial judge (see, e.g., *Oratoire*, at para. 41). There is no reviewable error in that conclusion.

B. *Release With Respect to ABCP*

[141] The second ground of appeal concerns Management's alleged faults in relation to ABCP, for which Mr. Asselin is claiming punitive damages.

[142] The respondent argues that the appellant Management interfered unlawfully and intentionally with his right to the peaceful possession of his property, thereby justifying a claim for punitive damages pursuant to ss. 6 and 49 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12. The motion for authorization alleges, at para. 123, that “a significant portion of the money market investments in the PP Investment and the ALT Investment consisted of Asset-backed Commercial Paper (‘ABCP’). The following is stated at para. 126.1:

[TRANSLATION] Since the respondents knew that the ABCP market was precarious and illiquid, their decision

Comme la Cour d'appel et ma collègue, je suis d'avis que ces allégations sont suffisamment précises.

[139] Il me semble qu'avec leur argument sur la circularité des allégations, les appelantes cherchent à faire revivre le moyen de défense, accepté par la première juge mais rejeté en appel, que la véritable cause du préjudice de l'intimé est la crise financière de 2008 et non l'incompétence de Gestion.

[140] La question de l'impact de la crise financière sur le lien causal entre les prétendues fautes extracontractuelles de Gestion et le préjudice pour lequel l'intimé demande compensation relève du fond du litige. S'appuyant à bon droit sur l'arrêt *London Life Insurance Company c. Long*, 2016 QCCA 1434, par. 104 et 108 (CanLII), la Cour d'appel met en évidence que la question difficile, et ici contestée, de savoir comment cette crise a pu influencer le rendement d'un investissement ne pouvait être tranchée, au stade de l'autorisation, sans empiéter sur la fonction de la juge du procès (voir, p. ex., *Oratoire*, par. 41). Cette conclusion est exempte d'erreur révisable.

B. *La quittance pour les PCAA*

[141] Le deuxième moyen d'appel porte sur les fautes reprochées à Gestion en lien avec les PCAA, pour lesquelles M. Asselin réclame des dommages-intérêts punitifs.

[142] L'intimé reproche à l'appelante Gestion d'avoir porté atteinte, de manière illicite et intentionnelle, à son droit à la possession paisible de ses biens, justifiant ainsi une demande pour dommages-intérêts punitifs en application des art. 6 et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12. La requête pour autorisation allègue, à son par. 123, qu'« une part importante des investissements en marché monétaire au sein du Placement PP et du Placement GA était composée de Papiers commerciaux adossés à des actifs (‘PCAA’) ». Au paragraphe 126.1, on peut lire :

Sachant que le marché des PCAA était précaire et illiquide, la décision des intimées de continuer à émettre le

to continue issuing the PP Investment and the ALT Investment after August 2007 and to retain ABCP in the PP and ALT Investments issued before August 2007 had the effect of imposing on the Group's members a loss that the respondents Desjardins Trust (with regard to the members of the Registered Group only) and Desjardin Asset Management would otherwise have had to assume personally, which amounts to unlawful and intentional interference with the right of the Group's members to the peaceful enjoyment and free disposition of their property, and which justifies an award of punitive damages;

(A.R., vol. II, at p. 150)

[143] The appellants submit that this aspect of the claim is not arguable and that the Court of Appeal made an overriding error in setting aside the motion judge's decision on this point. According to the appellants, any claim relating to ABCP has been extinguished as a result of the Sanction Order made as part of the restructuring of the ABCP market carried out under the CCAA (see *ATB Financial Inc. v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269 (Ont. S.C.), decision accompanying the Sanction Order, June 5, 2008, and the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement, January 12, 2009, aff'd 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513). In light of the release and injunction included in the Sanction Order, the aspect of the respondent's cause of action that is based on ABCP is not arguable under art. 1003(b) of the former *C.C.P.*

[144] The appellants allege that the Court of Appeal made a number of errors in allowing the respondent's claim for punitive damages to proceed on the merits. First, they argue that it erred in insisting that the Sanction Order be formally introduced in evidence, disregarding the rule that, under the CCAA, such an order is automatically enforceable. In addition, the Court of Appeal allegedly erred in declining to find that the cause of action relating to ABCP had been extinguished because the release sanctioned by the Order in favour of all participants in the Canadian

Placement PP et le Placement GA après août 2007 et de conserver des PCAA au sein des Placements PP et GA émis avant août 2007 a eu pour effet de faire assumer aux membres du Groupe une perte que les intimées Fiducie Desjardins (en ce qui concerne les membres du Groupe Enregistré seulement) et Desjardins Gestion d'Actifs auraient autrement dû assumer personnellement, ce qui constitue une atteinte illicite et intentionnelle au droit des membres du Groupe à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs biens, et justifie l'octroi de dommages-intérêts punitifs;

(d.a., vol. II, p. 150)

[143] Les appelantes soutiennent que ce volet de la réclamation n'est pas défendable et que la Cour d'appel a commis une erreur déterminante en infirmant la décision de la première juge à cet égard. Pour les appelantes, toute réclamation relative aux PCAA est éteinte par l'effet de l'Ordonnance d'homologation rendue dans le cadre de la réorganisation du marché des PCAA entreprise en application de la LACC (voir *ATB Financial c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269 (C.S. Ont.), décision accompagnant la « *Sanction Order* » (« Ordonnance d'homologation »), 5 juin 2008, et le « *Third Amended Plan of Compromise and Arrangement* » (« Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement »), 12 janvier 2009, conf. par 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513). À la lumière de la quittance et de l'injonction contenues à l'Ordonnance d'homologation, le volet de la cause d'action de l'intimé fondé sur les PCAA n'est pas défendable en vertu de l'al. 1003b) de l'ancien *C.p.c.*

[144] Les appelantes taxent la Cour d'appel d'avoir commis plusieurs erreurs en permettant que la demande de l'intimé ayant trait aux dommages-intérêts punitifs procède au fond. Elle aurait erré d'abord en exigeant que l'Ordonnance d'homologation soit formellement administrée en preuve, faisant fi de la règle qui veut qu'en application de la LACC, une telle Ordonnance est susceptible d'exécution de plein droit. De plus, la Cour d'appel se serait méprise en refusant de constater que la cause d'action liée aux PCAA est éteinte puisque la quittance homologuée

ABCP market was a full release. If there was any doubt as to the interpretation of the Order, the matter had to be referred to the Ontario Superior Court of Justice, which, according to the appellants, has exclusive jurisdiction over any question concerning the interpretation of the release and injunction reproduced in the Order. Finally, the appellants argue, the Court of Appeal erred in refusing to segment the claim in order to separate the elements relating to ABCP from those relating to the other aspects of the cause of action.

[145] The respondent defends the Court of Appeal's decision to leave the issues relating to the application of the release for the trial on the merits. First, he notes that the claim for compensatory damages is not based on the members' holding of ABCP and that the only claim possibly based on ABCP is the one for punitive damages. Moreover, at this stage of the proceedings and given the state of the record, it would be premature to conclude, without evidence concerning the exact nature of the investments at issue, that the claim for punitive damages should be denied on the basis of the release and injunction included in the Sanction Order. The respondent points out that the appellants adduced no evidence from which the authorization judge could determine whether the ABCP to which the investments at issue may have been exposed was Affected ABCP covered by the Order or was subject to "Unaffected Claims" excluded from the Order. Clearly, he says, evidence is necessary in order to understand this, which means that there is no pure question of law that can be decided at the authorization stage. He relies on *Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie v. Dupuis*, 2018 QCCA 1136, particularly paras. 16 and 18 (CanLII), where the Court of Appeal, faced with a similar problem, held that it would be premature to deny a claim for punitive damages. In *Dupuis* (C.A.), as here, no connection could be established between the proposed class action and the ABCP market because, without evidence, it was unclear whether the ABCP was of the type covered by the Sanction Order.

par l'ordonnance en faveur de tous les participants du marché canadien des PCAA serait complète. En cas de doute sur l'interprétation de cette Ordonnance, il fallait renvoyer le dossier à la Cour supérieure de justice de l'Ontario qui a, disent les appelantes, la compétence exclusive sur toute question d'interprétation de la quittance et de l'injonction reprises dans l'Ordonnance. Enfin, plaident les appelantes, la Cour d'appel aurait erré en refusant de segmenter la demande en vue de séparer ce qui se rapporte aux PCAA de ce qui se rapporte aux autres aspects de la cause d'action.

[145] L'intimé défend la décision de la Cour d'appel de renvoyer les enjeux relatifs à l'application de la quittance au procès sur le fond. Il rappelle d'abord que la demande de dommages-intérêts compensatoires n'est pas fondée sur la détention des PCAA par les membres et que la seule réclamation possiblement fondée sur les PCAA est la demande visant les dommages-intérêts punitifs. De plus, à ce stade-ci des procédures et vu l'état du dossier, il serait prématuré, en l'absence de preuve quant à la nature exacte des investissements visés, de conclure que la réclamation pour dommages-intérêts punitifs devrait être écartée en raison de la quittance et de l'injonction contenues à l'Ordonnance d'homologation. L'intimé souligne que les appelantes n'ont offert aucune preuve permettant à la juge d'autorisation de déterminer si les PCAA auxquels les placements litigieux avaient pu être exposés étaient des PCAA visés par l'Ordonnance, ou des « *Unaffected Claims* » (« Réclamations non visées ») qui en sont exclus. Manifestement, une preuve est nécessaire pour y voir clair, dit-il, et il n'y a donc pas une pure question de droit qui puisse être tranchée au stade de l'autorisation. Il s'appuie sur l'arrêt *Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance-vie c. Dupuis*, 2018 QCCA 1136, notamment aux par. 16 et 18 (CanLII), dans lequel la Cour d'appel, devant un problème similaire, a décidé qu'il était prématuré de rejeter une demande de dommages-intérêts punitifs. Dans *Dupuis* (C.A.), comme dans notre affaire, on ne peut établir un lien entre le recours collectif proposé et le marché des PCAA puisque sans preuve, on ne sait pas si les PCAA sont du type visé par l'Ordonnance d'homologation.

[146] How is this matter to be decided?

[147] To begin with, it should be noted that both parties have qualified the arguments they made in the courts below, which, in my view, helps to clarify the debate.

[148] First, the parties agree that this aspect of the litigation relates only to the claim for punitive damages; the motion for authorization brought against Management with respect to compensatory damages can therefore proceed, subject, of course, to the other conditions set out in art. 1003 of the former *C.C.P.*

[149] In addition, the respondent acknowledges that the release on which the appellants rely is in effect and enforceable in Quebec (transcript, at p. 76). His counsel stated at the hearing that [TRANSLATION] “there is no dispute that the release is fully applicable, but it is impossible at this time to know what its scope might be” (p. 81). Counsel conceded that his client’s claim pertains only to Unaffected Claims as defined in the release (pp. 78-82).

[150] It can be understood from his position that the respondent is waiving any claim for punitive damages for Affected ABCP and limiting himself to the ABCP not covered by the release. In light of this clarification of what is being claimed for the purposes of the class action, the Affected ABCP can, it seems to me, be excluded at once, even though a defence that involves the weighing of evidence should ordinarily be dealt with at trial: *Oratoire*, at paras. 41-42. It is therefore unnecessary to discuss the conditions for pursuing an “Excepted Claim”, which, according to the plan of arrangement, is a claim for the prejudice suffered “as a direct result of purchasing specific Affected ABCP” (Third Amended Plan of Compromise and Arrangement, art. 10.4(c); Sanction Order, art. 20(c) (emphasis added)).

[151] Technically speaking, the exclusion of Affected ABCP is not a segmentation of the cause of action but rather a clarification of its contours based

[146] Qu’en est-il?

[147] On notera, dans un premier temps, que les deux parties ont apporté des nuances à leurs arguments avancés devant les instances inférieures qui permettent, à mon avis, de préciser le débat.

[148] D’abord, les parties s’entendent pour dire que ce volet du litige ne porte que sur la demande de dommages-intérêts punitifs; la requête pour autorisation à l’encontre de Gestion ayant trait aux dommages-intérêts compensatoires peut donc procéder, sous réserve, bien entendu, des autres conditions énumérées à l’art. 1003 de l’ancien *C.p.c.*

[149] Ensuite, l’intimé reconnaît que la quittance invoquée par les appelantes est en vigueur et exécutoire au Québec (transcription, p. 76). Son avocat affirme à l’audience : « . . . on ne conteste nullement que la quittance s’applique pleinement, mais on n’est pas en mesure de savoir quelle pourrait être son étendue en ce moment » (p. 81). Il concède que la réclamation de son client n’a pour objet que les Réclamations non visées au sens que la quittance donne à ce terme (p. 78-82).

[150] On comprend de sa position que l’intimé renonce à réclamer des dommages-intérêts punitifs pour les PCAA visés, s’en tenant à des PCAA qui ne sont pas visés par la quittance. Compte tenu de cette précision sur ce qui est demandé aux fins du recours collectif, les PCAA visés peuvent, me semble-t-il, être exclus dès maintenant, même si, d’ordinaire, un moyen de défense qui comporte l’évaluation d’une preuve devrait être tranché au procès : *Oratoire*, par. 41-42. Il n’est donc pas nécessaire de se prononcer sur les conditions d’application des « *Excepted Claims* » (« Réclamations exclues ») qui, selon le plan d’arrangement, visent le préjudice subi [TRANSLATION] « directement par suite de l’achat de PCAA visés particuliers » (Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement, art. 10.4(c); Ordonnance d’homologation, art. 20(c) (je souligne)).

[151] L’exclusion des PCAA visés n’est pas, techniquement parlant, la segmentation de la cause d’action mais plutôt la précision de ses contours,

on the statements made by the respondent himself. This appears to me to be an appropriate solution to which the appellants do not formally object, given the position taken by their counsel at the hearing:

[TRANSLATION] If my friends are arguing that their action is not based on ABCP or that the claim . . . has to do with management as such and not with ABCP, let this be confirmed in a judgment, let it be stated that the claim cannot include damages sought in relation to ABCP, because, in every respect, when you read the release, there is nothing that could have been done with regard to ABCP that would allow an action to continue.

(transcript, at p. 52)

[152] The motion judge found that [TRANSLATION] “the claim based on ABCP is, on its face, barred” (para. 187). To make that finding, she relied in particular on the Sanction Order made by Campbell J. and cited certain provisions of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement. However, she did not refer to the distinction between Affected ABCP and Unaffected Claims as dealt with in the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement.

[153] The Court of Appeal intervened after taking note of the respondent’s argument that this issue went to the merits of the case, and also because of its own view that the argument made by the appellants required evidence (para. 138). I agree on these two points and, with respect, I am of the opinion that the motion judge could not decide whether the claim was barred at the authorization stage.

[154] It is true, as I have noted, that a court “*may . . . decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so*” (*Oratoire*, at para. 55 (emphasis in original)). But the question of whether the ABCP concerned is part of the Affected ABCP covered by the release and listed in its Schedule “A” is not a pure question of law. Deciding it would require, at a minimum, a list of the ABCP included in the investments at issue. I therefore disagree with my colleague’s interpretation, which is that

établis à partir des dires de la partie intimée elle-même. Cela me semble être une solution opportune à laquelle les appelantes ne s’opposent pas formellement, vu la position prise par leur avocat à l’audience :

Si mes amis prétendent que leur recours n’est pas fondé sur le PCAA ou que la réclamation relativement à [. . .] la gestion comme telle et non au PCAA, qu’on le confirme dans un jugement, qu’on dise que la réclamation ne peut comprendre des dommages réclamés en lien avec les PCAA, parce que, à tous égards, lorsque vous lisez la quittance, il n’y a rien qu’on a pu avoir fait à l’égard des PCAA qui peut permettre à un recours de continuer.

(transcription, p. 52)

[152] En première instance, la juge conclut que « la réclamation fondée sur les PCAA est à sa face-même irrecevable » (par. 187). À cette fin, elle s’appuie notamment sur l’homologation du juge Campbell et cite certains articles du Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement. Toutefois, elle ne relève pas la distinction entre PCAA visés et Réclamations non visées, telle que traitée au Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement.

[153] La Cour d’appel intervient après avoir noté l’argument de l’intimé que la question relève du fond, et étant elle-même d’avis que le moyen avancé par les appelantes nécessite une preuve (par. 138). Sur ces deux points, je suis d’accord et, respectueusement dit, j’estime que la juge de première instance ne pouvait trancher l’irrecevabilité au stade de l’autorisation.

[154] Certes, comme je l’ai noté, un tribunal « *peut trancher une pure question de droit au stade de l’autorisation si le sort de l’action collective projetée en dépend* » (*Oratoire*, par. 55 (en italique dans l’original)). Mais déterminer si les PCAA en question font partie des PCAA visés par la quittance et énumérés à son « Annexe “A” » n’est pas une pure question de droit. Pour trancher cette question, il faudrait minimalement avoir la liste des PCAA inclus dans les placements litigieux. Je ne partage donc pas l’interprétation de ma collègue, selon laquelle

the admission made by counsel for Mr. Asselin at the motion hearing that “the release with respect to ABCP covers the investments made prior to August 2007” implies that there is no remaining factual question to be dealt with on the merits (para. 268).

[155] In this case, it is not the application of the Order that is being contested but rather its scope, which can be argued later, just like the scope of the judicial admission made at the motion hearing. The scope of the Affected ABCP and the unaffected ABCP is an issue that could, if necessary, be referred to the Ontario Superior Court of Justice (see art. 11.12 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement). As in *Hy Bloom inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912, at para. 102, and *Dupuis* (C.A.), at paras. 18-20, potential claims relating to ABCP that are not extinguished by the release can be heard. That being the case, the parties’ dispute formally concerns, at this point in time, not the interpretation of the Order, but simply its implementation. The scope of the Affected ABCP or the unaffected ABCP is not being decided.

[156] Caution must therefore be exercised at this stage, and any doubt should weigh in favour of the continuation of the proceedings, especially since deferring this matter will not result in the appellants losing any rights given that the action against Management must proceed on the merits on the claim for compensatory damages. That being said, counsel for the respondent acknowledges that the claim for punitive damages is by no means certain to be successful, although it must be recognized that, though difficult, a claim based on unlawful and intentional interference under s. 6 of the *Charter* in relation to the ABCP not covered by the release remains arguable in this context.

[157] This is the explanation for the qualifying words that, in my respectful view, should be added to paras. 8 and 9 of the Court of Appeal’s judgment in this appeal: for common question 8(c) and for the conclusion dealing with punitive damages, I would specify that the payment to each member of the group of an amount [TRANSLATION] “in punitive damages”

l’admission du procureur de M. Asselin en première instance que « la quittance sur les PCAA couvre les investissements faits avant le mois d’août 2007 » implique qu’il ne reste aucune question factuelle à être traitée au mérite (par. 268).

[155] En l’espèce, ce n’est pas l’application de l’Ordonnance qui est contestée, mais sa portée qui pourra être débattue ultérieurement, tout comme la portée de l’admission judiciaire faite en première instance. Le débat quant à la portée des PCAA visés et non visés est une question qui pourrait, si nécessaire, être renvoyée à la Cour supérieure de justice de l’Ontario (voir Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement, par. 11.12). Comme dans le jugement *Hy Bloom inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912, par. 102, et dans l’arrêt *Dupuis* (C.A.), par. 18-20, les éventuelles réclamations en lien avec les PCAA qui ne seraient pas éteintes par la quittance peuvent être entendues. Cela étant, le différend entre les parties ne vise pas formellement, à ce moment-ci, l’interprétation de l’Ordonnance, mais simplement sa mise en œuvre. On ne décide pas de la portée des PCAA visés ou non visés.

[156] Ainsi, à ce stade-ci, la prudence s’impose et tout doute devrait jouer en faveur de la continuation des procédures, d’autant plus que le fait de différer cette question n’entraîne pas la perte de droits pour les appelantes puisque le recours contre Gestion doit procéder au mérite concernant les dommages-intérêts compensatoires. Cela dit, l’avocat de l’intimé admet que sa demande relative aux dommages-intérêts punitifs est loin d’être gagnée, même s’il faut bien reconnaître que, tout en étant difficile, une réclamation fondée sur l’atteinte illicite et intentionnelle de l’art. 6 de la *Charte* et portant sur les PCAA non visés par la quittance demeure défendable dans le contexte.

[157] Voilà l’explication pour la nuance que j’estime, en tout respect, qu’il faudrait apporter aux par. 8 et 9 de l’arrêt de la Cour d’appel dans le présent pourvoi : pour la question commune 8c), ainsi que pour la conclusion se rapportant aux dommages-intérêts punitifs, je préciserais que le paiement à chacun des membres du groupe d’une somme « à titre

may be sought “solely in relation to Unaffected Claims within the meaning of art. 1 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement sanctioned by order of the Ontario Superior Court of Justice dated January 12, 2009”.

V. Conclusion

[158] I would allow the appeal in part, but solely for the purpose of varying paras. 8 and 9 of the Court of Appeal’s judgment so that they read as follows:

[TRANSLATION]

[8] **IDENTIFIES** as follows the principal questions of fact and of law to be dealt with collectively:

...

8. Damages. Based on the answers to the previous questions, are Desjardins Financial Services Firm Inc. and Desjardins Global Asset Management Inc. liable:

...

c) to pay each member of the group one thousand dollars (\$1,000) in punitive damages solely in relation to Unaffected Claims within the meaning of article 1 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement sanctioned by order of the Ontario Superior Court of Justice dated January 12, 2009, subject to adjustment, with interest at the legal rate and the additional indemnity from the date of the judgment to be rendered?

[9] **IDENTIFIES** as follows the principal conclusions sought on the merits in the class action, it being understood that whether the awards set out below are *in solidum* depends on the answer, if any, given by the Superior Court to the final portion of question 6, as defined at paragraph [8] above:

...

ORDER each of the respondents to pay each member of the group one thousand dollars (\$1,000) in punitive damages solely in relation to Unaffected Claims within

de dommages-intérêts punitifs » serait sujet à réclamation « uniquement en lien avec des Réclamations non visées au sens de l’art. 1 du Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement homologué par l’ordonnance de la Cour supérieure de justice de l’Ontario daté du 12 janvier 2009 ».

V. Conclusion

[158] Je suis d’avis d’accueillir l’appel en partie, mais à la seule fin de modifier les par. 8 et 9 de l’arrêt de la Cour d’appel afin qu’ils se lisent de la manière suivante :

[8] **IDENTIFIE** comme suit les principales questions de fait et de droit qui devront être traitées collectivement :

...

8. Dommages. Selon les réponses aux questions qui précèdent, Desjardins Cabinet de Services Financiers inc. et Desjardins Gestion Internationale d’Actifs inc. sont-elles tenues :

...

c) au paiement à chacun des membres du groupe d’une somme de mille dollars (1 000 \$) à titre de dommages-intérêts punitifs uniquement en lien avec des Réclamations non visées au sens de l’article 1 du Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement homologué par l’ordonnance de la Cour supérieure de justice de l’Ontario daté du 12 janvier 2009, sauf à parfaire, avec intérêt au taux légale et l’indemnité additionnelle à compter du jugement à être prononcé?

[9] **IDENTIFIE** comme suit les principales conclusions recherchées sur le fond par l’action collective, étant entendu que le caractère *in solidum* des condamnations ci-dessous est tributaire de la réponse que, le cas échéant, la Cour supérieure donnera à la question 6 *in fine*, telle que définie au paragraphe [8] ci-dessus :

...

CONDAMNER chacune des intimées à payer à chacun des membres du groupe la somme de mille dollars (1 000 \$) à titre de dommages-intérêts punitifs

the meaning of article 1 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement sanctioned by order of the Ontario Superior Court of Justice dated January 12, 2009, subject to adjustment, with interest at the legal rate and the additional indemnity from the date of the judgment to be rendered, and ORDER the collective recovery of these amounts.

uniquement en lien avec des Réclamations non visées au sens de l'article 1 du Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement homologué par l'ordonnance de la Cour supérieure de justice de l'Ontario daté du 12 janvier 2009, sauf à parfaire, avec l'intérêt au taux légal et l'indemnité additionnelle à compter du jugement à être prononcé et ORDONNER le recouvrement collectif de ces sommes.

[159] I would award costs to Mr. Asselin throughout.

[159] J'accorderais les dépens devant toutes les cours en faveur de M. Asselin.

English version of the reasons of Moldaver, Côté and Rowe JJ. delivered by

Les motifs des juges Moldaver, Côté et Rowe ont été rendus par

CÔTÉ J. (dissenting in part) —

LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) —

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Overview</u>	160
II. <u>The Parties</u>	162
III. <u>The Investments</u>	165
IV. <u>Facts of the Case</u>	167
V. <u>The Respondent's Motion for Authorization To Institute a Class Action</u>	172
VI. <u>Judicial History</u>	177
A. <i>Quebec Superior Court, 2016 QCCS 839 (the Honourable Justice Claude Dallaire)</i>	177
B. <i>Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1673 (the Honourable Justice Marie-France Bich, Justices Marie St-Pierre and Claude C. Gagnon concurring)</i>	188
VII. <u>Issues</u>	197
VIII. <u>Analysis</u>	199
A. <i>Objectives of the Class Action</i>	201

	Paragraphe
I. <u>Survol</u>	160
II. <u>Les parties</u>	162
III. <u>Les placements</u>	165
IV. <u>Les faits ayant mené au litige</u>	167
V. <u>La requête pour autorisation d'exercer un recours collectif de l'intimé</u>	172
VI. <u>Historique des procédures</u>	177
A. <i>Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 839 (l'honorable juge Claude Dallaire)</i>	177
B. <i>Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1673 (l'honorable juge Marie-France Bich, avec l'accord des juges Marie St-Pierre et Claude C. Gagnon)</i>	188
VII. <u>Questions en litige</u>	197
VIII. <u>Analyse</u>	199
A. <i>Les objectifs visés par le recours collectif</i>	201

B. <i>Authorization Stage of the Class Action</i> ...203	B. <i>L'étape de l'autorisation du recours collectif</i>203
C. <i>Role of the Judge at the Authorization Stage</i>210	C. <i>Le rôle du juge à l'étape de l'autorisation</i>210
D. <i>Standard for Appellate Intervention</i>223	D. <i>La norme d'intervention en appel</i>223
IX. <u>Application</u>225	IX. <u>Application</u>225
A. <i>The Proposed Action Against Firm</i>227	A. <i>Le recours proposé contre Cabinet</i>227
(1) <u>Intervention of the Court of Appeal</u>233	(1) <u>L'intervention de la Cour d'appel</u>233
(2) <u>Common Questions Requirement (Article 1003(a) C.C.P.)</u>238	(2) <u>L'exigence de questions communes (al. 1003a) C.p.c.)</u>238
B. <i>The Proposed Action Against Management</i>260	B. <i>Le recours proposé contre Gestion</i>260
(1) <u>Intervention of the Court of Appeal</u>260	(1) <u>L'intervention de la Cour d'appel</u>260
(2) <u>Punitive Damages</u>262	(2) <u>Les dommages-intérêts punitifs</u>262
(3) <u>Compensatory Damages</u>300	(3) <u>Les dommages-intérêts compensatoires</u> ...300
X. <u>Disposition</u>304	X. <u>Dispositif</u>304
I. <u>Overview</u>	I. <u>Survol</u>

[160] This appeal raises issues related to the authorization of class actions in Quebec. Much continues to be written on this subject by both judges and authors. Although the principles that are to guide a court at the authorization stage are well known, applying them remains difficult and at times unpredictable.

[161] The case concerns capital-guaranteed investments that, it is alleged, though represented to be safe, were in reality risky investments that were also managed in a risky manner. The investments in question ultimately yielded no return at maturity, although the investors did recover their capital. The respondent, disappointed at having obtained no return on his investment, filed a Re-amended and particularized motion (2) for authorization to institute a class action and to obtain the status of representative, reproduced in A.R., vol. II, at pp. 104-62

[160] Ce pourvoi soulève des enjeux relatifs à l'autorisation des recours collectifs — ou, depuis 2016, les actions collectives — au Québec. Cette question continue de faire couler beaucoup d'encre en doctrine et devant les tribunaux. Bien que les principes qui doivent guider le tribunal à l'étape de l'autorisation soient bien connus, leur application demeure difficile et parfois imprévisible.

[161] L'affaire concerne des placements à capital garanti qui auraient été présentés comme sécuritaires, mais qui, dit-on, étaient en réalité des investissements risqués qui auraient également été gérés de manière risquée. Au final, les placements en question n'ont produit aucun rendement à terme, bien que les investisseurs aient récupéré leur capital. Déçu de n'avoir réalisé aucun rendement sur son investissement, l'intimé a déposé une Requête ré-amendée et précisée (2) pour autorisation d'exercer un recours collectif et pour être représentant, reproduite dans le

(“motion”).¹ The Superior Court declined to authorize the action (2016 QCCS 839). The Court of Appeal set aside that decision and authorized the action (2017 QCCA 1673).

II. The Parties

[162] The respondent, Ronald Asselin, is a long-time member of a caisse populaire that is part of the Desjardins Group and that offers various financial services. The appellants in this case — Desjardins Financial Services Firm Inc. (“Firm”) and Desjardins Global Asset Management Inc. (“Management”) — are part of the Desjardins Group. At first, Desjardins Trust Inc. was also a party in the proceeding, but the respondent discontinued his suit against it in the Superior Court.

[163] The appellant Firm is a financial services firm that works in the areas of mutual fund brokerage and financial planning. In his motion, the respondent alleges that Firm is responsible for the mutual fund representatives and financial planners working in the caisses populaires of the Desjardins Group, including the representatives who offered the investments at issue to the members of the group covered by the proposed class action.

[164] The appellant Management is a portfolio company that works in asset management. It offers various services relating to investments, portfolio management, and financial and asset allocation strategies. The respondent alleges that Management designed the investments at issue in this proceeding and was responsible for managing them.

III. The Investments

[165] This case concerns two types of investments: Perspectives Plus Term Savings (“PP”) and

¹ Since the enactment of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“new *C.C.P.*”), the expression used is now instead an “application for authorization to institute a class action”. Because the proceedings in this case were filed under the former *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“*C.C.P.*”), I will refer throughout these reasons to the “motion for authorization to institute a class action”.

d.a., vol. II, p. 104-162 (« requête »)¹. La Cour supérieure a refusé d’autoriser le recours (2016 QCCS 839). La Cour d’appel a infirmé cette décision et autorisé le recours (2017 QCCA 1673).

II. Les parties

[162] L’intimé, Ronald Asselin, est membre de longue date d’une caisse populaire du Mouvement Desjardins qui offre divers services financiers. Les appelantes dans cette affaire — Desjardins Cabinet de services financiers inc. (« Cabinet ») et Desjardins Gestion internationale d’actifs inc. (« Gestion ») — font partie du Mouvement Desjardins. Initialement, Fiducie Desjardins inc. était également partie au recours. Toutefois, l’intimé s’est désisté en première instance de son recours à l’encontre de cette dernière.

[163] L’appelante Cabinet est un cabinet de services financiers œuvrant dans les domaines du courtage en épargne collective et de la planification financière. Dans sa requête, l’intimé allègue que Cabinet est responsable des représentants en épargne collective et des planificateurs financiers exerçant leurs activités dans les caisses populaires du Mouvement Desjardins. Cela comprendrait les représentants ayant offert les placements litigieux aux membres du groupe visés par le recours collectif proposé.

[164] L’appelante Gestion est une société de portefeuille œuvrant dans la gestion d’actifs. Elle offre divers services de placements, de gestion de portefeuille et de stratégies financières et de répartition d’actifs. L’intimé allègue que Gestion est la conceptrice des placements visés par le présent recours et est responsable de leur gestion.

III. Les placements

[165] Cette affaire concerne deux types de placements, soit les placements Épargne à Terme

¹ Suivant l’adoption du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« nouveau *C.p.c.* »), on parle plutôt d’une « demande d’autorisation d’exercer une action collective ». Puisque les procédures en l’espèce ont été déposées en vertu de l’ancien *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »), je référerai tout au long de mes motifs à la « requête pour autorisation d’exercer un recours collectif ».

Alternative Term Savings (“ALT”). Mutual fund representatives and financial planners offered these savings vehicles in the network of caisses populaires of the Desjardins Group. What was appealing about the PP and ALT investments can be described briefly: their capital was guaranteed at maturity, and they offered a potential return that was variable, although it could be nil. Clients purchased these investments by entering into deposit agreements with the caisse populaire where they did business. Each deposit agreement therefore created a contractual relationship between the client and his or her caisse populaire, which was the issuer of the investment, but did not create a contractual relationship between the client and either Firm or Management.

[166] In his motion, the respondent describes as follows how the investments worked. A portion of the invested capital was guaranteed by a zero-coupon bond whose value at maturity was equal to the value of the original deposit, such that the capital was guaranteed. The amounts allocated to the return were equal to the residual value of the original deposit following the purchase of the zero-coupon bond, and that value was invested in money market funds and used to guarantee trades in financial derivatives selected on a monthly basis. At maturity, the value of the investment was thus equal to the original deposit (which was guaranteed) plus any return obtained.

IV. Facts of the Case

[167] The respondent alleges that on March 4, 2005, Denise Blanchette, a financial planner and mutual fund representative, recommended that he purchase PP and ALT investments. On June 14, 2005, allegedly on the basis of those recommendations, the respondent entered into a deposit agreement with the Caisse populaire de Sherbrooke-Est and deposited amounts in a first PP investment with a term of seven years. In January 2006, the respondent received his annual investment statement issued by the Caisse populaire de Sherbrooke-Est, which indicated that his investment had yielded a return of 2.3 percent for 2005. In January 2007, he received a second annual investment statement, again issued by the Caisse

Perspectives Plus (« PP ») et les placements Épargne à Terme Gestion Active (« GA »). Les représentants en épargne collective et les planificateurs financiers offrent ces véhicules d’épargne dans le réseau des caisses populaires du Mouvement Desjardins. L’attrait des placements PP et GA se décrit sommairement : ils garantissent le capital à l’échéance tout en offrant un potentiel de rendement variable, lequel peut toutefois être nul. Les placements PP et GA sont souscrits au moyen de conventions de dépôt qui interviennent entre les clients et la caisse populaire avec laquelle ils font affaire. Les conventions de dépôt créent donc un lien contractuel entre le client et sa caisse populaire, qui est l’émettrice du placement, mais ne créent pas de lien contractuel entre le client et Cabinet ou Gestion.

[166] Dans sa requête, l’intimé décrit ainsi le fonctionnement des placements. Une portion du capital investi est garantie par une obligation zéro coupon dont la valeur à l’échéance du terme correspond à la valeur du dépôt initial et permet donc de garantir le capital. Les sommes affectées au rendement correspondent à la valeur résiduaire du dépôt initial suite à l’achat de l’obligation zéro coupon, laquelle est investie dans des fonds monétaires et utilisée pour garantir des opérations sur des produits dérivés sélectionnés sur une base mensuelle. À l’échéance du terme, la valeur du placement correspond donc au dépôt initial (lequel est garanti) en plus de tout rendement obtenu.

IV. Les faits ayant mené au litige

[167] L’intimé allègue que, le 4 mars 2005, M^{me} Denise Blanchette, planificatrice financière et représentante en épargne collective, lui aurait recommandé de souscrire à des placements PP et GA. Le 14 juin 2005, prétendument sur la base de ces recommandations, l’intimé souscrit à une convention de dépôt avec la Caisse populaire de Sherbrooke-Est et dépose des sommes dans un premier placement PP assorti d’un terme de sept ans. En janvier 2006, l’intimé reçoit son relevé de placement annuel émis par la Caisse populaire de Sherbrooke-Est, lequel indique que son placement a produit un rendement de 2,3 p. 100 pour l’année 2005. En janvier 2007, l’intimé reçoit un deuxième relevé de placement annuel,

populaire de Sherbrooke-Est, which showed a return of 6.9 percent for 2006.

[168] The 2006 statement was accompanied by a letter from the Caisse populaire de Sherbrooke-Est signed by Ms. Blanchette. The letter stated that the guaranteed investments were [TRANSLATION] “an excellent investment vehicle, both for the protection of your capital and for the attractive returns you can obtain from them” (A.R., vol. XI, at p. 14 (emphasis deleted)). The respondent alleges that, later in 2007, he received a document from the Desjardins Group that promoted the PP and ALT investments. It should be noted that the document expressly stated that [TRANSLATION] “[t]he returns presented are not a guarantee of future performance” (A.R., vol. X, at p. 101).

[169] On June 19 and 26, 2007, allegedly [TRANSLATION] “on the strength of all this information” (Sup. Ct. reasons, at para. 101 (CanLII)), the respondent signed two new deposit agreements for a second PP investment with a term of three and a half years and a first ALT investment with a term of five years. These agreements were again entered into with the Caisse populaire de Sherbrooke-Est.

[170] In February 2008, the respondent received his investment statements for 2007, once again issued by the Caisse populaire de Sherbrooke-Est, which indicated returns ranging from 1.7 to 9.0 percent for his PP and ALT investments. Never, while his investments were yielding a positive return, did the respondent complain about how they were being managed or about the makeup of the financial products in which the amounts allocated to the return were being invested.

[171] On March 26, 2009, the respondent received a letter dated March 2, 2009 from the Fédération des caisses Desjardins informing him that his three investments would yield no return, even though the terms had not yet expired. This was confirmed in February 2010 when the respondent received his investment statement for 2009, issued by the Caisse de l’Est de Sherbrooke, which indicated a return of 0 percent.

toujours émis par la Caisse populaire de Sherbrooke-Est, qui indique un rendement de 6,9 p. 100 pour l’année 2006.

[168] Le relevé de l’année 2006 est accompagné d’une lettre de la Caisse populaire de Sherbrooke-Est signée par M^{me} Blanchette. On y lit que les placements garantis sont « un excellent véhicule de placement, tant pour la protection de votre capital que pour les rendements attrayants qu’ils peuvent vous offrir » (d.a., vol. XI, p. 14 (soulignement omis)). L’intimé allègue qu’il a reçu, plus tard en 2007, un document du Mouvement Desjardins faisant la promotion des placements PP et GA. Fait important à noter, ce document mentionne expressément que « [I]es rendements présentés ne sont pas garants des rendements futurs » (d.a., vol. X, p. 101).

[169] Prétendument « sur la foi de l’ensemble de ces informations » (motifs de la C.S., par. 101 (CanLII)), l’intimé souscrit à deux nouvelles conventions de dépôt les 19 et 26 juin 2007 pour un deuxième placement PP assorti d’un terme de trois ans et demi ainsi qu’un premier placement GA assorti d’un terme de cinq ans. Ces conventions interviennent toujours avec la Caisse populaire de Sherbrooke-Est.

[170] En février 2008, l’intimé reçoit ses relevés de placement pour l’année 2007, toujours émis par la Caisse populaire de Sherbrooke-Est, lesquels indiquent des rendements allant de 1,7 p. 100 à 9,0 p. 100 pour ses placements PP et GA. Jamais, alors que ses placements produisaient un rendement positif, l’intimé ne s’est-il plaint de leur gestion ou encore de la composition des produits financiers dans lesquels les sommes affectées au rendement étaient investies.

[171] Le 26 mars 2009, l’intimé reçoit une lettre datée du 2 mars 2009 de la Fédération des caisses Desjardins qui l’informe que ses trois placements ne lui procureront aucun rendement, même si les termes ne sont pas encore arrivés à échéance. Cette situation est confirmée en février 2010 lorsque l’intimé reçoit son relevé de placement, émis par la Caisse de l’Est de Sherbrooke, pour l’année 2009, qui affiche un rendement de 0 p. 100.

V. The Respondent's Motion for Authorization To Institute a Class Action

[172] On September 16, 2011, the respondent filed his motion for authorization to institute a class action. The route taken by the motion prior to the decision on authorization was a long one. It was the subject of several interlocutory and preliminary motions and of numerous amendments over a period of four years before the authorization hearing.

[173] Of course, it is the final version of the motion that must be considered for the purposes of authorization. As I will explain below, the motion alleges that the appellants are liable both contractually and extracontractually. The group the respondent intends to represent comprises all persons who held PP and ALT investments as of October 1, 2008.

[174] The respondent essentially alleges that Firm breached its duty to inform by not adequately informing him and the group's members of the specific nature of the investment strategies being used, which he describes as risky. The motion describes Firm's alleged faults as follows:

[TRANSLATION]

107. The PP and ALT Investments were represented and described to the Group's members as being safe and intended for a risk-averse investor . . . ;

107.1 Moreover, the representatives of [Firm] were not given sufficient instructions regarding the characteristics and risks of the PP and ALT Investments and were not therefore in a position to evaluate their advantages and disadvantages;

107.1.1 In this regard, the documents describing the PP and ALT Investments . . . gave no explanation, or a very incomplete explanation, of the leverage used to obtain the return on the PP and ALT Investments;

V. La requête pour autorisation d'exercer un recours collectif de l'intimé

[172] Le 16 septembre 2011, l'intimé dépose sa requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. Cette requête a parcouru un long chemin avant qu'une décision ne soit rendue sur l'autorisation. En effet, elle a fait l'objet de plusieurs requêtes interlocutoires et préliminaires et de nombreux amendements qui se sont échelonnés sur une période de quatre ans avant l'audition pour l'autorisation.

[173] Évidemment, c'est la version finale de la requête qui doit être considérée pour les fins de l'autorisation. Celle-ci invoque la responsabilité tant contractuelle qu'extracontractuelle des appelantes, comme je l'expliquerai plus loin. Le groupe qu'entend représenter l'intimé vise toutes les personnes qui, en date du 1^{er} octobre 2008, détenaient des placements PP et GA.

[174] L'intimé reproche essentiellement à Cabinet d'avoir manqué à son devoir d'information en ne l'ayant pas renseigné adéquatement, ainsi que les membres du groupe, de la nature précise des stratégies d'investissement utilisées qu'il décrit comme étant risquées. La requête décrit ainsi les fautes reprochées à Cabinet :

107. Les Placements PP et GA ont été présentés et décrits aux membres du Groupe comme sécuritaires et s'adressant à un investisseur ayant une faible tolérance au risque [. . .];

107.1 En outre, les représentants de [Cabinet] n'étaient pas suffisamment instruits quant aux caractéristiques et aux risques des Placements PP et GA et ne pouvaient donc pas juger de leurs avantages et de leurs inconvénients;

107.1.1 À cet effet, les documents décrivant les Placements PP et GA [. . .] n'expliquent pas, ou de manière très incomplète, l'effet de levier utilisé pour obtenir le rendement des Placements PP et GA;

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 107.1.2 Those documents merely provided an incomplete description of the PP and ALT Investments and presented the advantages of these investments without describing the risks associated with the PP and ALT Investments; | 107.1.2 Ces documents se contentent de décrire de manière incomplète les Placements PP et GA et étalent les avantages de ces placements sans décrire les risques liés aux Placements PP et GA; |
| 107.2 The information provided by the representatives of [Firm] was therefore necessarily wrong or insufficient, if not false, deceptive or misleading; | 107.2 Les informations transmises par les représentants de [Cabinet] étaient donc nécessairement incorrectes ou insuffisantes, voire fausses, trompeuses ou susceptibles d’induire en erreur; |
| 108. In reality, the amounts allocated to the return on the PP Investment and the ALT Investment were invested in hedge funds with a leverage ratio of five (5) to one (1) . . . ; | 108. Dans les faits, les sommes affectées au rendement du Placement PP et du Placement GA ont été investies dans des fonds de couverture avec un effet de levier de cinq (5) pour un (1) [. . .]; |
| . . . | . . . |
| 110. At no time, however, did [Firm] disclose to the Group’s members the risks associated with the liquidity issues and the financial leverage, despite the fact that it was aware or could not have been unaware of those risks; | 110. Toutefois, jamais [Cabinet] n’a dévoilé aux membres du Groupe les risques liés aux problèmes de liquidités et au levier financier, malgré le fait qu’elle connaissait ou ne pouvait ignorer ces risques; |
| . . . | . . . |
| 116. Furthermore, [Firm] made false and misleading representations to the Group’s members . . . regarding the correlation with the stock markets; | 116. De plus [Cabinet] a fait des représentations fausses et trompeuses aux membres du Groupe [. . .] relativement à la corrélation avec les marchés boursiers; |
| 117. Contrary to what [Firm] claimed, the PP and ALT Investments were profoundly affected by stock market fluctuations; | 117. Contrairement aux prétentions de [Cabinet], les Placements PP et GA, ont été lourdement affectés par la fluctuation des marchés boursiers; |
| 118. [Firm] failed to provide adequate information to the Group’s members and breached the informational obligations and duties it owes by law; | 118. [Cabinet] n’a pas informé adéquatement les membres du Groupe et a manqué à ses obligations et devoirs d’information prévus à la loi; |
| 119. The faults of [Firm] concerning the obligations related to the disclosure of information occurred in a context in which the PP and ALT Investments were intended for a varied clientele including individuals with little knowledge of financial concepts. [Emphasis deleted.] | 119. Les fautes de [Cabinet] concernant les obligations liées à la divulgation d’information s’inscrivent dans le contexte où les Placements PP et GA s’adressaient à une clientèle variée comprenant des personnes ayant une faible connaissance des notions financières. [Soulignement omis.] |

(A.R., vol. II, at pp. 147-49)

(d.a., vol. II, p. 147-149)

[175] As for Management, the respondent essentially alleges that it breached its duty of competence and management by using the amounts deposited by

[175] Concernant Gestion, l’intimé lui reproche essentiellement d’avoir manqué à son devoir de compétence et de gestion en utilisant ou en permettant

the group’s members, or allowing those amounts to be used, to conduct risky transactions that exposed the investments to market fluctuations. The motion describes Management’s alleged faults as follows:

que soient utilisées les sommes déposées par les membres du groupe pour effectuer des opérations risquées qui ont eu pour effet d’exposer les placements aux fluctuations du marché. La requête décrit ainsi les fautes reprochées à Gestion :

[TRANSLATION]

120. [Management] took risks that were contrary to its legal and contractual obligations and duties in designing and implementing their investment strategies;

120. [Gestion] a pris des risques contraires à ses obligations et devoirs légaux et contractuels dans la conception et la mise en œuvre de leurs stratégies d’investissement;

...

...

122. [T]he amounts allocated to the return had to be liquidated to honour the capital guarantee for the PP Investment and the ALT Investment, which shows the scale of the risk associated with the chosen investment strategies;

122. [L]es sommes affectées au rendement ont dû être liquidées afin d’honorer la garantie de capital du Placement PP et du Placement GA, démontrant ainsi l’ampleur du risque associé aux stratégies d’investissement préconisées;

122.1 The investment strategies, particularly the use of a leverage ratio of five (5) to one (1), had the effect of putting the capital guarantee at risk and of forcing a liquidation, which, moreover, was premature, of the amounts allocated to the return on the PP Investment and the ALT Investment;

122.1 Les stratégies d’investissements, particulièrement le recours à un effet de levier cinq (5) pour un (1), ont eu pour effet de mettre à risque la garantie de capital et de forcer une liquidation, de surcroît précoce, des sommes affectées au rendement du Placement PP et du Placement GA;

123. Furthermore, a significant portion of the money market investments in the PP Investment and the ALT Investment consisted of Asset-backed Commercial Paper (“ABCP”);

123. De plus, une part importante des investissements en marché monétaire au sein du Placement PP et du Placement GA était composée de Papiers commerciaux adossés à des actifs (« PCAA »);

124. As of August 2007, however, ABCP became a risky and illiquid asset that could no longer play the role ascribed to it in the PP and ALT Investments . . . ;

124. Or, à compter du mois d’août 2007, les PCAA sont devenus des actifs risqués et illiquides qui ne pouvaient plus remplir le rôle qu’on leur prêtait au sein des Placements PP et GA [. . .];

125. Despite the foregoing, [the appellants] not only retained ABCP in the PP Investment and the ALT Investment after August 2007, but also made new issues of those Investments until September 2008 . . . ;

125. Malgré ce qui précède, [les appelantes] ont non seulement conservé après août 2007 des PCAA au sein du Placement PP et du Placement GA, mais ont procédé à de nouvelles émissions de ces Placements jusqu’en septembre 2008 [. . .];

...

...

127. This flawed design and management by [Management], contrary to its obligations and duties to act prudently and diligently and to adhere to sound and prudent management practices, resulted in a loss of one hundred percent (100%) of the assets

127. Cette conception et cette gestion déficientes de [Gestion], contraire à ses obligations et devoirs d’agir avec prudence et diligence et de suivre des pratiques de gestion saine et prudente, a eu pour effet d’entraîner une perte de cent pour cent

allocated to the return, whereas none of the underlying assets sustained a loss on such a scale. [Emphasis deleted.]

(A.R., vol. II, at pp. 149-51)

[176] Regarding causation, the respondent alleges that the appellants' actions, and in particular the investment strategies they used, caused the collapse of the investments in 2008 and resulted in the loss of all the assets allocated to the return. In addition to being deprived of a return, the group's members were allegedly deprived of access to the invested capital until the investments matured. The respondent claims, among other things, the difference between the return that was obtained or to be obtained and the return that should normally have been obtained from investments designed and managed in accordance with the duties of management and competence, damages for being deprived of the deposited capital for the term until maturity, damages for the troubles, worries and inconveniences suffered by the members and, lastly, punitive damages in relation to Management's decision to continue to issue the PP and ALT investments after August 2007.

VI. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 839 (the Honourable Justice Claude Dallaire)*

[177] The Superior Court refused to authorize the class action. It held that the colour of right requirement set out in art. 1003(b) *C.C.P.* (art. 575(2) of the new *C.C.P.*) was not met with respect to either the action against Firm or the action against Management. It also held that the common questions requirement set out in art. 1003(a) *C.C.P.* (art. 575(1) of the new *C.C.P.*) was not met with respect to the action against Firm.

[178] The judge rigorously reviewed the general principles applicable to the authorization of a class action before discussing the motion for authorization. First, she considered Firm's alleged contractual liability in order to determine whether the alleged

(100%) des actifs affectés au rendement alors qu'aucun des actifs sous-jacents n'a enregistré une perte d'une telle ampleur. [Soulignement omis.]

(d.a., vol. II, p. 149-151)

[176] Quant au lien de causalité, l'intimé allègue que les agissements des appelantes, notamment les stratégies d'investissement utilisées, auraient eu pour effet de causer l'effondrement des placements en 2008 et d'entraîner la perte de la totalité des actifs affectés au rendement. En plus d'être privés de rendement, les membres du groupe auraient été privés de l'accès au capital investi jusqu'à l'échéance du terme du placement. L'intimé réclame, entre autres, la différence entre le rendement obtenu ou à obtenir et le rendement qui aurait normalement dû être obtenu par des placements conçus et gérés conformément aux obligations de gestion et de compétence, des dommages-intérêts pour la privation du capital déposé pour la durée allant jusqu'à l'échéance du terme, des dommages-intérêts pour les troubles, tracas et inconvénients subis par les membres et, enfin, des dommages-intérêts punitifs relativement à la décision de Gestion de continuer d'émettre les placements PP et GA après août 2007.

VI. Historique des procédures

A. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 839 (l'honorable juge Claude Dallaire)*

[177] La Cour supérieure refuse d'autoriser le recours collectif. Elle conclut que l'exigence de l'apparence de droit prévue à l'al. 1003b) *C.p.c.* (par. 575(2) du nouveau *C.p.c.*) n'est pas remplie tant en ce qui concerne le recours contre Cabinet que celui contre Gestion. Elle conclut également que l'exigence de questions communes prévue à l'al. 1003a) *C.p.c.* (par. 575(1) du nouveau *C.p.c.*) n'est pas satisfaite en ce qui a trait au recours contre Cabinet.

[178] La juge fait rigoureusement état des principes généraux applicables à l'autorisation d'un recours collectif avant de se pencher sur la requête pour autorisation. En premier lieu, elle traite de la responsabilité contractuelle alléguée de Cabinet afin

facts seemed to justify the conclusions being sought (art. 1003(b) C.C.P.). She found that the only possible contractual basis for the action against Firm lay in the term deposit agreements, but that the parties to those agreements were the caisses populaires and their clients. The principle of relativity of contracts therefore meant that there was no contractual relationship between the group's members and Firm.

[179] The judge was also of the opinion that the allegations of the motion contained no specific fact that would support a finding that one of Firm's representatives had committed a particularized fault related to inadequate representations; the contract of mandate raised by counsel for the respondent at the hearing as a last gasp was of no assistance to them in the absence of specific allegations concerning the representatives' fault.

[180] Finally, the judge reviewed the documents filed by the respondent to ensure that [TRANSLATION] "nothing in the motion [could] link the members to Firm on a contractual basis" (para. 86). She found that almost all of the documents came not from Firm, but from the caisses populaires or from unknown sources, which made it impossible to infer that Firm might have played any role in drafting their content.

[181] The judge considered the respondent's individual claim against Firm. She noted that the respondent had never signed a contract with Firm and that he was neither alleging the existence of a mandate nor making any specific allegation against the representatives of Firm with whom he had dealt. In her view, the allegations were instead general in nature. Moreover, she found that the respondent's allegation that he had purchased the investments "on the strength of all this information" provided by Ms. Blanchette was too vague and that the evidence suggested that the documents the respondent alleged he had consulted before making his investments could not have influenced his decision. She noted that all that remained was Ms. Blanchette's recommendation, the substance of which was unknown because the respondent said that he had no recollection of it. She also noted that the respondent did not criticize

de déterminer si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées (al. 1003b) C.p.c.). La juge conclut que la seule base contractuelle possible du recours contre Cabinet se trouve dans les conventions de dépôt à terme. Or, ces conventions interviennent entre les caisses populaires et leurs clients. Ainsi, le principe de l'effet relatif des contrats fait en sorte qu'il n'existe pas de lien contractuel entre les membres du groupe et Cabinet.

[179] La juge est également d'avis que les allégations de la requête ne contiennent aucun fait précis permettant de conclure qu'un des représentants de Cabinet aurait commis une faute particularisée liée à des représentations inadéquates; le contrat de mandat invoqué *in extremis* par les procureurs de l'intimé à l'audience ne leur est d'aucune utilité en l'absence d'allégations spécifiques concernant la faute des représentants.

[180] Enfin, la juge vérifie la documentation déposée par l'intimé afin de s'assurer que « rien dans la requête ne [puisse] lier les membres à Cabinet sur la base contractuelle » (par. 86). Elle conclut que la quasi-totalité des documents émane des caisses populaires ou de sources inconnues plutôt que de Cabinet, ce qui rend impossible l'inférence que Cabinet ait pu jouer un rôle quelconque dans l'élaboration de leur contenu.

[181] La juge se penche sur le recours individuel de l'intimé contre Cabinet. Elle note que l'intimé n'a jamais signé de contrat avec Cabinet et qu'il n'allègue ni un mandat ni un reproche particulier à l'endroit des représentants de Cabinet avec qui il aurait interagi. Elle est d'avis qu'il s'agit plutôt d'allégations générales. La juge conclut d'ailleurs que l'allégation de l'intimé voulant qu'il ait souscrit aux placements « sur la foi de l'ensemble de ces informations » fournies par M^{me} Blanchette est trop vague et que la preuve suggère que les documents que l'intimé allègue avoir consultés avant d'effectuer ses placements n'ont pu influencer sa décision. Elle note qu'il ne reste que la recommandation de M^{me} Blanchette, dont on ignore la teneur puisque l'intimé dit ne pas en avoir souvenir. Elle prend note également que ce dernier ne critique aucunement la recommandation de M^{me} Blanchette. Par conséquent,

the recommendation made by Ms. Blanchette in any way. The judge therefore concluded that the allegations with respect to Firm were speculative and did not satisfy the condition of art. 1003(b) *C.C.P.*

[182] Regarding the common questions requirement of art. 1003(a) *C.C.P.*, the judge expressed the view that the mandator-mandatar relationship between a mutual fund representative and his or her client is ill suited to a class action (paras. 208-9). Unless there was evidence of the systematic nature of the representations, of which all the members would have had knowledge, it would be more difficult to establish that there were common questions. This condition was therefore also an impediment to authorizing the action against Firm.

[183] Second, the judge dealt with the action against Management. She began by considering the allegations against Management as the designer of the investments. In light of the evidence in the record, she was not convinced by the allegation that Management was responsible for designing the investments. She found that the faulty design of the investments had not been established and was merely speculation.

[184] The judge then discussed the alleged fault related to the duty of competence and management. In her view, the allegations to the effect that Management's investment strategies, including the use of significant leverage, were so risky that they amounted to a breach of its duty of competence and management were general and vague. She added that the legislative provisions being relied on with respect to the obligations resting on managers to act prudently, diligently, competently, loyally and in good faith were not applicable to the appellants because the investments in question were neither mutual funds nor investment funds within the meaning of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1.

[185] The judge also considered the allegation that Management had committed a fault by investing the amounts allocated to the return in asset-backed commercial paper ("ABCP"). She found that if the action were able to proceed, the claim for punitive

la juge conclut que les allégations à l'endroit de Cabinet sont spéculatives et ne satisfont pas à la condition de l'al. 1003b) *C.p.c.*

[182] En ce qui a trait à l'exigence de questions communes de l'al. 1003a) *C.p.c.*, la juge est d'avis que la relation de mandant-mandataire entre un représentant en épargne collective et son client ne se prête pas bien à un recours collectif (par. 208-209). À moins d'une preuve du caractère systématique des représentations, dont tous les membres auraient pris connaissance, l'existence de questions communes est plus difficile à établir. Cette condition fait donc également obstacle à l'autorisation du recours contre Cabinet.

[183] En second lieu, la juge traite du recours contre Gestion. Elle considère d'abord les reproches à l'endroit de Gestion en tant que conceptrice des placements. La juge est insatisfaite, à la lumière de la preuve déposée, de l'allégation voulant que Gestion soit responsable de la conception des placements. Elle conclut que la conception fautive des placements n'est pas établie et ne repose que sur des hypothèses.

[184] La juge se penche ensuite sur l'allégation de la faute liée au devoir de compétence et de gestion. Elle est d'avis que les allégations voulant que les stratégies d'investissement de Gestion, y compris l'utilisation d'un effet de levier important, aient été trop risquées au point de constituer un manquement à l'obligation de compétence et de gestion de Gestion sont générales et vagues. Elle ajoute que les dispositions législatives invoquées relativement aux obligations de prudence, de diligence, de compétence, de bonne foi et de loyauté imputables aux gestionnaires, ne s'appliquent pas aux appelantes, puisque les placements en question ne sont ni des fonds mutuels ni des fonds d'investissement au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1.

[185] La juge se prononce également sur l'allégation affirmant que Gestion aurait commis une faute en investissant les sommes affectées au rendement dans des papiers commerciaux adossés à des actifs (« PCAA »). Elle conclut que dans l'hypothèse où

damages would be barred because of the release with respect to ABCP arising from the Sanction Order made by the Ontario Superior Court of Justice as part of the restructuring of the ABCP market under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA") (para. 187; see *ATB Financial v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269 (Ont. S.C.), decision accompanying the Sanction Order, June 5, 2008, and the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement, January 12, 2009, aff'd 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513).

[186] The judge noted that, even though she did not have to decide the merits of the action, she was required to determine whether it was plausible; in this regard, she observed that the evidence suggested that the economic crisis of 2008 was the reason why there had been no return on the investments. She therefore found that the allegations against Management did not satisfy the condition set out in art. 1003(b) *C.C.P.* (para. 201).

[187] As for the other conditions, the judge noted that art. 1003(c) *C.C.P.* was not in issue and that the respondent satisfied the requirement of art. 1003(d) even though he might not be the ideal representative.

B. *Quebec Court of Appeal, 2017 QCCA 1673 (the Honourable Justice Marie-France Bich, Justices Marie St-Pierre and Claude C. Gagnon concurring)*

[188] The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the Superior Court's judgment and authorized the class action in its entirety. It concluded that the legal syllogism proposed by the respondent was tenable in relation to both Firm and Management.

[189] The Court of Appeal discussed the authorization process itself, expressing the opinion that introducing greater stringency into this process would not reflect the state of the law as established by this

le recours pouvait suivre son cours, il serait irrecevable quant aux dommages-intérêts punitifs en raison de la quittance relative aux PCAA qui découle de l'Ordonnance d'homologation rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans le cadre de la restructuration du marché des PCAA conformément à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC ») (par. 187; voir *ATB Financial c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp.* (2008), 43 C.B.R. (5th) 269 (C.S. Ont.), décision accompagnant la « *Sanction Order* » (« Ordonnance d'homologation »), 5 juin 2008, et le « *Third Amended Plan of Compromise and Arrangement* » (« Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement »), 12 janvier 2009, conf. par 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513).

[186] Bien qu'elle n'ait pas à décider du fond du recours, la juge se dit obligée d'évaluer sa vraisemblance; à ce titre, elle note que la preuve suggère que la crise économique de l'année 2008 serait la cause de l'absence de rendement des placements. Elle conclut donc que les allégations à l'encontre de Gestion ne satisfont pas à la condition de l'al. 1003(b) *C.p.c.* (par. 201).

[187] Quant aux autres conditions, la juge note que l'al. c) de l'art. 1003 *C.p.c.* n'est pas contesté et que l'intimé satisfait à l'exigence de l'al. d), même s'il n'est peut-être pas le représentant idéal.

B. *Cour d'appel du Québec, 2017 QCCA 1673 (l'honorable juge Marie-France Bich, avec l'accord des juges Marie St-Pierre et Claude C. Gagnon)*

[188] La Cour d'appel accueille l'appel, infirme le jugement de la Cour supérieure et autorise le recours collectif dans son intégralité. Elle conclut que le syllogisme juridique proposé par l'intimé est soutenable tant à l'égard de Cabinet que de Gestion.

[189] La Cour d'appel s'exprime au sujet du processus d'autorisation lui-même, étant d'avis que d'insuffler plus de sévérité dans ce processus irait à l'encontre de l'état du droit, tel qu'établi par la Cour

Court in *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, and *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106. In its view, the applicant, Mr. Asselin, was only required to establish an [TRANSLATION] “arguable case, that is, one with a chance of success” (para. 29 (CanLII)). It noted the importance of not considering the merits of the action at the authorization stage.

[190] Although the Court of Appeal conceded that the motion for authorization in this case was not [TRANSLATION] “perfectly clear”, it found that it was “quite possible to discern in this labyrinth the essential elements” of the respondent’s legal syllogism (para. 47). More specifically, the court opined that “while it is true that one must not be satisfied with vagueness, generalities and imprecision, it would be wrong to close one’s eyes to allegations that are perhaps not perfect, but whose true meaning is nonetheless clear. One must therefore be able to read between the lines” (para. 33 (emphasis added)).

[191] The Court of Appeal dealt first with the contractual aspect of the case — the action against Firm. In its view, Ms. Blanchette, as an employee or mandatary acting in the performance of her duties, had contractually bound Firm. Relying on an academic article, the Court of Appeal determined that a contractual relationship exists between a client who consults a firm for financial advice and the said firm (para. 57). This relationship existed for all other members of the group who were in a situation similar to that of Mr. Asselin. There was thus, *prima facie*, a contract between the respondent and Firm whose object was the giving of financial advice.

[192] Regarding the contractual fault alleged against Firm, the Court of Appeal explained that it involved a breach of the duty to honour its contractual undertakings. The Court of Appeal held that the respondent’s argument was that Firm should not have recommended the products in question to its clients without advising them of a known uncertainty and warning them of the consequent risk (para. 68).

dans les arrêts *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, et *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106. À son avis, le requérant M. Asselin n’a qu’à démontrer une « cause soutenable, c’est-à-dire ayant une chance de réussite » (par. 29 (CanLII)). Elle rappelle l’importance de ne pas se saisir, à l’étape de l’autorisation, de ce qui relève du fond du recours.

[190] La Cour d’appel convient que la requête pour autorisation en l’espèce n’est pas « parfaitement limpide », mais elle est d’avis qu’il demeure « tout à fait possible de discerner dans ce dédale les éléments essentiels » du syllogisme juridique de l’intimé (par. 47). Elle opine plus particulièrement que « s’il est vrai que l’on ne doit pas se satisfaire du vague, du général et de l’imprécis, l’on ne peut pour autant fermer les yeux devant des allégations qui ne sont peut-être pas parfaites, mais dont le sens véritable ressort néanmoins clairement. Il faut donc savoir lire entre les lignes » (par. 33 (je souligne)).

[191] La Cour d’appel aborde d’abord le volet contractuel de l’affaire — le recours contre Cabinet. Elle est d’avis que M^{me} Blanchette, à titre d’employée ou de mandataire agissant dans l’exercice de ses fonctions, a lié contractuellement Cabinet. Se fondant sur un article de doctrine, la Cour d’appel détermine qu’un rapport contractuel existe entre le client qui consulte une firme pour obtenir des conseils financiers et cette firme (par. 57). Ce rapport vaut pour tous les autres membres du groupe qui se trouvent dans une situation semblable à celle de M. Asselin. Il existe donc *prima facie* un contrat entre l’intimé et Cabinet ayant pour objet le conseil financier.

[192] En ce qui a trait à la faute contractuelle reprochée à Cabinet, la Cour d’appel précise qu’il s’agit d’un manquement au devoir d’honorer les engagements qu’elle a contractés. La Cour d’appel détermine que la proposition de l’intimé est que Cabinet n’aurait pas dû conseiller ces produits à ses clients sans les informer d’un aléa connu et de les prévenir du risque qui en découlait (par. 68).

[193] Next, the Court of Appeal considered the extracontractual aspect of the case — the action against Management. The Court of Appeal noted that the appellants were now conceding that it could be argued that Management might be liable as the designer of the investments at issue. The Court of Appeal also rejected the motion judge's findings to the effect that the fault ascribed to Management was based on hypothetical, vague and speculative allegations containing opinions. In its view, alleging that Management's investment strategies had undermined the products was not at all hypothetical or speculative, but was a question of fact. Although some of the allegations were poorly worded, the Court of Appeal expressed the opinion that form must not prevail over substance and concluded that the alleged fault was sufficiently well defined.

[194] On the issue of injury, the Court of Appeal found that the loss of a return could be a real injury, as could the fact that the respondent and the members had been deprived of their capital until maturity and had therefore been unable to reinvest it elsewhere in the meantime. As for causation, the Court of Appeal expressed the opinion that the respondent had adequately established a failure by Firm to disclose crucial information as well as his reliance on that incomplete and erroneous information when making his decision to purchase the investments. In its view, therefore, the legal syllogism for Firm's breach of its duty to provide advice and its duty to inform, and for Management's breach of its duty of competence, was tenable.

[195] Regarding the release from which Management was alleged to have benefited, the Court of Appeal was of the view that the motion judge should have rejected this argument. The Court of Appeal concluded that this ground required the production of evidence, namely evidence of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement and the release it contained, because in this case they constituted facts to be proved in accordance with art. 2803 of the *Civil Code of Québec*. In spite of that, the Court of Appeal considered the release and held that it did not make it possible to determine with certainty whether Management was one of the

[193] La Cour d'appel se penche ensuite sur le volet extracontractuel de l'affaire — le recours contre Gestion. La Cour d'appel note que les appelantes reconnaissent maintenant que la responsabilité de Gestion est susceptible d'être recherchée à titre de conceptrice des placements en litige. Elle écarte également les conclusions de la juge de première instance selon lesquelles la faute attribuée à Gestion serait fondée sur des allégations hypothétiques, imprécises et spéculatives contenant des opinions. Selon elle, alléguer que les stratégies d'investissement de Gestion ont fragilisé les produits n'a rien d'hypothétique ni de spéculatif et relève des faits. Malgré les défauts rédactionnels de certaines allégations, elle est d'avis que la forme ne doit pas l'emporter sur le fond et conclut que la faute alléguée est suffisamment définie.

[194] Concernant le préjudice, la Cour d'appel conclut que la perte de rendement peut constituer un préjudice véritable, tout comme le fait que l'intimé et les membres ont été privés de leur capital jusqu'à l'échéance du terme et n'ont donc pu le réinvestir ailleurs entre-temps. Quant au lien de causalité, la Cour d'appel est d'avis que l'intimé a suffisamment établi l'omission de dévoiler une information cruciale par Cabinet ainsi que le fait qu'il s'est fondé sur cette information incomplète et erronée lorsqu'il a pris sa décision de souscrire aux placements. Elle est donc d'opinion que le syllogisme juridique ayant pour objet le manquement de Cabinet à son devoir de conseil et d'information et le manquement de Gestion à son devoir de compétence est soutenable.

[195] En ce qui a trait à la quittance dont bénéficierait Gestion, la Cour d'appel est d'avis que la juge de première instance aurait dû rejeter cet argument. Selon elle, ce moyen nécessite l'administration d'une preuve, à savoir celle du Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement et de la quittance qu'il contient puisque ces éléments ont ici valeur de faits devant être prouvés conformément à l'art. 2803 du *Code civil du Québec*. Malgré cela, la Cour d'appel se penche sur la quittance et détermine qu'elle ne permet ni de savoir avec certitude si Gestion fait partie des « *Released Parties* » (« Parties libérées ») telles que définies à la quittance ni de savoir si la

“Released Parties” as defined in the release or to determine whether the claim in this case was covered by the release (para. 138).

[196] Finally, the Court of Appeal held that the motion judge’s conclusion concerning the common questions requirement of art. 1003(a) *C.C.P.* was wrong because, in its view, it was not enough to assert that the type of relationship between Firm and the group’s members was ill suited to a class action (para. 150).

VII. Issues

[197] This appeal requires that we answer the following questions:

- (1) Did the Court of Appeal err in authorizing the respondent’s action against Firm?
 - (a) Does the respondent’s action raise identical, similar or related questions of law or fact in accordance with art. 1003(a) *C.C.P.* (*common questions*)?
 - (b) Do the facts alleged in the respondent’s motion seem to justify the conclusions being sought in accordance with art. 1003(b) *C.C.P.* (*colour of right*)?
- (2) Did the Court of Appeal err in authorizing the respondent’s action against Management?
 - (a) Does the release relied on by Management bar the respondent’s claim for punitive damages in relation to ABCP (*colour of right*)?
 - (b) Do the facts alleged in the respondent’s motion seem to justify the conclusions being sought with respect to compensatory damages (*colour of right*)?

[198] Before turning to the analysis, I note that although this appeal was decided under the *C.C.P.*, the legislature did not alter the substance of the authorization conditions in enacting the new *C.C.P.*, which came into force in 2016 (see Ministère de la

réclamation en cause est couverte par la quittance (par. 138).

[196] Enfin, la Cour d’appel détermine que la conclusion de la juge de première instance concernant l’exigence de questions communes de l’al. 1003a) *C.p.c.* est erronée. Selon elle, affirmer que le type de relation entre Cabinet et les membres du groupe se prête mal à un recours collectif est insuffisant (par. 150).

VII. Questions en litige

[197] Ce pourvoi nous demande de répondre aux questions suivantes :

- (1) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en autorisant le recours de l’intimé à l’endroit de Cabinet?
 - (a) Le recours de l’intimé soulève-t-il des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes suivant l’al. 1003a) *C.p.c.* (*les questions communes*)?
 - (b) Les faits allégués dans la requête de l’intimé paraissent-ils justifier les conclusions recherchées suivant l’al. 1003b) *C.p.c.* (*l’apparence de droit*)?
- (2) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en autorisant le recours de l’intimé à l’endroit de Gestion?
 - (a) La quittance invoquée par Gestion fait-elle échec à la réclamation de l’intimé en dommages-intérêts punitifs en lien avec les PCAA (*l’apparence de droit*)?
 - (b) Les faits allégués dans la requête de l’intimé paraissent-ils justifier les conclusions en dommages-intérêts compensatoires recherchées (*l’apparence de droit*)?

[198] Avant de passer à l’analyse, je note que même si ce pourvoi a été décidé sur la base du *C.p.c.*, le législateur n’a pas modifié la substance des conditions d’autorisation en adoptant le nouveau *C.p.c.*, entré en vigueur en 2016 (voir Ministère de la

Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 575). While certain aspects of the authorization procedure were changed with the enactment of the new *C.C.P.* — one example is the possibility of a decision authorizing a class action being appealed with leave under art. 578 of the new *C.C.P.* (see also art. 577 of the new *C.C.P.*) — these changes did not affect how a court is to deal with a motion (or application) for authorization to institute a class action. Thus, my comments apply both to the former and to the new *C.C.P.*

VIII. Analysis

[199] In my opinion, this appeal raises questions of application rather than of principle. The flexible and liberal approach to authorization established by this Court's decisions in *Infineon*, *Vivendi* and subsequent cases is not being called into question here. However, it must be determined whether, and to what extent, this flexible and liberal approach allows a court of first instance or an appellate court considering a motion for authorization to institute a class action to read “between the lines” of the motion in order to find that the conditions set out in art. 1003 *C.C.P.* (now art. 575) are met.

[200] My colleague Kasirer J. disagrees. I agree with him that an unduly strict reading of the authorization conditions is incompatible with Quebec law as it now stands. Our differences of opinion seem instead to relate to what amounts to a “strict” treatment of a motion for authorization. The courts have accepted that a motion for authorization to institute a class action must be dealt with in a flexible manner, but the current case law does not allow an authorization judge to “guess” what the basis is for the cause of action. This position does not amount to an unduly strict reading of the motion, but, rather, is consistent with the intention clearly expressed by the legislature that each of the conditions set out in art. 1003 *C.C.P.* be met.

Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 575). Bien que certains aspects de la procédure d'autorisation aient été modifiés par l'adoption du nouveau *C.p.c.* — je pense notamment à la possibilité d'appel sur permission d'une décision autorisant une action collective à l'art. 578 du nouveau *C.p.c.* (voir aussi l'art. 577 du nouveau *C.p.c.*) — ces changements n'affectent pas la manière dont un tribunal doit aborder une requête (ou demande) pour autorisation d'exercer un recours collectif. Mes commentaires valent donc tant à l'égard de l'ancien que du nouveau *C.p.c.*

VIII. Analyse

[199] Ce pourvoi soulève, selon moi, des questions d'application plutôt que des questions de principe. Il n'est pas question ici de remettre en cause l'approche souple et libérale à l'autorisation établie par les arrêts de cette Cour dans *Infineon*, *Vivendi* et ceux qui les ont suivis. Cependant, il faut déterminer si, et à quel point, cette approche souple et libérale permet qu'une cour — de première instance ou d'appel — saisie d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif lise « entre les lignes » de la requête afin de conclure que les conditions prévues à l'art. 1003 *C.p.c.* (maintenant l'art. 575) sont respectées.

[200] Mon collègue le juge Kasirer n'est pas d'accord. Je conviens avec lui qu'une lecture indûment sévère des conditions d'autorisation n'est pas conforme à l'état du droit québécois. Nos divergences d'opinion semblent plutôt porter sur ce qui constitue un traitement « sévère » de la requête pour autorisation. Tout en acceptant que les requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif doivent être abordées avec souplesse, la jurisprudence, dans son état actuel, ne permet pas au juge d'autorisation de « deviner » le fondement de la cause d'action. Statuer ainsi ne constitue pas une lecture indûment sévère de la requête mais correspond plutôt à la volonté clairement exprimée du législateur que chacune des conditions énoncées à l'art. 1003 *C.p.c.* soit satisfaite.

A. *Objectives of the Class Action*

[201] This Court has already discussed the objectives of the class action in detail. They include facilitating access to justice, modifying harmful behaviour and conserving judicial resources (*L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831, at para. 6; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at paras. 27-29; *Vivendi*, at para. 1). These objectives have led to case law that facilitates bringing such an action (*Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 43, quoting *Infineon*, at para. 60). This case law is well established, and my intention is not to raise any doubts about it.

[202] As commendable as the objectives of the class action may be, they can be attained, however, only if a rigorous procedure is followed for the authorization of such an action. The fact that the class action is a cumbersome procedural vehicle that represents a huge undertaking for all of the participants, including the courts, cannot be disregarded. The class action will not be able to attain its objectives unless the courts give meaning and substance to the legislature's provisions in a manner consistent with their institutional role.

B. *Authorization Stage of the Class Action*

[203] Four conditions must be met in order for a class action to be authorized:

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

(a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;

(b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;

A. *Les objectifs visés par le recours collectif*

[201] La Cour a déjà décrit en détail les objectifs poursuivis par le recours collectif. Ceux-ci comprennent notamment l'accès à la justice, la modification des comportements préjudiciables et l'économie des ressources judiciaires (*L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831, par. 6; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27-29; *Vivendi*, par. 1). Ces objectifs ont donné lieu à une jurisprudence qui cherche à faciliter l'exercice d'un tel recours (*Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 43, citant *Infineon*, par. 60). Cette jurisprudence est bien établie et ce n'est aucunement mon intention de soulever un doute quelconque à cet égard.

[202] Les objectifs visés par le recours collectif, tout aussi louables qu'ils soient, ne peuvent cependant être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer l'autorisation du recours. On ne saurait fermer les yeux devant le fait que le recours collectif constitue un véhicule procédural lourd qui représente une démarche énorme pour tous les acteurs concernés, y compris les tribunaux. Le recours collectif ne peut atteindre ses objectifs que si les tribunaux donnent sens et substance au texte du législateur, dans le respect de leur rôle institutionnel.

B. *L'étape de l'autorisation du recours collectif*

[203] Quatre conditions doivent être satisfaites pour qu'un recours collectif soit autorisé :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

(c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and

(d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

[204] The authorization stage — known as the certification stage in the common law provinces — regulates the unique procedural vehicle that is the class action. Indeed, the class action enables a single representative to advance the interests of dozens or even hundreds of people (art. 999(d) C.C.P.). The mechanisms of authorization and notice to the members make up for the absence of a power of attorney that is inherent in the class action because of the exception made to the rules for mandates to take part in judicial proceedings (C. Piché, *L'action collective: ses succès et ses défis* (2019), at p. 71). Seen in this light, the authorization stage is what confers full legitimacy on the class action.

[205] The authorization stage thus helps to protect the interests of all those involved in the class action — not only the interests of the representative and the absent members, but also those of the defendants and even of the administration of justice:

[TRANSLATION] [T]he authorization procedure is also intrinsically intended to protect the rights and interests of defendants. Because the court is required to rule on the preconditions for authorizing the action, it ensures, in so doing, that defendants do not face groundless suits. This exercise is fundamental in a context in which abuse of process and actions with little basis can be common. Aside from that risk, the bringing of a class action generally has significant consequences for defendants. In that sense, it is now recognized that there is a considerable media and business impact on them [when a motion for authorization is filed]. The multiplier effect from the aggregation of a large number of claims produces a significant risk of nuisance. [Citations omitted.]

(C. Piché (2019), at pp. 71-72)

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[204] L'étape de l'autorisation — ou de la certification, dans les provinces de *common law* — encadre le véhicule procédural unique qu'est le recours collectif. En effet, le recours collectif permet à un seul représentant de faire valoir les intérêts de dizaines, voire de centaines de personnes (al. 999d) C.p.c.). Les mécanismes de l'autorisation et de l'avis aux membres pallient à l'absence de procuration, inhérente au recours collectif, causée par la dérogation aux règles du mandat d'ester en justice (C. Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis* (2019), p. 71). Vue sous cet angle, l'étape de l'autorisation confère au recours collectif toute sa légitimité.

[205] L'étape de l'autorisation permet donc la protection des intérêts de tous les intervenants au recours collectif, soit non seulement ceux du représentant et des membres absents, mais également ceux des défendeurs et même de l'administration de la justice :

[L]a procédure d'autorisation vise aussi de manière intrinsèque à protéger les droits et intérêts des défendeurs. En effet, parce qu'il a l'obligation de statuer sur les conditions de recevabilité préalables à l'exercice de l'action, le tribunal assure par le fait même qu'ils ne soient pas poursuivis sans fondement. Cet exercice est fondamental dans un contexte où les abus de procédure et actions intentées sur une base *de minimis* peuvent être fréquents. Au-delà de ce risque, les conséquences pour les défendeurs de l'introduction d'une action collective sont généralement importantes. De fait, il est désormais reconnu que ces derniers subissent des impacts médiatiques et commerciaux significatifs [lorsqu'une requête pour autorisation est déposée]. L'effet multiplicateur de l'agrégation d'un nombre élevé de réclamations produit un risque de nuisance considérable. [Références omises.]

(C. Piché (2019), p. 71-72).

[206] Authorization is therefore meant to be more than a mere formality. It would be regrettable if this stage were reduced to simply rubber stamping the proposed action. Indeed, a lack of rigour at the authorization stage represents a threat to the objectives of the class action itself, and in particular to its role as a vehicle for access to justice (see P.-C. Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution* (2006), at p. 349). I therefore agree completely with this eloquent statement by my colleague Kasirer J.A., as he then was:

A lack of rigour at authorization can indeed weigh down the courts with ill-conceived claims, creating the perverse outcome that the rules on class actions serve to defeat the very values of access to justice they were designed to champion.

(*Sibiga v. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, at para. 14 (CanLII))

[207] Despite its fundamental role, the authorization stage is nevertheless not uncontroversial. It is not accepted unanimously in the legal community, and differing views have in fact frequently been expressed by judges in this regard (see, e.g., *Charles v. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716, at paras. 69-74 (CanLII), per Bich J.A.; *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) v. Université Laval*, 2017 QCCA 199, at para. 136 (CanLII); see, *a contrario*, *Whirlpool Canada v. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, at para. 29 (CanLII), per Savard J.A., as she then was). These disagreements are not merely theoretical; they have very practical stakes that relate to the core of the legitimacy of the class action, that is, access to justice.

[208] The usefulness of the authorization stage is questioned because of the delays it can cause. However, even though some might consider that the time required for an authorization proceeding is excessive, this can in no way be compared to the length of the hearing on the merits (C. Piché, “Tout

[206] L’autorisation se veut donc davantage qu’une simple formalité. Il serait dommage de la réduire à un simple « estampillage » (« *rubber stamping* ») du recours proposé. En effet, un manque de rigueur à l’étape de l’autorisation menace les objectifs du recours collectif lui-même, tout particulièrement sa vocation en tant que véhicule d’accès à la justice (voir P.-C. Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution* (2006), p. 349). Je suis donc tout à fait d’accord avec les éloquentes propos de mon collègue le juge Kasirer, alors à la Cour d’appel, lorsqu’il écrivait :

[TRADUCTION] L’absence de rigueur à l’étape de l’autorisation peut effectivement avoir pour effet d’encombrer les tribunaux de poursuites mal conçues, produisant ainsi le résultat contraire de celui visé par les règles sur les actions collectives et contrecarrant de ce fait la réalisation des valeurs d’accès à la justice que ces règles sont censées promouvoir.

(*Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, par. 14 (CanLII))

[207] Or, malgré son rôle fondamental, l’étape de l’autorisation n’est pas sans controverse. En effet, elle ne fait pas l’unanimité au sein de la communauté juridique et a d’ailleurs fait l’objet de nombreux débats judiciaires (voir, p. ex., *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716, par. 69-74 (CanLII), la juge Bich; *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199, par. 136 (CanLII); et voir *a contrario*, *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, par. 29 (CanLII), la juge Savard, maintenant juge en chef de la Cour d’appel du Québec). Ces débats ne sont pas que théoriques; ils s’accompagnent d’enjeux bien pratiques, lesquels touchent au nerf central de la légitimité du recours collectif, soit l’accès à la justice.

[208] L’utilité de l’étape de l’autorisation est remise en question en raison des délais qu’elle peut occasionner. Cependant, quand bien même l’autorisation pourrait avoir une durée que certains estiment excessive, cela ne se compare aucunement à la durée de l’audition au mérite (C. Piché, « Tout ce qu’on

ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective" (2018), 77 R. du B. 525, at p. 540).

[209] What can be said in the face of this controversy? The fact is that, although the legislature has had several opportunities to eliminate the authorization stage, it has not seen fit to do so. Refashioning this stage — or, if necessary, abolishing it — is a matter for politicians. The authorization stage remains, and it must be given meaning.

C. *Role of the Judge at the Authorization Stage*

[210] The judge has a very specific role at the authorization stage that must be considered in order to properly fix the guideposts for this stage and ensure that motions for authorization to institute class actions are dealt with more uniformly. Before turning to this, I wish to briefly discuss certain well-established principles that apply at the authorization stage of a class action in Quebec.

[211] To begin, it should be borne in mind that the burden of showing that all the conditions of art. 1003 C.C.P. are met is *always*, and *only*, on the applicant. This is not a heavy burden: it is a burden of demonstration that the proposed legal syllogism is tenable rather than a burden of proof on a balance of probabilities (*Infineon*, at paras. 61, 65, 84, 89 and 127; *Oratoire*, at para. 58; *Martin v. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376, at para. 32 (CanLII); *Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367, at para. 25). It has, in particular, been described as a burden of logic (C.A. reasons, at paras. 38 and 45; *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243, at para. 88).

[212] Next, the allegations of fact in the motion must be assumed to be true, provided that they are sufficiently precise to ensure that they effectively support the existence of the right being claimed (*Infineon*, at paras. 67 and 134; *Oratoire*, at para. 59, per Brown J., and para. 171, per Gascon J.; *Labelle*

ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective » (2018), 77 R. du B. 525, p. 540).

[209] Face à cette polémique, qu'en est-il? Force est de constater que, malgré plusieurs occasions de le faire, le législateur n'a pas cru opportun d'éliminer l'étape de l'autorisation. Son remodelage — ou, le cas échéant, sa suppression — appartient à la sphère politique. L'étape de l'autorisation demeure et il faut lui donner un sens.

C. *Le rôle du juge à l'étape de l'autorisation*

[210] Le juge joue un rôle tout particulier à l'étape de l'autorisation, qu'il faut considérer afin de bien fixer les balises de cette étape et d'assurer une meilleure uniformité de traitement des requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif. Avant d'aborder cette question, je propose de discuter brièvement de certains principes bien établis qui sont applicables à l'étape de l'autorisation des recours collectifs au Québec.

[211] Tout d'abord, il importe de rappeler que le fardeau de démontrer que toutes les conditions de l'art. 1003 C.p.c. sont remplies appartient *toujours* et *seulement* au requérant. Ce fardeau n'est pas lourd; il s'agit d'un fardeau de démonstration du caractère soutenable du syllogisme juridique proposé plutôt qu'un fardeau de preuve par prépondérance des probabilités (*Infineon*, par. 61, 65, 84, 89 et 127; *Oratoire*, par. 58; *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376, par. 32 (CanLII); *Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367, par. 25). Il a notamment été décrit comme fardeau de logique (motifs de la C.A., par. 38 et 45; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243, par. 88).

[212] Ensuite, les allégations factuelles de la requête doivent être tenues pour avérées, pourvu qu'elles soient suffisamment précises de façon à soutenir efficacement l'existence du droit revendiqué (*Infineon*, par. 67 et 134; *Oratoire*, par. 59, le juge Brown, et par. 171, le juge Gascon; *Labelle c. Agence de*

v. Agence de développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux — région de Montréal, 2011 QCCA 334, at paras. 59-60 (CanLII); *Toure v. Brault & Martineau inc.*, 2014 QCCA 1577, at para. 38 (CanLII); *Sibiga*, at para. 52; *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, at para. 44 (CanLII); *Regroupement des citoyens contre la pollution v. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859, at para. 32; *Boiron Canada inc.*, at para. 4). Vague, general or imprecise allegations cannot be assumed to be true, as they are more akin to personal opinion, speculation or conjecture (*Oratoire*, at para. 59, per Brown J.; *Fortier v. Meubles Léon Ltée*, 2014 QCCA 195, at para. 69 (CanLII); *Toure*, at para. 39). Allegations that are vague, general or imprecise cannot be taken into consideration unless they are supported by “some evidence” (*Infineon*, at paras. 67 and 134; *Oratoire*, at para. 59). Furthermore, the court hearing the motion for authorization is not required to assume allegations amounting to legal argument to be true (*Option Consommateurs v. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, at paras. 37-38 (CanLII); Lafond, at p. 132).

[213] I would also reiterate that the court’s role is not to guess the basis for the action whose authorization is being sought, or for the legal syllogism, where no specific allegations are made in relation to a key element of the cause of action. The court hearing the motion for authorization can supplement the allegations using the evidence in the record and can draw inferences and presumptions from them (*Oratoire*, at para. 24, per Brown J.).

[214] Because the court is not required to assume the applicant’s legal allegations to be true, it “*may . . . decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so, and to some extent the court must also interpret the legislation to determine whether the proposed class action is ‘frivolous’ or ‘clearly wrong’ in law*” (*Oratoire*, at para. 55, per Brown J. (emphasis in original); see also *Trudel v. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413, at paras. 2-3 (CanLII); *Groupe d’action d’investisseurs dans Biosyntech v. Tsang*, 2016 QCCA 1923, at para. 33 (CanLII); *Lambert v. Whirlpool Canada, l.p.*, 2015 QCCA 433, at para. 12 (CanLII); *Fortier*, at

développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux — région de Montréal, 2011 QCCA 334, par. 59-60 (CanLII); *Toure c. Brault & Martineau inc.*, 2014 QCCA 1577, par. 38 (CanLII); *Sibiga*, par. 52; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, par. 44 (CanLII); *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc.*, 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859, par. 32; *Boiron Canada inc.*, par. 4). Les allégations vagues, générales ou imprécises ne peuvent être tenues pour avérées, puisqu’elles se rapprochent alors de l’opinion personnelle, de l’hypothèse et de la spéculation (*Oratoire*, par. 59, le juge Brown; *Fortier c. Meubles Léon Ltée*, 2014 QCCA 195, par. 69 (CanLII); *Toure*, par. 39). Ces allégations vagues, générales ou imprécises ne peuvent être prises en considération, à moins d’être supportées par « une certaine preuve » (*Infineon*, par. 67 et 134; *Oratoire*, par. 59). Par ailleurs, le tribunal d’autorisation n’a pas à tenir pour avérées les allégations qui relèvent de l’argumentation juridique (*Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 37-38 (CanLII); Lafond, p. 132).

[213] Je rappelle également qu’il n’appartient pas au tribunal de deviner le fondement du recours qu’on cherche à faire autoriser ou du syllogisme juridique en l’absence d’allégations spécifiques quant à un élément essentiel de la cause d’action. Le tribunal d’autorisation peut compléter les allégations avec la preuve au dossier et en tirer des inférences et présomptions (*Oratoire*, par. 24, le juge Brown).

[214] Puisque le tribunal n’a pas à tenir pour avérées les allégations juridiques du requérant, il « *peut trancher une pure question de droit au stade de l’autorisation si le sort de l’action collective projetée en dépend; dans une certaine mesure, il doit aussi nécessairement interpréter la loi afin de déterminer si l’action collective projetée est “frivole” ou “manifestement non fondée” en droit* » (*Oratoire*, par. 55, le juge Brown (en italique dans l’original); voir aussi *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413, par. 2-3 (CanLII); *Groupe d’action d’investisseurs dans Biosyntech c. Tsang*, 2016 QCCA 1923, par. 33 (CanLII); *Lambert c. Whirlpool Canada, l.p.*, 2015 QCCA 433, par. 12

paras. 89-91; *Toure*, at para. 42; *Benabu v. Vidéotron*, 2018 QCCS 2207, at paras. 19-22 (CanLII), aff'd 2019 QCCA 2174; *Seigneur v. Netflix International*, 2018 QCCS 4629, at paras. 39 and 51-52 (CanLII), aff'd 2019 QCCA 1671). I wish to emphasize that when a judge decides a question of law on which the outcome of a class action depends at the authorization stage, this furthers the objectives of predictability of the law and judicial economy that underlie the system of administration of justice. It is also consistent with the objective at the authorization stage of “ensur[ing] that defendants do not have to defend against untenable claims on the merits” (*Vivendi*, at para. 37; see also *Infineon*, at para. 61; *Oratoire*, at para. 56). Questions of fact, which require the filing of evidence, must be left to the trial judge.

[215] A judge has a more active role in deciding a motion for authorization than in an ordinary proceeding. The authorization judge must play the role of protector of the absent members' interests while remaining impartial and striving not to usurp the functions of counsel by managing the proceeding in an overly inquisitorial manner (Lafond, at pp. 14-16 and 48).

[216] The fundamental principle of our adversarial system is that it is the parties who conduct the case. Courts must decide cases on the basis of the record before them and may not reframe the litigation on their own initiative. Thus, although a judge does have the power to propose certain amendments — such as limiting the definition of the group — in order to promote the efficiency of the proceeding, he or she cannot reorient the debate (Lafond, at p. 20; see also *Raleigh v. Maibec inc.*, 2016 QCCS 2533, at para. 65 (CanLII); see also, in the common law context, *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, at paras. 132 and 134). Even though the court is required to play a more active role in the context of a class action, this does not mean it can take on the role of party or counsel and change the purpose of the action as presented by the applicant.

[217] In *Infineon*, and in the subsequent cases, this Court stated that the court plays a “filtering” or

(CanLII); *Fortier*, par. 89-91; *Toure*, par. 42; *Benabu c. Vidéotron*, 2018 QCCS 2207, par. 19-22 (CanLII), conf. par 2019 QCCA 2174; *Seigneur c. Netflix International*, 2018 QCCS 4629, par. 39 et 51-52 (CanLII), conf. par. 2019 QCCA 1671). Je tiens à souligner que lorsque le juge tranche une question de droit dont dépend le sort du recours collectif à l'étape de l'autorisation, cela favorise l'atteinte des objectifs de prévisibilité juridique et d'économie judiciaire qui sous-tendent le système d'administration de la justice. Ceci est d'ailleurs cohérent avec l'objectif de l'autorisation qui est « d'éviter que les parties défenderesses doivent se défendre au fond contre des réclamations insoutenables » (*Vivendi*, par. 37; voir aussi *Infineon*, par. 61; *Oratoire*, par. 56). Les questions de fait, qui exigent l'administration d'une preuve, doivent être laissées au juge du fond.

[215] Le rôle du juge d'autorisation se veut plus actif que dans les instances normales. En effet, le juge d'autorisation doit jouer son rôle de protecteur de l'intérêt des membres absents, tout en demeurant impartial et en s'efforçant de ne pas usurper les fonctions des avocats par une gestion trop inquisitrice de l'instance (Lafond, p. 14-16 et 48).

[216] Le principe fondamental dans notre système contradictoire est que ce sont les parties qui dirigent le dossier. Les tribunaux doivent juger de la cause selon le dossier qui leur est présenté. Ils ne peuvent de leur propre initiative recadrer le litige. Ainsi, bien que le juge conserve la faculté de proposer certains amendements afin de favoriser l'efficacité du recours, par exemple de restreindre la définition du groupe, il ne peut réorienter le débat (Lafond, p. 20; voir aussi *Raleigh c. Maibec inc.*, 2016 QCCS 2533, par. 65 (CanLII); voir aussi, dans le contexte de la common law, *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, par. 132 et 134). Même si le tribunal est appelé à jouer un rôle plus actif en matière de recours collectif, cela ne lui permet pas pour autant de s'arroger le rôle de partie ou d'avocat et de modifier l'objet du recours tel que présenté par la partie requérante.

[217] Dans *Infineon*, et les arrêts qui ont suivi, cette Cour a décrit le rôle du tribunal à l'autorisation

screening role at the authorization stage (paras. 59 and 65). However, this Court has explained as well that the court hearing the motion for authorization must also verify that the action meets each of the conditions of art. 1003 *C.C.P.* (*Vivendi*, at para. 37; *Infineon*, at para. 59). Nonetheless, there sometimes seem to be differences of opinion between seeing authorization as simply a screening stage whose purpose is only to prevent frivolous or vexatious cases and seeing it as a verification stage that ensures that the action meets all the conditions of art. 1003 *C.C.P.* Yet this Court clearly stated in *Infineon* that “the court’s role is merely to filter out frivolous motions and grant those that meet the evidentiary and legal threshold requirements of art. 1003”, that is, those that disclose an “arguable case” or a “good colour of right” (paras. 61 and 65 (emphasis added); see also *Vivendi*, at para. 37). Similarly, this Court has on several occasions reiterated that it is not only frivolous applications that must be screened out, but also those that are “untenable” (*Oratoire*, at paras. 56 and 61; see also *Infineon*, at paras. 61-62; *Vivendi*, at para. 37).

[218] Courts that decide whether to authorize class actions must take a consistent approach. Verifying that the relevant conditions are met at the authorization stage must not be mistaken for making an incursion into the merits or adding to the applicant’s burden at this stage. Even though the analysis required at the authorization stage may be laborious because, for example, the case is complex, this does not mean that it is illegitimate. Quite the contrary, the analysis is necessary to ensure that all the elements of the applicant’s cause of action are present and that each of the conditions set out in art. 1003 *C.C.P.* is met. The fact that the analysis may be difficult does not mean that the action must be authorized. Determining whether there is a “good colour of right” necessarily requires that the motion be read carefully to ascertain whether the proposed syllogism is tenable.

[219] The authorization judge is thus in the delicate position of having to adopt an approach to the authorization conditions that, on the one hand, helps preserve the integrity of the authorization stage and,

comme un rôle de « filtrage » (par. 59 et 65). Cependant, cette Cour a aussi précisé que le tribunal d’autorisation doit également vérifier que le recours satisfait à chaque condition de l’art. 1003 *C.p.c.* (*Vivendi*, par. 37; *Infineon*, par. 59). Or, il semble parfois exister des divergences de point de vue entre la conception de l’autorisation en tant que simple étape de filtrage, destinée à n’écarter que les causes futiles ou vexatoires, et en tant qu’étape de vérification, qui assure que le recours satisfait toutes les conditions de l’art. 1003 *C.p.c.* Pourtant, cette Cour a clairement affirmé dans *Infineon* que « le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles et autorise celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal prévus à l’art. 1003 », c’est-à-dire celles qui révèlent une « cause soutenable » ou « une apparence sérieuse de droit » (par. 61 et 65 (je souligne); voir aussi *Vivendi*, par. 37). De même, cette Cour a répété à plusieurs reprises que ce ne sont pas que les demandes frivoles qui doivent être écartées, mais également celles qui sont « insoutenables » (*Oratoire*, par. 56 et 61; voir aussi *Infineon*, par. 61-62; *Vivendi*, par. 37).

[218] Les tribunaux chargés de l’autorisation de recours collectifs doivent suivre une approche constante. Il ne faut pas confondre une vérification au stade de l’autorisation avec une incursion sur le fond ou encore un alourdissement du fardeau incombant au requérant à l’étape de l’autorisation. Même si l’analyse requise au stade de l’autorisation peut s’avérer laborieuse en raison, par exemple, de la complexité de l’affaire, cela ne veut pas pour autant dire qu’elle est illégitime. Bien au contraire, elle demeure nécessaire afin d’assurer que tous les éléments de la cause d’action du requérant soient présents et que chacune des conditions énoncées à l’art. 1003 *C.p.c.* soit remplie. Le fait que cette analyse puisse être difficile ne signifie pas que le recours doit être autorisé. La recherche d’une « apparence sérieuse de droit » requiert nécessairement une lecture attentive de la requête vérifiant le caractère soutenable du syllogisme proposé.

[219] Le juge d’autorisation se trouve donc dans la position délicate d’adopter une approche aux conditions d’autorisation qui d’une part, permet de préserver l’intégrité de l’étape d’autorisation, et qui,

on the other, does not place undue restrictions on the action being proposed. Defects of form can be excused, but substantive defects cannot be. Because the court must assume that the alleged facts are true, the allegations must be clear and complete, not vague, general or imprecise. In short, the judge's role at the authorization stage is to screen out frivolous or untenable actions, *but also* to verify that the applicant meets all the conditions of art. 1003 *C.C.P.* Professor Lafond clearly summarizes the task of the court hearing the motion for authorization:

[TRANSLATION] The class action does not have to be put through the ultimate test at the authorization stage. As the Supreme Court has stated, the court need not be convinced of the merits of the claim. Its role comes down to verifying, without making any assumption about the merits of the case, whether the legal syllogism underlying the action is correct, which involves a brief review of the legal arguments made by the applicant. [Emphasis added; citations omitted; pp. 110-11.]

[220] That being said, my articulation of the screening role is not an attempt to “revive a debate that was in fact settled by this Court as recently as last year”, as my colleague suggests (para. 54). In Kasirer J.'s view, *Oratoire* confirmed that authorization can be denied only if a motion is frivolous or clearly unfounded in law or in fact (paras. 55-58). However, saying that authorization is a verification stage and not simply a stage for screening out abusive and frivolous actions is consistent with the decisions of this Court (see *Infineon*, at para. 61; *Vivendi*, at para. 37). The case law is perfectly clear and unanimous in this regard: at the authorization stage, the court must ensure that all the conditions of art. 1003 *C.C.P.* are met and must decline to authorize the action if even one of them is not met. The court certainly plays a screening role at the authorization stage, *but also* a verification role (*Infineon*, at para. 59; *Vivendi*, at para. 37; *Oratoire*, at para. 7, per Brown J.).

[221] I wish to clarify my understanding of the expression “frivolous on its face”, as this seems to be at the root of the difference of opinion with my colleague. In this regard, I am of the opinion that

d'autre part, n'est pas indûment restrictive eu égard au recours envisagé. Des carences de forme sont pardonnables; des carences de substance ne le sont pas. Puisque le tribunal doit tenir les faits allégués pour avérés, les allégations doivent être claires et complètes, plutôt que vagues, générales ou imprécises. En somme, le rôle du juge à l'étape de l'autorisation est de filtrer les recours frivoles ou insoutenables, *mais aussi* de vérifier que toutes les conditions de l'art. 1003 *C.p.c.* sont satisfaites par le requérant. Le professeur Lafond résume bien la tâche incombant au tribunal d'autorisation :

Le recours collectif ne doit pas subir l'épreuve ultime dès le stade de l'autorisation. Comme l'énonce la Cour suprême, le tribunal n'a pas besoin d'être convaincu du bien-fondé de la réclamation. Sa fonction se résume à vérifier l'exactitude du syllogisme juridique qui sous-tend le recours, sans présumer en rien du fond du litige, ce qui implique l'examen sommaire des arguments de droit soumis par le requérant. [Je souligne; références omises; p. 110-111.]

[220] Ceci dit, mon énoncé de la fonction de filtrage ne cherche pas à « raviver un débat qui, pourtant, a été tranché par cette Cour aussi récemment que l'année dernière », comme le soutient mon collègue (par. 54). Le juge Kasirer affirme que l'arrêt *Oratoire* a confirmé que seules les requêtes frivoles ou manifestement mal fondées en droit ou en fait ne peuvent être autorisées (par. 55-58). Or, affirmer que l'autorisation est une étape de vérification et non simplement de filtrage des recours abusifs et frivoles respecte la jurisprudence de cette Cour (voir *Infineon*, par. 61; *Vivendi*, par. 37). La jurisprudence est parfaitement limpide et unanime à cet égard : à l'étape de l'autorisation, le tribunal doit s'assurer que toutes les conditions de l'art. 1003 *C.p.c.* sont satisfaites et l'autorisation doit être refusée si une seule des conditions n'est pas remplie. À l'étape de l'autorisation, le tribunal exerce certes un rôle de filtrage *mais aussi* de vérification (*Infineon*, par. 59; *Vivendi*, par. 37; *Oratoire*, par. 7, le juge Brown).

[221] Je souhaite préciser ma compréhension de l'expression « frivole à sa face même » puisque cela semble être à l'origine du désaccord avec mon collègue. À ce propos, je suis d'opinion que mon

my colleague departs from this Court's precedents in *Infineon*, *Vivendi* and *Oratoire* in stating that the purpose of screening is merely "to filter out frivolous claims, and nothing more" (paras. 25 and 27). I agree that the screening threshold is not a very high one. Nevertheless, there is a distinction between an "untenable" motion and one that is "frivolous". In my view, a motion for authorization that does not meet all the authorization conditions is not for that reason alone "frivolous", a label that applies instead to a motion that is futile, vexatious or meaningless on its face. It is therefore not a question of screening out only the most extreme motions. The motion must be read carefully and the evidence in the record analyzed. When I speak of a verification stage, I am reiterating the well-established principle that the authorization judge must carefully read the allegations of the motion that are assumed to be true in order to determine whether the legal syllogism proposed in the motion is an arguable one.

[222] Having clarified this, I will now discuss the standard for appellate intervention in a decision made at the authorization stage.

D. *Standard for Appellate Intervention*

[223] Judges have broad powers at the authorization stage; they have considerable leeway in assessing whether the four authorization conditions set out in art. 1003 *C.C.P.* are met (*Harmegnies*, at paras. 20-24; see also Lafond, at pp. 153-54). If a judge is of the opinion that each condition is met, he or she must authorize the action, as provided for in art. 1003 *C.C.P.*, and has no discretion to decline to do so (see also *Vivendi*, at para. 67).

[224] This broad power to assess is reflected in the applicable standard for appellate intervention: palpable and overriding error. As this Court recently observed, an appellate court's power to intervene is limited when it hears an appeal from a decision on a motion for authorization to institute a class action (*Oratoire*, at para. 10, per Brown J.). Intervention by the Court of Appeal will be justified only if the authorization judge's assessment of the conditions of art. 1003 *C.C.P.* is clearly wrong (see also *Vivendi*,

collègue s'écarte de la jurisprudence de cette Cour dans les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire* en affirmant que le filtrage ne vise qu'à « écarter les demandes frivoles, sans plus » (par. 25 et 27). Je conviens que le seuil du filtrage n'est pas très élevé. Cependant, il existe une distinction entre une demande « insoutenable » et une demande « frivole ». À mon sens, une requête pour autorisation qui ne remplit pas toutes les conditions d'autorisation n'est pas par ce fait même « frivole », qualificatif appliqué plutôt aux requêtes qui, à leur face même, sont futiles, vexatoires ou dénuées de sens. Il n'est donc pas question de n'écarter que les requêtes les plus extrêmes. Une lecture attentive de la requête et une analyse de la preuve au dossier s'imposent. Lorsque je parle d'une étape de vérification, je réitère le principe bien établi voulant que le juge d'autorisation doive lire avec attention les allégations de la requête tenues pour avérées afin d'analyser le caractère défendable du syllogisme juridique qu'elle propose.

[222] Cette mise au point étant faite, j'aborde maintenant la norme d'intervention en appel d'une décision rendue à l'étape de l'autorisation.

D. *La norme d'intervention en appel*

[223] Les pouvoirs du juge à l'étape de l'autorisation sont vastes; il dispose d'une importante marge de manœuvre dans l'appréciation des quatre conditions d'autorisation énoncées à l'art. 1003 *C.p.c.* (*Harmegnies*, par. 20-24; voir aussi Lafond, p. 153-154). Lorsqu'il est d'avis que chaque condition est satisfaite, il doit autoriser le recours, comme le prescrit l'art. 1003 *C.p.c.*, et il n'a pas discrétion de refuser de l'autoriser (voir aussi *Vivendi*, par. 67).

[224] Cet important pouvoir d'appréciation se reflète dans la norme d'intervention en appel qui lui est applicable, soit celle de l'erreur manifeste et déterminante. Notre Cour l'a récemment rappelé : le pouvoir d'intervention d'une cour d'appel est limité lorsqu'elle siège en appel d'une décision portant sur une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif (*Oratoire*, par. 10, le juge Brown). Ce n'est que lorsque l'appréciation par le juge d'autorisation des conditions de l'art. 1003 *C.p.c.* s'avère

at para. 34; *Federal Express Canada Corporation v. Farias*, 2019 QCCA 1954, at para. 2 (CanLII); *Benabu* (C.A.), at para. 3 (CanLII)). If the Court of Appeal chooses to intervene on the basis that, in its view, the assessment of one of the authorization conditions is clearly wrong, it can substitute its own opinion only with respect to that condition (*Vivendi*, at para. 35; *Sofio v. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, at para. 17 (CanLII); *Sibiga*, at paras. 32-35; *Boiron Canada inc.*, at para. 37; *Belmamoun v. Brossard (Ville)*, 2017 QCCA 102, 68 M.P.L.R. (5th) 46, at para. 70). Of course, the Court of Appeal can intervene if there is an error of law, because the standard applicable to questions of law is correctness. The fact remains, however, that an appellate court's power of intervention is limited and that it must defer to the authorization judge's assessment of the conditions of art. 1003 C.C.P.

IX. Application

[225] How do these principles apply in this case? I begin by noting that this is not an action in which the inadequacies of the legal syllogism are obvious on the face of the motion for authorization (see, e.g., *Durand v. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCS 2817). However, *Infineon* and *Vivendi* did not make the authorization conditions so generous that only motions that are frivolous on their face can be screened out.

[226] This appeal requires a careful analysis of the motion, including the allegations and the documents that were before the authorization judge so that she could determine whether the action should be authorized. This is precisely the exercise that an authorization judge must undertake, and prior to this analysis, it cannot be said on what basis the cause of action is arguable and can be authorized. Authorization remains an intellectual exercise that cannot be sidestepped on the ground that a cursory reading of the motion does not show the legal syllogism to be fundamentally flawed.

manifestement mal fondée que l'intervention de la Cour d'appel est justifiée (voir aussi *Vivendi*, par. 34; *Federal Express Canada Corporation c. Farias*, 2019 QCCA 1954, par. 2 (CanLII); *Benabu* (C.A.), par. 3 (CanLII)). Si la Cour d'appel choisit d'intervenir au motif qu'elle estime que l'appréciation d'une des conditions d'autorisation est manifestement mal fondée, elle ne peut substituer son opinion qu'à l'égard de cette condition (*Vivendi*, par. 35; *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, par. 17 (CanLII); *Sibiga*, par. 32-35; *Boiron Canada inc.*, par. 37; *Belmamoun c. Brossard (Ville)*, 2017 QCCA 102, 68 M.P.L.R. (5th) 46, par. 70). Bien entendu, la Cour d'appel peut intervenir en cas d'erreur de droit puisque les questions de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte. Néanmoins, il reste que le pouvoir d'intervention d'une cour d'appel demeure limité et que celle-ci doit faire preuve de déférence envers la décision du juge d'autorisation dans son appréciation des conditions de l'art. 1003 C.p.c.

IX. Application

[225] Qu'en est-il de l'application de ces principes en l'espèce? Je note d'emblée qu'il ne s'agit pas ici d'un recours dont les insuffisances du syllogisme juridique sont évidentes à la face même de la requête pour autorisation (voir, p. ex., *Durand c. Attorney General of Quebec*, 2018 QCCS 2817). Cependant, *Infineon* et *Vivendi* n'ont pas assoupli les conditions d'autorisation au point de ne pouvoir écarter que les demandes frivoles à leur face même.

[226] Ce pourvoi exige une analyse attentive de la requête, incluant les allégations et les documents qui étaient devant la juge de l'autorisation afin qu'elle puisse déterminer si le recours devait être autorisé. C'est justement là l'exercice qui incombe au juge d'autorisation et l'on ne saurait dire avant cette analyse pour quel motif la cause d'action est défendable et susceptible d'être autorisée. L'autorisation demeure un exercice intellectuel qui ne peut être éludé au motif qu'une lecture diagonale de la requête ne fait pas transparaître de lacunes fondamentales dans le syllogisme juridique.

A. *The Proposed Action Against Firm*

[227] The main issue that must be considered in relation to the action against Firm concerns the Court of Appeal's intervention in the Superior Court's decision. This issue raises two sub-issues relating to the authorization conditions set out in art. 1003 *C.C.P.*: whether there are any common questions with regard to Firm (art. 1003(a) *C.C.P.*) and whether there is an arguable case against Firm (art. 1003(b) *C.C.P.*).

[228] Before dealing with these issues, I believe it is essential to discuss the basis for the respondent's action against Firm, as there is some disagreement about it.

[229] I agree with my colleague that the existence of a contractual relationship between Firm and the respondent is no longer in any doubt (paras. 23 and 37). Firm's representatives, including Ms. Blanchette, could therefore engage its contractual liability, which the appellants in fact conceded at the hearing in this Court. However, I note that the motion judge considered several possible contractual bases for the action against Firm. The fact that she ruled out the possibility of a contractual basis arising from the deposit agreements does not invalidate her decision given the fact that she considered other contractual bases, including the one arising from the mandator-mandatory relationship between Firm's representatives and their clients.

[230] The respondent's action is based on a breach of Firm's duty to inform. The respondent asserts that if he had been informed that the investments involved certain risks relating to the return, he would not have purchased them.

[231] My colleague outlines the nature of the duty to inform (para. 61). I therefore propose to make only a few additional points. First, the duty to inform arises both at the pre-contractual stage, where it requires the disclosure of the information needed to obtain informed consent, and during the performance of the contract (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers

A. *Le recours proposé contre Cabinet*

[227] La question principale qui doit être analysée quant au recours contre Cabinet porte sur l'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision de la Cour supérieure. Cette question soulève deux sous-questions relatives aux conditions d'autorisation énoncées à l'art. 1003 *C.p.c.*, soit la présence de questions communes à l'égard de Cabinet (al. 1003a) *C.p.c.*) et l'existence d'une cause défendable contre Cabinet (al. 1003b) *C.p.c.*).

[228] Avant de discuter de ces questions, il me semble essentiel de parler du fondement du recours de l'intimé contre Cabinet, puisque celui-ci ne fait pas l'unanimité.

[229] Je conviens avec mon collègue que l'existence d'un lien contractuel entre Cabinet et l'intimé ne fait plus de doute (par. 23 et 37). Ainsi, les représentants de Cabinet, dont M^{me} Blanchette, peuvent engager la responsabilité contractuelle de cette dernière, ce que les appelantes ont par ailleurs concédé à l'audience devant notre Cour. Cependant, je rappelle que la juge de première instance a considéré plusieurs fondements contractuels possibles du recours contre Cabinet. Le fait qu'elle ait écarté la possibilité d'un fondement contractuel sur la base des conventions de dépôt n'invalide pas pour autant sa décision dans la mesure où elle a analysé d'autres fondements contractuels dont celui découlant de la relation mandant-mandataire entre les représentants de Cabinet et leurs clients.

[230] Le recours de l'intimé se fonde sur un manquement au devoir d'information (ou devoir de renseignement) de Cabinet. L'intimé affirme que s'il avait été informé que les placements comportaient certains risques quant au rendement, il n'y aurait pas souscrit.

[231] Mon collègue résume la nature du devoir d'information (par. 61). Je propose donc de n'y ajouter que quelques précisions. Tout d'abord, le devoir d'information intervient tant au stade précontractuel en obligeant la divulgation des informations nécessaires à l'obtention du consentement éclairé qu'en cours d'exécution de contrat (J.-L. Baudouin,

and B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle* (8th ed. 2014), at Nos. 2-452 and 307). The duty to inform to which my colleague refers would appear to be an ongoing duty that arose during the performance of the contract for services, as it cannot, in this case, be a duty to inform that arose at the pre-contractual stage in relation to the deposit agreements.

[232] Finally, before embarking on the subject of the respondent's action against Firm, I would like to clarify which contracts are at issue in this case given that the respondent is alleging that Firm is contractually liable. The motion judge did not err in stating that Firm could not be contractually liable on the basis of the deposit agreements for the PP and ALT investments because the parties to those agreements were the clients and their respective caisses populaires. This does not seem to have been questioned either by the Court of Appeal or by my colleague. The contract that could give rise to Firm's contractual liability is instead the one that it entered into with clients through its representatives, in this case Ms. Blanchette. I agree with the Court of Appeal that the contract in question was a contract for services whose sole object was the giving of advice (paras. 54 and 63). My position on this point is therefore the same as that of my colleague (para. 59). While the giving of advice was the core prestation under the contract, I also agree that this did not preclude a duty to inform from existing as well (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 306).

(1) Intervention of the Court of Appeal

[233] The appellants submit that the Court of Appeal rewrote the respondent's cause of action against Firm. This argument is based in part on the comments the court made at para. 33 of its reasons:

[TRANSLATION] First, while it is true that one must not be satisfied with vagueness, generalities and imprecision, it would be wrong to close one's eyes to allegations that are perhaps not perfect, but whose true meaning is nonetheless clear. One must therefore be able to read between

P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle* (8^e éd. 2014), nos 2-452 et 307). Le devoir d'information auquel réfère mon collègue semblerait être un devoir d'information continu, qui intervient lors de l'exécution du contrat de services puisqu'il ne peut s'agir, en l'espèce, d'un devoir d'information qui serait intervenu au stade précontractuel relatif aux conventions de dépôt.

[232] Enfin, avant de m'aventurer sur la question du recours de l'intimé contre Cabinet, je souhaite bien cerner les contrats dont il est question en l'espèce, puisque l'intimé allègue la responsabilité contractuelle de Cabinet. La juge de première instance ne fait aucune erreur lorsqu'elle affirme que les conventions de dépôt des placements PP et GA ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle de Cabinet puisqu'elles interviennent entre les clients et leurs caisses populaires respectives. Cela ne semble pas être remis en question, ni par la Cour d'appel, ni par mon collègue. Le contrat susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de Cabinet serait plutôt celui qui intervient entre le client et Cabinet, par l'entremise de la représentante, en l'espèce M^{me} Blanchette. Je suis d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle affirme qu'il s'agit là d'un contrat de services dont le seul objet est le conseil (par. 54 et 63). Je partage donc la position de mon collègue à cet égard (par. 59). Même si la prestation de base du contrat est le conseil, je conviens également que cela n'empêche pas qu'un devoir d'information existe également (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 306).

(1) L'intervention de la Cour d'appel

[233] Les appelantes soutiennent que la Cour d'appel a réécrit la cause d'action de l'intimé à l'égard de Cabinet. Cela découlerait notamment des propos énoncés au par. 33 de ses motifs :

D'une part, s'il est vrai que l'on ne doit pas se satisfaire du vague, du général et de l'imprécis, l'on ne peut pour autant fermer les yeux devant des allégations qui ne sont peut-être pas parfaites, mais dont le sens véritable ressort néanmoins clairement. Il faut donc savoir lire entre les

the lines. To do otherwise would be to adopt an unduly literal or rigid approach and to give what the Supreme Court stated in this regard a meaning that it does not have. [Emphasis added.]

[234] It is true that strict formalism is not compatible with the flexible approach that must be taken at the authorization stage. But even if it is assumed for the purposes of discussion that it is sometimes necessary to “read between the lines”, lines must still exist; the court cannot write them itself.

[235] I would adopt the interesting metaphor made by Rennie J., as he then was, in speaking of administrative law:

Newfoundland Nurses is not an open invitation to the Court to provide reasons that were not given, nor is it licence to guess what findings might have been made or to speculate as to what the tribunal might have been thinking. This is particularly so where the reasons are silent on a critical issue. . . . *Newfoundland Nurses* allows reviewing courts to connect the dots on the page where the lines, and the direction they are headed, may be readily drawn. Here, there were no dots on the page. [Emphasis added.]

(*Komolafe v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267, at para. 11)

[236] In the same way, “reading between the lines” does not allow an appellate court to reorient an action however it likes, particularly in the absence of allegations. While a motion may lack clarity, as the Court of Appeal acknowledged with respect to the record in this case (at para. 47), there must still be a common thread that makes it possible to connect the dots so that the court hearing the motion can infer the cause of action on the basis of deductions from the alleged facts (*A v. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394, at para. 31 (CanLII)). However, this cannot be done in the absence of allegations, and it certainly cannot be done where there are conflicting allegations. That would go beyond facilitating the authorization of class actions as favoured by the courts. And in my opinion, with respect, that is what happened in the Court of Appeal.

lignes. Agir autrement serait faire montre d’un rigorisme ou d’un littéralisme injustifié et donner aux propos de la Cour suprême en la matière une acception qu’ils n’ont pas. [Je souligne.]

[234] Il est vrai que d’adopter un formalisme sévère cadre mal avec l’approche souple et flexible qui doit prévaloir au stade de l’autorisation. Or, même en supposant pour les fins de la discussion que l’on doit parfois « lire entre les lignes », encore faut-il qu’il y ait des lignes; la cour ne peut les écrire elle-même.

[235] Je me permets ici d’adopter l’intéressante métaphore du juge Rennie, alors à la Cour fédérale, lors qu’il parlait du droit administratif :

L’arrêt *Newfoundland Nurses* ne donne pas à la Cour toute la latitude voulue pour fournir des motifs qui n’ont pas été donnés, ni ne l’autorise à deviner quelles conclusions auraient pu être tirées ou à émettre des hypothèses sur ce que le tribunal a pu penser. C’est particulièrement le cas quand les motifs passent sous silence une question essentielle. [. . .] L’arrêt *Newfoundland Nurses* permet aux cours de contrôle de relier les points sur la page quand les lignes, et la direction qu’elles prennent, peuvent être facilement discernées. Ici, il n’y a même pas de points sur la page. [Je souligne.]

(*Komolafe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267, par. 11)

[236] De la même façon, de « lire entre les lignes » ne permet pas à une cour d’appel de réorienter le recours à sa guise, particulièrement en l’absence d’allégations. Bien qu’une requête puisse manquer de limpidité, comme le reconnaît la Cour d’appel à l’égard du dossier en l’espèce (par. 47), un fil conducteur doit néanmoins permettre de relier les points afin de permettre au tribunal d’inférer la cause d’action sur la base de déductions fondées sur les faits allégués (*A c. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394, par. 31 (CanLII)). Cela ne pourra cependant pas se faire en l’absence d’allégations et certainement pas en présence d’affirmations contradictoires. La facilitation de l’autorisation du recours collectif favorisée par la jurisprudence ne va pas jusque-là. Or, et avec respect, c’est ce qui s’est passé selon moi en Cour d’appel.

[237] The authorization judge analyzed the action against Firm as it had been presented by the respondent in his motion for authorization, that is, from the standpoint of Firm's contractual liability for a breach of the duty to inform. This alleged breach of the duty to inform was analyzed in relation to, among other things, a contractual basis for the action arising from the mandator-mandatory relationship between Firm's representatives and the clients (para. 208). I reiterate here that the judge's assessment of the authorization conditions is entitled to deference on appeal absent a palpable and overriding error.

(2) Common Questions Requirement (Article 1003(a) C.C.P.)

[238] Firm essentially argues that unless the representations or omissions alleged against all of its financial advisers are shown to have been systematic in nature, the class action cannot be authorized, since the condition of identical, similar or related questions of law or fact is not met.

[239] I agree with the authorization judge that this condition is not met in this case. The liability of financial advisers for a breach of the duty to inform and the duty to provide advice is not well suited to a class action because of the highly individual nature of the relationship between a client and an adviser in the context of a contract for investment services. In such a case, the liability analysis would have to be repeated for each individual claim. The case law is consistent in this regard: there can be no common questions in such circumstances. This does not mean, however, that financial advisers are shielded from any class action for a breach of the duty to inform. If an applicant can show that the breach was *systematic in nature*, the common questions condition will not be an impediment to authorizing the action. This was what the applicant in *Oratoire* did by preparing a table of victims that, he argued, showed what appeared to be systematic fault on the part of the defendant institutions. The respondent here, on the other hand, has neither alleged nor shown any kind of systematic breach of the advisers' duty to inform

[237] La juge d'autorisation a analysé le recours contre Cabinet tel qu'il a été présenté par l'intimé dans sa requête pour autorisation, c'est-à-dire sous l'angle de la responsabilité contractuelle de Cabinet découlant d'un manquement au devoir d'information. Ce manquement allégué du devoir d'information a fait l'objet d'une analyse notamment dans le cadre d'un fondement contractuel qui découlerait de la relation mandant-mandataire entre les représentants de Cabinet et les clients (par. 208). Je rappelle ici que l'appréciation par la juge des conditions d'autorisation commande la déférence en appel en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante.

(2) L'exigence de questions communes (al. 1003a) C.p.c.)

[238] Cabinet plaide essentiellement qu'à moins de démontrer un caractère systématique aux représentations ou omissions reprochées à l'ensemble des conseillers financiers de Cabinet, le recours collectif ne peut être autorisé, car la condition des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes n'est pas satisfaite.

[239] Je suis d'avis, à l'instar de la juge d'autorisation, que cette condition n'est pas satisfaite en l'espèce. La responsabilité de conseillers financiers pour un manquement au devoir d'information et de conseil ne se prête pas à un recours collectif en raison du caractère hautement individuel de la relation entre un client et son conseiller dans le cadre d'un contrat de services de placement. L'analyse de la responsabilité devrait alors être reprise dans chacun des cas individuels. La jurisprudence est constante à cet égard : il ne peut y avoir de questions communes dans de telles circonstances. Ceci ne signifie toutefois pas que les conseillers financiers sont à l'abri de tout recours collectif reprochant un manquement au devoir d'information. Lorsqu'un requérant parvient à démontrer que le manquement revêt un *caractère systématique*, la condition des questions communes ne fera pas obstacle à l'autorisation. C'est ce qu'avait fait le demandeur dans *Oratoire* en préparant un tableau des victimes qui, selon lui, révélait l'apparence d'une faute de nature systématique de la part des institutions défenderesses. Or, l'intimé

that might be imputed to Firm. By the respondent's own admission, he has no idea whether other clients were in the same situation as him. In short, it is the absence of a systematic breach that is fatal to the respondent's action, not the fact that the action concerns financial advisers.

[240] The question to be dealt with collectively as regards Firm's duty to inform is described as follows by the respondent:

[TRANSLATION] [D]id [Firm] breach this duty [to inform] by failing to clearly inform the members of the . . . Group . . . that the PP and ALT Investments would include investment strategies that might eliminate, before maturity, any possibility of a return?

(A.R., vol. II, at p. 158)

[241] Even if it is assumed for the purposes of discussing the condition of art. 1003(a) *C.C.P.* that the respondent has an arguable case against Firm, I am of the view that the action cannot be authorized because of the absence of common questions. Determining whether Firm committed the fault it is alleged to have committed, namely a breach of its duty to provide information concerning the safety of the PP and ALT investments, requires a contextual analysis involving a number of factors, including the nature of the relationship between the financial adviser and the client, the information provided by the financial adviser, each individual's investor profile, age and experience, each investor's understanding of the risks associated with the investments, and each investor's level of sophistication and risk tolerance — all factors that essentially highlight the fact that the duty to inform is an individual and not a common one unless it is shown that the duty was systematically breached.

[242] I agree with my colleague that the duty to inform is more general than the duty to provide advice owed by Firm's representatives. The duty to inform is, however, a variable obligation shaped

n'a ni allégué ni démontré quelque manquement systématique que ce soit au devoir d'information des conseillers qui pourrait être imputé à Cabinet. De l'aveu même de l'intimé, il n'a aucune idée si d'autres clients étaient dans la même situation que lui. En bref, c'est l'absence de caractère systématique qui est fatal au recours de l'intimé et non le fait qu'il vise des conseillers financiers.

[240] L'intimé décrit comme suit la question à être traitée collectivement en ce qui concerne le devoir d'information de Cabinet :

[Cabinet a-t-elle] contrevenu à ce devoir [d'information] en omettant d'informer clairement les membres du Groupe [. . .] que les Placements PP et GA comprendraient des stratégies de placements susceptibles de réduire à néant, avant terme, toute possibilité de rendement?

(d.a., vol. II, p. 158)

[241] Même en présumant pour les fins de la discussion de la condition de l'al. 1003a) *C.p.c.* que l'intimé a une cause défendable contre Cabinet, je suis d'avis que le recours ne peut être autorisé en raison de l'absence de questions communes. L'existence, s'il en est, de la faute reprochée à Cabinet, soit un manquement à son devoir d'information concernant le caractère sécuritaire des placements PP et GA, requiert une analyse contextuelle impliquant plusieurs facteurs, dont : la nature de la relation entre le conseiller financier et son client, les informations transmises par le conseiller financier, le profil d'investisseur de chaque individu, son âge et son expérience, la compréhension par chaque investisseur des risques associés aux placements, le degré de sophistication de chaque investisseur, la tolérance de chaque investisseur au risque; tous des facteurs mettant essentiellement en évidence le caractère individuel, et non commun du devoir d'information en l'absence d'une démonstration du caractère systématique du manquement à ce devoir.

[242] Je conviens avec mon collègue que le devoir d'information se veut plus général que le devoir de conseil incombant aux représentants de Cabinet. Le devoir d'information est cependant une obligation

by the circumstances of each case, such as the client's characteristics and the nature of the client's relationship with his or her adviser (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 2006; N. L'Heureux and M. Lacoursière, *Droit bancaire* (5th ed. 2017), at No. 644). This Court affirmed the variable nature of the duty to inform in *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at pp. 586-87. The variable nature of the duty is especially true in cases where it is an accessory to a main prestation whose object is the giving of advice (reasons of Kasirer J., at para. 59). In the case at bar, the duty to inform did not arise as an accessory to the deposit agreements for the PP and ALT investments, since the parties to those agreements were the clients and their caisses populaires. The obligation to inform in this case clearly arose in a broader context, namely the provision of a financial adviser's services, which varies in accordance with several factors, including the length of the relationship, the client's goals and the client's level of expertise, to name a few. It is therefore not surprising that the respondent does not know whether there are other members in the same situation as him.

[243] The duty to inform owed by a professional who provides services to a lay client therefore includes a duty to become informed of facts that may be of interest to the client (Lluellas and Moore, at No. 2009.1). In this regard, one of the most important obligations of securities dealers and financial advisers is to know their clients. This obligation of means is necessarily an individual one whose content and extent vary (S. Rousseau, "L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières" (2008), 2 *R.D.B.F.* 11). The obligation of advisers or dealers to know their clients shapes their relationship with them; it is clear that the clients' specific circumstances are of significant importance.

[244] This Court in fact recognized the variable content of the obligations resting on market intermediaries in *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638:

à géométrie variable modulée par les circonstances propres à chaque cas, telles que les caractéristiques du client et la nature de la relation avec son conseiller (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 2006; N. L'Heureux et M. Lacoursière, *Droit bancaire* (5^e éd. 2017), n^o 644). La dimension à géométrie variable du devoir d'information a été confirmée dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, p. 586-587. Cela est d'autant plus vrai dans un cas où le devoir d'information est l'accessoire d'une prestation principale ayant pour objet le conseil (motifs du juge Kasirer, par. 59). En effet, le devoir d'information en l'espèce n'intervient pas à titre d'accessoire aux conventions de dépôt des placements PP et GA, puisque ces conventions interviennent entre les clients et leurs caisses populaires. Force est de constater que l'obligation d'information en l'espèce s'inscrit dans un contexte plus large, soit la prestation de services de conseiller financier, qui varie selon plusieurs facteurs, notamment la durée de la relation, les objectifs du client, son niveau d'expertise, et j'en passe. Il n'est donc pas surprenant que l'intimé ignore s'il existe d'autres membres dans la même situation que lui.

[243] C'est ainsi que le devoir d'information incombant à un professionnel qui dispense des services à un client profane comprend le devoir de se renseigner au sujet des faits susceptibles d'intéresser le client (Lluellas et Moore, n^o 2009.1). À ce titre, l'une des obligations les plus importantes incombant aux courtiers en valeurs mobilières et aux conseillers financiers est celle de connaître son client. Or, cette obligation de moyens est nécessairement individuelle, à contenu et à intensité variable (S. Rousseau, « L'obligation du courtier de connaître son client en droit canadien des valeurs mobilières » (2008), 2 *R.D.B.F.* 11). L'obligation du conseiller ou du courtier de connaître son client vient moduler sa relation avec ce dernier; il est clair que les circonstances spécifiques du client ont une importance significative.

[244] Notre Cour a par ailleurs déjà reconnu le contenu variable des obligations incombant aux intermédiaires de marché dans l'arrêt *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638 :

The content of the obligations that rest on the manager will vary with the object of the mandate and the circumstances. One of the most fundamental of these obligations is that the manager exercise reasonable skill and all the care of a prudent administrator (art. 1710 *C.C.L.C.*). The conduct expected is not that of the best of managers, nor the worst. Rather, it is the conduct of a reasonably prudent and diligent manager performing similar functions in an analogous situation. Thus the portfolio manager's conduct must [TRANSLATION] "be analysed having regard to his role as a specialist in this kind of transaction, and to the practices of each profession" ([N. L'Heureux, "La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce" (1977), 18 *C. de D.* 397], at p. 425). The *Regulation respecting securities*, (1983) 115 G.O. II, 1269, further defines this obligation by requiring that in his relations with his client the manager use "the care that one might expect of an informed professional placed in the same circumstances" (s. 235). He must also deal in good faith, honestly and fairly with his clients (s. 234.1). [Emphasis added; para. 29.]

The Court also stated the following:

The scope and nature of this duty will vary with the circumstances. Specifically, we note the importance of the client's personality. . . . The substantive content of the duty to provide advice will vary inversely with the client's knowledge of investments (*Mines v. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx v. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121). A dealer who is a manager is also required to be well informed as to his client (*Securities Act*, s. 161; *Regulation respecting securities*, s. 232; Commission des valeurs mobilières du Québec, *Instructions générales québécoises Q-9*, s. 57). [Emphasis added; para. 34.]

Although these comments were made in the context of an action against a securities dealer acting as a portfolio manager, I consider them to be equally relevant in the context of this case.

[245] In *Richter & Associés inc. v. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, [2007] R.J.Q. 238, at para. 73, the Quebec Court of Appeal also recognized that a dealer's obligations vary with the circumstances, which may include [TRANSLATION] "the specific object of the mandate, the client's goals, the

Le contenu des obligations qui incombent au gestionnaire variera en fonction de l'objet du mandat et des circonstances. Une des plus fondamentales de ces obligations exige que le gestionnaire agisse avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille (art. 1710 *C.c.B.C.*). Ce comportement n'est pas celui du meilleur des gestionnaires, ni du pire. Il s'agit plutôt du comportement d'un gestionnaire raisonnablement prudent et diligent exerçant des fonctions semblables et placé dans une situation analogue. Ainsi, la conduite du gestionnaire de portefeuille doit « être analysée en tenant compte de sa qualité de spécialiste de ce genre d'opérations, en tenant compte des usages de chaque profession » ([N. L'Heureux, « La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce » (1977) 18 *C. de D.* 397], à la p. 425). Le *Règlement sur les valeurs mobilières*, (1983) 115 G.O. II, 1511, précise davantage cette obligation en exigeant que le gestionnaire apporte à la relation avec son client « les soins que l'on peut attendre d'un professionnel avisé, placé dans les mêmes circonstances » (art. 235). Il doit aussi agir de bonne foi, avec honnêteté et loyauté (art. 234.1). [Je souligne; par. 29.]

Et encore :

L'étendue et la nature de ce devoir varieront en fonction des circonstances. En particulier, on note l'importance de la personnalité du client. [. . .] L'intensité du devoir de conseil sera d'autant plus importante que les connaissances du client en matière d'investissements sont faibles (*Mines c. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx c. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121). Le courtier, gestionnaire, est d'ailleurs tenu de bien connaître son client (*Loi sur les valeurs mobilières*, art. 161; *Règlement sur les valeurs mobilières*, art. 232; Commission des valeurs mobilières du Québec, *Instructions générales québécoises Q-9*, art. 57). [Je souligne; par. 34.]

Bien que ces commentaires aient été formulés dans le cadre d'un recours contre un courtier en valeurs mobilières agissant à titre de gestionnaire de portefeuille, j'estime qu'ils sont tout aussi pertinents dans le contexte qui nous occupe.

[245] Dans l'arrêt *Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, [2007] R.J.Q. 238, par. 73, la Cour d'appel du Québec a également reconnu que les obligations du courtier varient selon les circonstances telles que « l'objet précis du mandat, les objectifs du client, les connaissances du

client's knowledge in the field of the contemplated investment, the risks associated with the transaction, and the client's financial situation and personality".

[246] More recently, the Quebec Superior Court also affirmed that a class action is not the appropriate vehicle for an action based on a breach of the duty to inform because of the variability in each member's circumstances. In *Louisméus v. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614, which also concerned the sale of financial products, the Honourable Hamilton J. (as he then was) found that there were no common issues because analyzing the breach of an adviser's duty to inform required consideration of the specifics of each individual relationship, including what information each adviser had received, how the instructions received from each client had been understood, what each adviser had communicated to each of his or her clients, and what had led each client to purchase the products (paras. 91-94 (CanLII); see also *Brunelle v. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605). I do not see the same limitations that my colleague Kasirer J. sees in these comments. Even though they were *obiter*, *Louisméus* still has persuasive force.

[247] While I agree that the court should not focus on each member's specific characteristics at the authorization stage of the class action (Lafond, at p. 63), the fact remains that here the elements of fault, causation and injury raised by the respondent on behalf of the group are highly variable. Given the need for such a contextual analysis, there can therefore be no commonality to the question of whether the duty to inform was breached unless it is shown that the breach occurred systematically. The individualized analysis required by the action precludes the possibility of proceeding on a collective basis.

[248] In Quebec, it was so held prior to *Vivendi* and *Infineon*. An action should not proceed on a collective basis where the analysis on which it hinges is specific to each individual. For example, in *Rosso v.*

client dans le champ de l'investissement envisagé, les risques associés à l'opération, la situation financière et la personnalité du client ».

[246] Plus récemment encore, la Cour supérieure du Québec a également confirmé qu'un recours fondé sur un manquement au devoir d'information se prête mal au véhicule du recours collectif en raison de la variabilité des circonstances de chaque membre. Dans l'affaire *Louisméus c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614, laquelle concernait également la vente de produits financiers, l'honorable juge Hamilton (alors à la Cour supérieure) a conclu à l'absence de questions communes, puisque l'analyse du manquement au devoir d'information du conseiller exigeait de se pencher sur les particularités de chacune des relations individuelles telles que les informations reçues par chaque conseiller, la compréhension des instructions reçues de chaque client, les communications faites par chaque conseiller à chacun de ses clients et les raisons ayant poussé chacun des clients à souscrire aux produits (par. 91-94 (CanLII); voir aussi *Brunelle c. Banque Toronto Dominion*, 2009 QCCS 4605). Je ne vois pas les mêmes limites que mon collègue le juge Kasirer voit à ces propos. Même s'il s'agit d'*obiter*, la force persuasive de *Louisméus* demeure.

[247] Bien que j'accepte qu'il ne faille pas s'attarder aux particularités de chacun des membres au stade de l'autorisation du recours collectif (Lafond, p. 63), il reste qu'ici, les éléments de la faute, la causalité et le préjudice invoqués par l'intimé au nom du groupe sont éminemment variables. Étant donné la nécessité d'une telle analyse contextuelle, il ne peut donc y avoir de caractère commun à la question de savoir s'il y a eu manquement au devoir d'information en l'absence d'une démonstration de son caractère systématique. L'analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective.

[248] Au Québec, il en a été décidé ainsi avant *Vivendi* et *Infineon*. Lorsque l'analyse dont il dépend est propre à chaque individu, le recours ne devrait pas procéder sur une base collective. Par exemple,

Autorité des marchés financiers, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61, per Lalonde J., the Superior Court found that there can be no common questions where the causation analysis has to be repeated for each member, resulting in a multitude of individual proceedings (para. 45; see also *Paré v. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566, at paras. 59-61 (CanLII), per Jasmin J.). Relying on *Louisméus*, the Superior Court also stated the following in *Farber v. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096:

If, on the other hand, as Mr. Farber claims, he was a victim of misrepresentation, such a claim would be dependent upon his subjective understanding either of the contract documents or of the illustration used by the broker who sold him the policy. He could not on that account extend his state of error to all the members of the group because each situation would vary, according to the individual purchaser's understanding of what it was he or she was purchasing, and the particular goals of insurance or savings that he or she was setting. The possibilities are simply too varied and too complex factually to permit the efficiencies in time and money which the class action is intended to achieve. [para. 2]

[249] This interpretation of the requirement of art. 1003(a) *C.C.P.* continued to prevail following *Vivendi* and *Infineon*, as shown by *Louisméus*, described above.

[250] My colleague argues that I have added a requirement that the common questions predominate over the individual ones (para. 25). I agree completely with him that there is no requirement in Quebec law that the common questions predominate, provided, of course, that one or more common questions exist. However, the meaning of the condition set out in art. 1003(a) *C.C.P.* as discussed in *Infineon* and *Vivendi* must not be forgotten. This condition is designed to ensure that the *collective* nature of the proposed action is preserved by verifying that the case raises, at a minimum, one question that allows for a *collective* analysis that will advance the litigation in a “not insignificant” manner (*Vivendi*,

dans *Rosso c. Autorité des marchés financiers*, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61, le juge Lalonde, la Cour supérieure a conclu qu'il ne pouvait y avoir de questions communes lorsque l'analyse du lien de causalité doit être répétée pour chaque membre, avec pour résultat une multitude de litiges individuels (par. 45; voir aussi, *Paré c. Desjardins Sécurité financière*, 2007 QCCS 4566, par. 59-61 (CanLII), le juge Jasmin). En s'appuyant sur *Louisméus*, la Cour supérieure a également dit ce qui suit dans *Farber c. N.N. Life Insurance Co. of Canada*, [2002] AZ-50123096 :

[TRADUCTION] Si, en revanche, comme le prétend M. Farber, il a été victime de fausses déclarations, une telle prétention repose sur sa propre compréhension subjective soit des documents contractuels soit des exemples utilisés par le courtier qui lui a vendu la police pour illustrer ses explications. Il ne saurait, sur cette base, affirmer que tous les membres du groupe partageaient cette compréhension erronée, car la situation de chaque membre varie, en fonction de la compréhension que chaque acheteur ou acheteuse avait de ce qu'il ou elle achetait, et des objectifs particuliers que visait cette personne en matière de protection d'assurance ou d'épargne. Les possibilités sont trop variées et trop complexes sur le plan factuel pour permettre les économies de temps et d'argent qu'une action collective est censée réaliser. [par. 2]

[249] Cette interprétation de l'exigence de l'al. 1003a) *C.p.c.* a continué de prévaloir après *Vivendi* et *Infineon*, comme l'affaire *Louisméus*, décrite plus haut, le démontre.

[250] Mon collègue me reproche d'ajouter un critère de prépondérance des questions communes par rapport aux questions individuelles (par. 25). Je suis tout à fait d'accord avec lui qu'il n'existe pas en droit québécois de critère de prépondérance des questions communes, à la condition évidemment qu'une ou des questions communes existent. Il ne faut cependant pas oublier le sens de la condition prévue à l'al. 1003a) tel qu'énoncé dans *Infineon* et *Vivendi*. Cette condition vise à s'assurer que la dimension *collective* du recours proposé soit maintenue en vérifiant que le litige soulève minimalement une question permettant une analyse *collective* qui fera avancer le litige de façon « non-négligeable » (*Vivendi*, par. 58;

at para. 58; see *Rozon v. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5, at para. 68 (CanLII), per Hamilton J.A.). In other words, the common question must be significant enough “to affect the outcome of the class action” (*Infineon*, at para. 72). The analysis of the common question must therefore be made by reference to the action being proposed. Fundamentally, the purpose of this condition is to “avoid duplication of fact-finding or legal analysis” (*Dutton*, at para. 39; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, at para. 29; *Vivendi*, at para. 44; see Lafond, at p. 92).

[251] It is clear that where an action requires the duplication of fact-finding in relation to the provision of services by each of the financial advisers as well as the duplication of legal analysis in relation to each of their breaches in the circumstances of each case, it must be concluded that the resolution of the proposed common question will not advance the action in a not insignificant manner. Such an approach recognizes the role of proportionality — a cardinal principle of civil procedure — in an action that raises mainly questions of a highly individual nature by preventing the costly and enormous vessel of the class action from being put in motion where there are no efficiency gains to be made and where individual actions would not unduly encumber the resolution of the case (art. 4.2 *C.C.P.*; art. 18 of the new *C.C.P.*).

[252] In this case, I am therefore of the view that no common question can arise given the manner in which the respondent has presented the action. There is no allegation that other members are in a situation sufficiently similar to his; on the contrary, as I discuss below, it is unknown whether there are other members in the same situation as the respondent.

[253] I therefore agree with Firm that it was an error for the Court of Appeal, in light of the motion as presented, to treat the respondent’s situation as a systematic one involving a similar fault committed by each financial adviser in relation to each member of the group. With respect, this was merely speculation,

voir *Rozon c. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5, par. 68 (CanLII), le juge Hamilton). Dit autrement, son importance doit être telle qu’elle est « susceptible d’influencer le sort [du recours collectif] » (*Infineon*, par. 72). L’analyse de la question commune doit donc se faire par référence au recours qui est envisagé. Fondamentalement, l’objectif de cette condition est « d’éviter la répétition de l’appréciation des faits ou de l’analyse juridique » (*Dutton*, par. 39; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, par. 29; *Vivendi*, par. 44; voir Lafond, p. 92).

[251] Force est de constater que lorsqu’un recours exige la répétition de l’appréciation des faits entourant la prestation de services de chacun des conseillers financiers et la répétition de l’analyse juridique de chacun de leur manquement selon les circonstances de chaque espèce, il faut en conclure que la résolution de la question commune suggérée ne fait pas avancer le recours de façon non négligeable. Une telle approche reconnaît le rôle de la proportionnalité — un principe cardinal de la procédure civile — dans un recours qui présente surtout des questions hautement individualisées en prévenant la mise en branle du dispendieux et énorme vaisseau du recours collectif sans que des gains d’efficacité ne soient obtenus, alors que des recours individuels n’auraient pas pour effet d’alourdir indûment la résolution du litige (art. 4.2 *C.p.c.*; art. 18 du nouveau *C.p.c.*).

[252] Dans le cas présent, je suis donc d’avis qu’il n’y a aucune question commune qui puisse se poser vu la façon dont le recours est présenté par l’intimé. Il n’y a aucune allégation voulant que d’autres membres soient dans une situation suffisamment similaire à la sienne; au contraire, comme je le décris ci-dessous, on ignore s’il y a d’autres membres dans la même situation que lui.

[253] Je suis donc d’accord avec Cabinet pour dire qu’il était erroné pour la Cour d’appel, à la lumière de la requête tel que présentée, de conférer un caractère systématique à la situation de l’intimé voulant qu’une faute semblable ait été commise par chaque conseiller financier, à l’égard de chaque membre du

and the Court of Appeal took reading “between the lines” too far on this point.

[254] To identify the systematic nature of the alleged fault, Kasirer J. relies heavily on the respondent’s allegation that Firm did not give its representatives sufficient instructions regarding the PP and ALT investments. This allegation reads as follows:

107.1 Moreover, the representatives of [Firm] were not given sufficient instructions regarding the characteristics and risks of the PP and ALT Investments and were not therefore in a position to evaluate their advantages and disadvantages;

However, this allegation does not suffice to make any fault committed by the representatives a systematic one. Because it is based only on generalities, it cannot be assumed to be true. As is required by the authorities, a general allegation such as this must therefore be supported by some evidence before it can be taken into account (*Infineon*, at paras. 67 and 134; *Oratoire*, at para. 59). But the respondent has produced no evidence that specifically supports this allegation. In fact, he has instead presented evidence contradicting the systematic nature of the alleged fault.

[255] The respondent admitted that he did not know whether there were other investors in a situation similar to his:

[TRANSLATION]

[Counsel for the appellants]:

... And so, you also don’t know, because these are exhibits that do not concern you personally, you don’t know the circumstances in which the other members, if this is the case, how they received them, in what circumstances they received them?

[Counsel for the respondent]:

It has been admitted that the witness does not know those circumstances. Do you want another admission?

groupe. Avec égards, il ne s’agit là que de spéculation et la Cour d’appel pousse la lecture « entre les lignes » trop loin à ce sujet.

[254] Afin d’identifier un caractère systématique à la faute reprochée, le juge Kasirer s’appuie fortement sur l’allégation de l’intimé voulant que Cabinet n’ait pas suffisamment instruit ses représentants quant aux placements PP et GA. Cette allégation se lit comme suit :

107.1 En outre, les représentants de [Cabinet] n’étaient pas suffisamment instruits quant aux caractéristiques et aux risques des Placements PP et GA et ne pouvaient donc pas juger de leurs avantages et de leurs inconvénients;

Cette allégation ne suffit toutefois pas à conférer un caractère systématique à une quelconque faute des représentants. Puisqu’elle ne repose que sur des généralités, cette allégation ne peut être tenue pour avérée. Comme le requiert la jurisprudence, une telle allégation générale doit donc être supportée par une certaine preuve pour qu’on puisse en tenir compte (*Infineon*, par. 67 et 134; *Oratoire*, par. 59). Or, l’intimé n’a offert aucune preuve supportant précisément cette allégation. En fait, il a plutôt offert une preuve contredisant le caractère systématique de la faute reprochée.

[255] L’intimé a reconnu qu’il ne savait pas s’il y avait d’autres investisseurs dans une situation similaire à la sienne :

[Procureur des appelantes] :

... Et donc, vous savez pas non plus comment, parce que ce sont des pièces qui ne vous concernent pas personnellement, vous ne connaissez pas les circonstances suivant lesquelles les autres membres, si c’est le cas, comment ils les ont reçues, dans quelles circonstances ils les ont reçues

[Procureur de l’intimé] :

C’est admis que le témoin ne connaît pas ces circonstances-là. Voulez-vous une autre admission?

[Counsel for the appellants]:

And you also don't know which representations may or may not have been made to a member when the member received any of those documents?

RONALD ASSELIN:

I know nothing.

...

[Counsel for the appellants]:

He does not know the circumstances in which the members concerned happened to receive those exhibits [exhibits disclosed by members of group or by third parties]?

[Counsel for the respondent]:

I have already admitted it to you. He does not know the circumstances.

(A.R., vol. XII, at pp. 125-26)

It has therefore not been alleged or shown that the fault said to have been committed by Firm and its representatives in relation to their clients was systematic in nature. In my opinion, the Court of Appeal erred in extrapolating the respondent's situation to the other members of the proposed group (paras. 51-52, 76-79 and 149).

[256] Without concluding that a claim for a financial adviser's breach of the duty to inform can never be the subject of a class action, I am of the view that it cannot be in this case. It is not alleged that a systematic fault was committed by Firm's representatives, which, in my opinion, is essential for a common question to be found to exist. Any common question that might be identified would not advance the action in a not insignificant manner, particularly in light of the host of individual questions to be resolved.

[257] The question of what fault may be committed by such an adviser, which, as I explained

[Procureur des appelantes] :

Et vous ne savez pas non plus quelles représentations auraient pu ou ne pas être faites à un membre lorsqu'il a reçu un ou l'autre de ces documents-là?

M. RONALD ASSELIN :

Je suis au courant de rien.

...

[Procureur des appelantes] :

Il connaît pas les circonstances suivant lesquelles les membres concernés sont arrivés à se retrouver avec ces pièces-là [pièces communiquées par des membres du groupe ou des tiers]?

[Procureur de l'intimé] :

Je vous ai déjà admis ça. Il ne connaît pas ces circonstances.

(d.a., vol. XII, p. 125-126)

Il n'y a donc aucune allégation ni démonstration du caractère systématique de la faute reprochée à Cabinet et à ses représentants à l'endroit de leurs clients. Je suis d'avis que la Cour d'appel a erré en extrapolant la situation de l'intimé à celle des autres membres du groupe proposé (par. 51-52, 76-79 et 149).

[256] Sans pour autant conclure qu'une réclamation pour un manquement au devoir d'information commis par un conseiller financier ne puisse jamais faire l'objet d'un recours collectif, je suis d'avis que ce n'est pas le cas ici. On n'allègue aucune faute systématique commise par les représentants de Cabinet, laquelle est essentielle selon moi pour conclure à l'existence d'une question commune. Toute question commune pouvant être identifiée ne ferait pas avancer le recours de manière non négligeable, particulièrement au vu de la kyrielle de questions individuelles devant être résolues.

[257] La question de la faute susceptible d'être commise par un tel conseiller, laquelle implique

above, involves a variety of issues for each individual who purchased a PP investment, an ALT investment or both, and the question of causation in particular are highly variable, because individual trials will be needed to establish the context that led to each investment. This is true regardless of whether the obligation to inform or the obligation to provide advice is in issue. This evidence will have to be adduced individually for each relationship between a financial adviser and a client, and it is likely to be highly personalized and subjective given the nature of the action. A systematic duplication of fact-finding and legal analysis will be required, which means that the proposed question cannot advance the litigation in a not insignificant manner. As a result, that question cannot be characterized as a common question in this case (see *Lallier v. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, at para. 21). In short, the instant case would not lead to a collective analysis (*Vivendi*, at para. 58), and the contemplated class action would not avert the duplication of proceedings.

[258] I therefore agree with the authorization judge that the condition of art. 1003(a) *C.C.P.* is not met in this case.

[259] In my view, the absence of systematic fault is, on its own, a persuasive enough ground for declining to authorize the action. This conclusion concerning the condition of art. 1003(a) *C.C.P.* is sufficient to dispose of Firm's appeal and to dismiss the action against it. It is therefore unnecessary to deal with the second sub-issue submitted by Firm, namely whether there is no arguable case under art. 1003(b) *C.C.P.*

B. *The Proposed Action Against Management*

(1) Intervention of the Court of Appeal

[260] I reiterate here that an appellate court's power to intervene at the authorization stage is limited. It can intervene only if the authorization judge made a palpable and overriding error in considering the conditions of art. 1003 *C.C.P.* or an error of law. If an appellate court intervenes with regard to

une diversité de questions pour chaque individu ayant souscrit des placements PP et/ou GA tel que je l'explique ci-dessus, et la question de la causalité en particulier sont éminemment variables puisqu'il faudra des procès individuels afin d'établir le contexte ayant mené à chaque investissement. Cela est vrai peu importe que l'on parle d'obligation d'information ou de conseil. Cette preuve devra être administrée individuellement pour chaque relation entre un conseiller financier et son client et risque d'être hautement personnalisée et subjective vu la nature du recours. L'appréciation des faits et l'analyse juridique devra être répétée systématiquement, de sorte que la question suggérée ne saurait faire avancer le litige de façon non négligeable. Elle ne peut donc être qualifiée de question commune en l'espèce (voir *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, par. 21). En bref, le cas présent ne donnerait lieu à aucune analyse collective (*Vivendi*, par. 58) et le recours collectif intenté n'éviterait pas la duplication des recours.

[258] Je suis donc d'avis, à l'instar de la juge d'autorisation, que la condition de l'al. 1003a) *C.p.c.* n'est pas satisfaite en l'espèce.

[259] Selon moi, l'absence de caractère systématique est, à elle seule, suffisamment convaincante pour refuser l'autorisation du recours. Cette conclusion relative à la condition de l'al. 1003a) *C.p.c.* suffit pour disposer de l'appel de Cabinet et rejeter le recours contre cette dernière. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de la deuxième sous-question soumise par Cabinet, à savoir l'absence de cause défendable suivant l'al. 1003b) *C.p.c.*

B. *Le recours proposé contre Gestion*

(1) L'intervention de la Cour d'appel

[260] Je rappelle encore ici que le pouvoir d'intervention d'une cour d'appel au stade de l'autorisation est limité. Cette dernière ne peut intervenir qu'en cas d'erreur manifeste et déterminante dans l'appréciation des conditions de l'art. 1003 *C.p.c.* par le juge d'autorisation, ou en cas d'erreur de droit. Si une

the assessment of one of the conditions of art. 1003 *C.C.P.*, it can substitute its own opinion only with respect to that condition.

[261] For the reasons that follow, I am of the view that in the case of the respondent's action against Management, the Court of Appeal's intervention was warranted only in part.

(2) Punitive Damages

[262] The respondent seeks an award of \$1,000 in punitive damages for each member of the group against Management. He argues that Management owes punitive damages to the group's members because a significant portion of the investments making up the PP and ALT investments consisted of ABCP. He submits that the appellants therefore interfered unlawfully and intentionally with the right of the group's members to the peaceful enjoyment and free disposition of their property by retaining ABCP in the investments after it became a risky and illiquid asset and by issuing new investments consisting of ABCP.

[263] The authorization judge found that if the action were to be authorized, this claim would be barred because of the release with respect to ABCP found in the Sanction Order made by the Ontario Superior Court of Justice under the *CCAA*. That release would have the effect of barring or terminating any claim based on the use of ABCP.

[264] The Court of Appeal was of the view that the motion judge should have rejected this argument outright. The Court of Appeal found that it was not possible to determine with certainty from the terms of the release which of its provisions might apply in this case.

[265] Two questions must be decided in order to ascertain whether the respondent's claim is barred by the release.

cour d'appel intervient à l'égard de l'appréciation d'une des conditions de l'art. 1003 *C.p.c.*, elle ne peut substituer son opinion que pour cette condition.

[261] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis qu'en ce qui concerne le recours de l'intimé contre Gestion, l'intervention de la Cour d'appel n'était justifiée qu'en partie.

(2) Les dommages-intérêts punitifs

[262] L'intimé recherche une conclusion condamnant Gestion à payer à chacun des membres du groupe la somme de mille dollars à titre de dommages-intérêts punitifs. Selon l'intimé, Gestion doit des dommages-intérêts punitifs aux membres du groupe parce qu'une part importante des investissements constituant les placements PP et GA était composée de PCAA. Les appelantes auraient donc porté atteinte de façon illicite et intentionnelle aux droits des membres du groupe à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs biens en conservant des PCAA au sein des placements après que les PCAA soient devenus des actifs risqués et non-liquides, et en émettant de nouveaux placements constitués de PCAA.

[263] La juge d'autorisation a conclu que, dans l'hypothèse où le recours était autorisé, cette réclamation serait irrecevable en raison de la quittance relative aux PCAA contenue dans l'Ordonnance d'homologation rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario aux termes de la *LACC*. Cette quittance aurait pour effet d'empêcher ou de mettre fin à toute réclamation fondée sur l'utilisation des PCAA.

[264] La Cour d'appel est d'avis que la juge de première instance aurait dû carrément rejeter cet argument. Selon elle, les termes de quittance ne permettent pas de conclure avec certitude lesquelles de ses articles pourraient s'appliquer en l'espèce.

[265] Afin de déterminer si la quittance rend irrecevable la réclamation de l'intimé, deux questions doivent être tranchées.

[266] The first question is whether an authorization judge can consider a release at the authorization stage and, if so, to what extent the judge can interpret the release and apply it to the facts.

[267] The second question relates to the circumstances of this appeal. It requires a determination of whether the release bars the respondent from claiming punitive damages based on Management's actions relating to ABCP as an investment in the PP and ALT investments.

[268] For the reasons that follow, I am of the opinion that the authorization judge correctly decided to consider the release and its scope in order to determine whether the proposed action against Management claiming punitive damages in relation to ABCP established an arguable case (*Oratoire*, at para. 55). In this case, the terms of the release, and the respondent's admission that the release with respect to ABCP covers the investments made prior to August 2007, show that the proposed action against Management cannot be authorized insofar as its purpose is to obtain punitive damages.

(a) *The Application of a Release May Be Considered at the Authorization Stage*

[269] The defences available to a defendant are generally considered at the trial on the merits (*Oratoire*, at para. 41). As I explained, however, a court may decide a pure question of law at the authorization stage if the outcome of the proposed class action depends on its doing so. This principle, which applies to the interpretation of legislation, also extends to the interpretation of a release included in the Sanction Order made by the Ontario Superior Court of Justice, which has "full force and effect" in Quebec under s. 16 of the *CCAA*. The question is whether, if the facts are assumed to be true, the conclusions sought by the respondent are tenable in light of that release.

[270] In the case at bar, the outcome of the part of the proposed action that concerns punitive damages in relation to ABCP depends on how the terms of

[266] La première question est de déterminer si un juge d'autorisation peut tenir compte d'une quittance au stade de l'autorisation, et si oui dans quelle mesure il peut l'interpréter et l'appliquer aux faits.

[267] La deuxième question porte sur les circonstances propres au présent pourvoi. Elle requiert de déterminer si la quittance empêche l'intimé de réclamer des dommages-intérêts punitifs fondés sur les actes de Gestion relativement aux PCAA, à titre d'investissement au sein des placements PP et GA.

[268] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que la juge d'autorisation a décidé à juste titre de tenir compte de la quittance et sa portée dans le but de déterminer si le recours proposé contre Gestion en réclamation de dommages-intérêts punitifs en lien avec les PCAA présentait une cause défendable (*Oratoire*, par. 55). En l'espèce, les termes de la quittance, ainsi que l'aveu de l'intimé voulant que la quittance sur les PCAA couvre les investissements effectués avant le mois d'août 2007 démontrent que le recours proposé contre Gestion, dans la mesure où il vise l'obtention de dommages-intérêts punitifs, ne peut être autorisé.

a) *L'application d'une quittance peut être considérée au stade de l'autorisation*

[269] Généralement, les moyens de défense dont dispose la partie défenderesse sont examinés lors du procès sur le fond (*Oratoire*, par. 41). Néanmoins, comme je l'ai expliqué, le tribunal peut trancher une pure question de droit au stade de l'autorisation si le sort de l'action collective projetée en dépend. Ce principe qui s'applique à l'interprétation des textes législatifs couvre également l'interprétation d'une quittance incluse à l'Ordonnance d'homologation rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, laquelle a « pleine vigueur et effet » au Québec selon l'art. 16 de la *LACC*. La question est de savoir si les conclusions recherchées par l'intimé peuvent tenir en présence de cette quittance, en tenant les faits pour avérés.

[270] Dans le cas présent, le sort de la portion du recours proposé quant aux dommages-intérêts punitifs en lien avec les PCAA dépend de l'interprétation

the release are interpreted, and the authorization judge was right to interpret the release in considering whether this part of the proposed action was tenable.

[271] Where evidence is necessary to determine the applicability of a release found in a sanction order, this question should be decided at the trial on the merits. Conversely, where such evidence is not necessary, it would be neither logical nor desirable, from the standpoint of judicial economy and of proportionality of proceedings, to defer making a decision on this question of law when the court has an opportunity to decide it at the authorization stage. Therefore, the fact that a question of interpretation presents some difficulty at the authorization stage does not make it an improper question if it does not require evidence to be adduced (see, for example, *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at paras. 86-87). In law as in life, it is preferable not to put off until tomorrow that which should be done today. Once it is plain and obvious in law that a release has the effect of barring an action, the resources of the parties and the courts should not be wasted by postponing a decision that can be rendered by an authorization judge on the basis of the record before him or her.

[272] This is especially true for releases resulting from a compromise or arrangement sanctioned by a court under the *CCAA*. These releases benefit creditors, as they reduce the risk of litigation against parties protected under the *CCAA*, the risk of delay caused by complex litigation and the depletion of assets to fund such litigation (*Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 1708, 63 C.B.R. (5th) 44, at para. 81, per Morawetz J.). They advance one of the *CCAA*'s important objectives, which is to favour restructuring by preventing the risk of litigation (L. Pearce, "Catch and Release: Class Actions and Solvent Third Parties Under the *CCAA*" (2016), 11 *Can. Class Action Rev.* 171).

[273] These principles are well illustrated by *Holley v. Northern Trust Co. Canada*, 2014 ONSC 889,

des termes de la quittance et la juge d'autorisation était justifiée de l'interpréter dans le cadre de son évaluation du caractère soutenable de cette portion du recours projeté.

[271] Si une preuve s'avère nécessaire afin de pouvoir statuer sur l'application d'une quittance contenue à une ordonnance d'homologation, cette question devrait procéder au fond. À l'inverse, si une telle preuve n'est pas nécessaire, il ne serait ni logique ni souhaitable, dans une perspective d'économie judiciaire et de proportionnalité des procédures, de différer la détermination de cette question de droit lorsque le tribunal a la possibilité de la trancher au stade de l'autorisation. C'est donc dire qu'une difficulté soulevée par une question d'interprétation du stade de l'autorisation ne rend pas la question illégitime lorsqu'elle n'exige pas l'administration d'une preuve (voir, p. ex., *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 86-87). En droit comme dans la vie, il est préférable de ne pas remettre à demain ce qu'on devrait faire aujourd'hui. À partir du moment où il est clair et évident en droit qu'une quittance a pour effet de rendre irrecevable le recours, les ressources des parties et des tribunaux ne devraient pas être gaspillées en remettant à plus tard une décision qui peut être rendue par un juge d'autorisation sur la base du dossier devant lui.

[272] Cela est particulièrement vrai pour les quittances résultant d'une transaction ou d'un arrangement homologué par un tribunal en vertu de la *LACC*. Ces quittances profitent aux créanciers, car elles réduisent le risque de litige contre les parties protégées en vertu de la *LACC* et réduisent les risques de délais causés par des litiges complexes et l'épuisement des ressources pour les financer (*Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 1708, 63 C.B.R. (5th) 44, par. 81, le juge Morawetz). Les quittances font progresser l'un des objectifs importants de la *LACC* qui est de favoriser la restructuration en évitant les risques de litiges (L. Pearce, « Catch and Release : Class Actions and Solvent Third Parties Under the *CCAA* » (2016), 11 *Rev. Can. R. C.* 171).

[273] Ces principes sont bien illustrés dans l'arrêt *Holley c. Northern Trust Co. Canada*, 2014

10 C.B.R. (6th) 1, aff'd on other grounds, 2014 ONCA 719, 18 C.B.R. (6th) 162. In that case, Perell J., accepting the facts as proven, struck out a class action because it was plain from reading the release included in the sanction order made under the CCAA that the release applied to the causes of action alleged by the claimants.

[274] The unique nature of a judicial release under the CCAA militates in favour of considering it at a preliminary stage of an action, such as the authorization stage. Like the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, the CCAA creates a nationwide system dealing with the insolvency and restructuring of companies as defined in the Act: “[t]he national implementation of bankruptcy decisions rendered by a court within a particular province is achieved through the cooperative network of superior courts of the provinces and territories” (*Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, at para. 25, citing *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240 (C.A.), at p. 246, per Rivard J.A.).

[275] In this regard, ss. 16 and 17 of the CCAA provide that orders made under the CCAA are binding on the other courts that have jurisdiction under the CCAA and must be enforced by those courts in the same manner as if they had made the orders themselves (*Canadian Red Cross Society (Re)* (1998), 165 D.L.R. (4th) 365 (B.C.S.C.), at para. 31; B. Boucher, *Faillite et insolvabilité: Une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne* (loose-leaf), vol. II, at p. 6-134). Accordingly, it is imperative that Quebec courts give effect to CCAA orders regardless of the jurisdiction where the proceedings took place. The release included in the Sanction Order is therefore directly applicable in Quebec.

[276] This principle is clearly illustrated by *Hy Bloom inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912, in which Wagner J. (as he then was) considered the application of the same release being relied on in the case at

ONSC 889, 10 C.B.R. (6th) 1, conf. pour d’autres motifs, 2014 ONCA 719, 18 C.B.R. (6th) 162. Dans cette affaire, le juge Perell a radié un recours collectif, puisqu’en tenant les faits pour avérés, il était clair à la lecture de la quittance incluse à l’ordonnance d’homologation rendue en vertu de la LACC que les causes d’action alléguées par les plaignants étaient visées par la quittance.

[274] Le caractère unique d’une quittance judiciaire intervenue dans le cadre de la LACC milite en faveur de sa considération au stade préliminaire du recours, comme l’autorisation. Comme la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, la LACC crée un système national ayant pour objet l’insolvabilité et la restructuration des compagnies telles que définies par la Loi : « [c]’est par l’intermédiaire du réseau d’entraide des cours supérieures des provinces et des territoires [. . .] que les décisions rendues par un tribunal siégeant dans une province donnée sont exécutées à l’échelle nationale » (*Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978, par. 25, citant *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240 (C.A.), p. 246, le juge Rivard).

[275] En ce sens, les art. 16 et 17 de la LACC prévoient que les ordonnances rendues en vertu de la LACC lient les autres tribunaux ayant juridiction sous la LACC qui doivent les appliquer, de la même manière que s’ils avaient rendu eux-mêmes ces ordonnances (*Canadian Red Cross Society (Re)* (1998), 165 D.L.R. (4th) 365 (C.S. C.-B.), par. 31; B. Boucher, *Faillite et insolvabilité : Une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne* (feuilles mobiles), vol. II, p. 6-134). Par conséquent, il est impératif que les tribunaux du Québec donnent effet aux ordonnances de la LACC, peu importe la juridiction où se sont déroulées les procédures. La quittance incluse à l’Ordonnance d’homologation est donc directement applicable au Québec.

[276] Ce principe est bien illustré par la décision *Hy Bloom inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 737, [2010] R.J.Q. 912, où le juge en chef Wagner (alors à la Cour supérieure) a examiné l’application de la même quittance que celle

bar to another claim made in Quebec. The plaintiffs, who had invested in ABCP, had brought an action against the bank on the ground that ABCP had been represented to them as being a guaranteed, risk-free investment. In dismissing the claim, Wagner J. held the following:

[TRANSLATION] . . . under sections 16 and 17 of the CCAA, [the Superior Court] need only be satisfied that the order emanates from the court designated under the CCAA, and it cannot reopen the debate already finished before another court that was lawfully seized of all the issues in dispute.

Without deciding on the veracity or merits of the allegations in the amended motion to institute proceedings, the Court is of the opinion that the plan as approved will allow the plaintiffs to continue their actions insofar as they can establish fraud . . . as defined in the plan. However, they may no longer sue National Bank for any other claim arising from the sale of ABCP. [paras. 101-2]

[277] Releases are therefore relevant not only for the purposes of art. 1003(b) C.C.P., which relates to colour of right, but also for the purposes of art. 1003(a) C.C.P., which relates to the existence of common questions. This is a matter falling within the role of the court that hears the motion for authorization.

[278] In order to implement the CCAA framework, an authorization judge should be able to consider the terms of a release in order to determine whether it bars a claim in whole or in part. If, when the alleged facts are assumed to be true, the terms of the release make it clear that part of the action cannot proceed, that aspect should not be authorized, because it no longer meets the colour of right condition.

(b) *The Release With Respect to ABCP Bars the Claim for Punitive Damages*

[279] Before I turn to the application of the release to Mr. Asselin's motion, some additional facts are necessary.

invoquée en l'espèce, à une autre demande présentée au Québec. Les demandeurs ayant investi dans des PCAA avaient intenté une action contre la banque au motif que les PCAA leur avaient été présentés comme étant des investissements garantis et non risqués. En rejetant la demande, le juge en chef Wagner a statué comme suit :

. . . en appliquant les dispositions des articles 16 et 17 de la LACC, il n'a qu'à se satisfaire que l'ordonnance émane du tribunal désigné par la LACC et ne peut rouvrir le débat qui a déjà été complété devant l'autre tribunal légalement saisi de toutes les questions en litige.

Sans se prononcer sur la véracité ou le bien-fondé des allégations de la requête introductive d'instance amendée, le Tribunal est d'avis que le plan tel qu'homologué va permettre aux demandresses de poursuivre leurs procédures dans la mesure où elles sont en position d'établir la fraude ou le dol tels que définis au plan. Cependant, elles ne pourront plus poursuivre [la Banque Nationale du Canada] pour toute autre réclamation qui découle de la vente de PCAA. [par. 101-102]

[277] Ainsi, les quittances sont pertinentes non seulement pour les fins de l'al. 1003(b) C.p.c., soit l'apparence de droit, mais aussi pour les fins de l'al. 1003(a) C.p.c., soit l'existence de questions communes. Il s'agit d'une question qui relève du rôle du tribunal d'autorisation.

[278] Afin de donner effet au cadre de la LACC, il convient qu'un juge d'autorisation puisse examiner les conditions d'une quittance pour déterminer si celle-ci rend irrecevable une réclamation en tout ou en partie. Si, en tenant les faits allégués pour avérés, les termes de la quittance empêchent clairement de poursuivre une partie du recours, cet aspect devrait être rejeté puisqu'il ne satisfait plus à la condition de l'apparence de droit.

b) *La quittance relative aux PCAA fait obstacle à la demande de dommages-intérêts punitifs*

[279] Avant de passer à l'application de la quittance à la requête de M. Asselin, certaines précisions sont nécessaires.

[280] In August 2007, a liquidity crisis threatened the Canadian ABCP market. The crisis was triggered by a loss of confidence among investors stemming from the news of widespread defaults on subprime mortgages in the United States. On August 13, 2007, the Canadian ABCP market was frozen with a view to resolving the crisis by restructuring that market.

[281] The major participants in the Canadian ABCP market met in Montréal in August 2007. The purpose of the meetings was to come up with a common solution to prepare for the possible restructuring of the Canadian ABCP market, which was worth nearly \$32 billion at the time. The meetings resulted in what is known as the Montreal Accord.

[282] The Desjardins Group, as a participant in the ABCP market, was involved in the discussions that led to the Montreal Accord, which it signed on August 16, 2007. The Accord included an agreement in principle concerning a proposal for restructuring the market. Following the conclusion of the Accord, the Pan-Canadian Investors Committee for Third-Party Structured Asset-Backed Commercial Paper, which was made up of ABCP investors, was incorporated to negotiate the terms of the market restructuring on behalf of investors. The Committee later put forward a creditor-initiated plan of arrangement that formed the subject matter of the proceedings in *Metcalfe & Mansfield (C.A.)*.

[283] An agreement in principle was reached on December 23, 2007, and an application was filed in March 2008 under the CCAA for the restructuring of the ABCP market. The agreement in principle served as the basis for the plan of compromise and arrangement in the CCAA process. That plan was sanctioned by Campbell J. (see Third Amended Plan of Compromise and Arrangement).

[284] Under the plan, the creditors released their claims against the dealers that had sold them investments containing ABCP. The plan called for the release of Canadian banks, dealers, noteholders, asset

[280] En août 2007, une crise de liquidités a menacé le marché canadien des PCAA. La crise fut déclenchée par une perte de confiance des investisseurs suite à l'annonce de défauts de paiement généralisés sur les prêts hypothécaires à risque aux États-Unis. Le 13 août 2007, le marché canadien des PCAA a été gelé dans le but de résoudre la crise par une restructuration de ce marché.

[281] Les acteurs principaux du marché canadien des PCAA se sont rencontrés à Montréal en août 2007. Le but de ces rencontres était d'arriver à une solution commune afin de préparer la restructuration éventuelle du marché canadien des PCAA, dont la valeur s'élevait alors à près de 32 milliards de dollars. Le fruit de ces rencontres est connu sous le nom de l'Accord de Montréal.

[282] Le Mouvement Desjardins, à titre de partie prenante du marché des PCAA, a participé aux discussions ayant donné lieu à l'Accord de Montréal et en est devenu signataire le 16 août 2007. L'Accord contenait entre autres une entente de principe relativement à une proposition devant servir à la restructuration du marché. Après la conclusion de l'Accord, le comité pancanadien d'investisseurs de papier commercial adossé à des actifs émis par des tiers, composé des investisseurs de PCAA, a été constitué en personne morale pour négocier les termes de la restructuration du marché pour le compte des investisseurs. Le comité pancanadien a ensuite présenté un plan d'arrangement initié par les créanciers qui a fait l'objet de la procédure *Metcalfe & Mansfield (C.A.)*.

[283] Une entente de principe a été conclue le 23 décembre 2007 et une demande en vertu de la LACC a été déposée en mars 2008 concernant la restructuration du marché des PCAA. L'entente de principe constitue la base du plan de transaction et d'arrangement dans le processus de la LACC. Ce plan a été homologué par le juge Campbell (voir Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement).

[284] Conformément au plan, les créanciers ont renoncé à leurs réclamations contre les courtiers qui leur ont vendu des investissements contenant des PCAA. Le plan prévoit une quittance en faveur des

providers, issuer trustees, liquidity providers and other market participants, or virtually all participants in the Canadian ABCP market, from any liability associated with the sale or use of ABCP, with the exception of certain narrow claims relating to fraud.

[285] The terms of the release in that case, as set out in art. 10.1 of the Third Amended Plan of Compromise and Arrangement (art. 17 of the Sanction Order), were as follows:

[E]very Person (regardless of whether or not such Person is a Noteholder) . . . hereby fully, finally, irrevocably and unconditionally releases and forever discharges each of the Released Parties of and from any and all past, present and future claims, rights, interests, actions, rights of indemnity, liabilities, demands, duties, injuries, damages, expenses, fees . . . costs, compensation, or causes of action of whatsoever kind or nature whether foreseen or unforeseen, known or unknown, asserted or unasserted, contingent or actual, liquidated or unliquidated, whether in tort or contract, whether statutory, at common law or in equity, based on, in connection with, arising out of, or in any way related to, in whole or in part, directly or indirectly: any act or omission existing or taking place on or prior to the Plan Implementation Date relating to or otherwise in connection with the Third-Party ABCP market in Canada, the ABCP Conduits, the Affected ABCP, the business and affairs of any of the Released Parties relating to or otherwise in connection with the Affected ABCP [Emphasis added.]

[286] The sanctioned plan contained a limited exclusion for an “Excepted Claim” as defined in the release. An Excepted Claim was primarily one based on fraudulent misrepresentations (art. 20(d)(i) Sanction Order; art. 10.4(c) Third Amended Plan of Compromise and Arrangement). The release required that the pleadings for such claims provide specific information concerning: the authorized representative who made the misrepresentation, the person to whom the misrepresentation was made, the dates on which ABCP was purchased, the text of the representation said to be untrue, and the action taken by the

banques canadiennes, des courtiers, des porteurs de billets, des fournisseurs d’actifs, des émetteurs fiduciaires, des fournisseurs de liquidités et des autres participants au marché, soit pratiquement tous les participants au marché canadien des PCAA et les libère de toute responsabilité associée à la vente ou l’utilisation des PCAA, à l’exception de certaines allégations limitées de fraude.

[285] Les conditions de la quittance dans ce cas prévoient, à l’art. 10.1 du Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement (art. 17 de l’Ordonnance d’homologation) que

[TRADUCTION] par les présentes, toute Personne (qu’elle soit ou non un Porteur de titre) [. . .] libère complètement, définitivement, irrévocablement et inconditionnellement, et décharge pour toujours, chacune des Parties libérées de l’ensemble des réclamations, droits, intérêts, actions, droits à indemnité, responsabilités, demandes, obligations, préjudices, dommages-intérêts, dépenses, honoraires [. . .], frais, coûts, compensations ou causes d’action de quelque type ou nature que ce soit, et, selon le cas, prévus ou imprévus, connus ou inconnus, invoqués ou non, éventuels ou réalisés, déterminés ou indéterminés, en matière délictuelle ou contractuelle, d’origine légale, ou fondés sur la common law ou l’equity — passés, présents ou futurs — basés sur quelque fait énuméré ci-après, en lien avec un tel fait, découlant d’un tel fait ou se rapportant de quelque manière que ce soit à un tel fait, en tout ou en partie, directement ou indirectement : toute action ou omission survenant à la Date de mise en œuvre du Plan ou avant qui est en lien avec le marché des PCAA émis par des tiers au Canada, les Conduits de PCAA, les PCAA visés, les activités et affaires de toute Partie libérée en lien avec les PCAA visés [Je souligne.]

[286] Le plan homologué contient une exclusion limitée pour les « *Excepted Claims* » (« Réclamations exclues ») telles que définies par la quittance. Ces dernières comprennent principalement les demandes fondées sur des déclarations frauduleuses (art. 20 (d)(i) Ordonnance d’homologation; art. 10.4(c) Troisième plan modifié de transaction et d’arrangement). La quittance exige que les actes de procédures pour de telles demandes contiennent des informations spécifiques concernant : le représentant autorisé qui a fait la fausse déclaration, la personne à qui la fausse déclaration a été faite, les dates d’achat

potential plaintiff in reliance on the representation (art. 20(d)(ii) Sanction Order; art. 10.4(d)(ii) Third Amended Plan of Compromise and Arrangement). A potential plaintiff had the right to bring an Excepted Claim only within nine weeks of the date of delivery of notice by the Monitor in the proceeding under the CCAA (art. 20(f)(ii) Sanction Order; art. 10.4(f)(ii) Third Amended Plan of Compromise and Arrangement).

[287] On appeal from Campbell J.'s Sanction Order, the Ontario Court of Appeal upheld the plan of arrangement and noted that the release exempted virtually all participants in the Canadian ABCP market from any liability associated with ABCP (*Metcalfe & Mansfield* (C.A.), at para. 29).

[288] In subsequent decisions, it was affirmed that the release was a necessary component of the plan and that it had been drafted very broadly in order to bar all claims relating to ABCP, except the claims for misrepresentations that had been specifically carved out (*Mull v. National Bank of Canada*, 2011 ONCA 488, at para. 9 (CanLII)).

[289] The respondent takes the position that the issue of whether the release applies to the appellants could not be argued at the authorization stage because the appellants adduced no evidence from which the authorization judge could determine whether Management was a Released Party within the meaning of the release or whether the ABCP to which the PP and ALT investments may have been exposed was "Affected ABCP". This argument is untenable in view of the respondent's judicial admission at the hearing on May 7, 2015:

[TRANSLATION] [Counsel for the appellants] stated that [counsel for the respondent] had admitted on Monday that he was withdrawing the claim on the first component, acknowledging that the release does in fact release [Management] in this respect and that he therefore has no action or claim for punitive damages against [Management] based on the first component.

du PCAA, le texte de la déclaration dite fautive, et l'action prise par le demandeur potentiel en se fondant sur la déclaration (art. 20(d)(ii) Ordonnance d'homologation; art. 10.4(d)(ii) Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement). Un demandeur potentiel ne peut exercer le droit à une demande exclue que dans les neuf semaines suivant la date de remise de l'avis par le contrôleur dans le cadre de la procédure en vertu de la LACC (art. 20(f)(ii) Ordonnance d'homologation; art. 10.4(f)(ii) Troisième plan modifié de transaction et d'arrangement).

[287] La Cour d'appel de l'Ontario, saisie d'un appel à l'encontre de l'Ordonnance d'homologation du juge Campbell, a confirmé le plan d'arrangement et a noté que la quittance exonère pratiquement tous les participants au marché canadien des PCAA de toute responsabilité liée aux PCAA (*Metcalfe & Mansfield* (C.A.), par. 29).

[288] Des décisions ultérieures ont confirmé que la quittance est une composante nécessaire du plan et a été rédigée de manière très large de façon à interdire toutes les réclamations relatives aux PCAA, à l'exception des demandes fondées sur de fausses déclarations qui ont été spécifiquement exclues (*Mull c. National Bank of Canada*, 2011 ONCA 488, par. 9 (CanLII)).

[289] L'intimé prend la position que la question de l'applicabilité de la quittance aux appelantes ne peut faire l'objet d'un débat au stade de l'autorisation parce que les appelantes n'ont offert aucune preuve permettant à la juge d'autorisation de déterminer si Gestion constitue une Partie libérée au sens de la quittance, ou si les PCAA auxquels les placements PP et GA ont pu être exposés étaient des « *Affected ABCP* » (« PCAA visés »). Cet argument ne peut tenir étant donné l'admission judiciaire de l'intimé lors de l'audience du 7 mai 2015 :

[Le procureur des appelantes] mentionne que [le procureur de l'intimé] a admis lundi qu'il retirait la réclamation pour la première composante reconnaissant qu'effectivement la quittance vient quittance [Gestion] à cet effet-là et qu'il n'a donc aucun recours ou aucune réclamation en dommages punitifs à l'encontre de [Gestion] fondé sur la première composante.

[Counsel for the respondent] confirmed that this was correct, that this was what he had pleaded before Justice Godbout.

The Court summarized the judicial admission as follows: [Counsel for the respondent] acknowledged that the release with respect to ABCP covers the investments made before August 2007.

(A.R., vol. II, at p. 194)

[290] While an authorization judge must assume the facts alleged by an applicant to be true, the judge cannot then disregard the admissions made by that applicant. The respondent is not alleging that Management was no longer a Released Party after August 2007. Nor is he arguing that the ABCP sold by Management was no longer Affected ABCP after August 2007. It can therefore be assumed that the release must apply to Management and its investments before, during and after August 2007.

[291] What I understand, rather, is that according to the respondent, the only important change that occurred in August 2007 was that Management became aware of the risk associated with the continued use of ABCP in its investments and that it nevertheless retained this type of investment in the PP and ALT investments (A.R., vol. II, at p. 150).

[292] Management's alleged awareness of the risk has no effect on the continued application of the release to the parties or to the investments. Ultimately, it only changes the basis for the respondent's claim. The question is therefore whether the claim can survive the terms of the release, which allows only claims falling within the definition of an Excepted Claim. However, the respondent's claim cannot be an Excepted Claim.

[293] The release thus presents two impediments that are fatal to the claim for punitive damages based on ABCP.

[294] The first impediment arises from the limited cause of action authorized for an Excepted Claim: the claim must be based on express fraudulent

[Le procureur de l'intimé] confirme que c'est exact, que c'est ce qu'il a plaidé devant le juge Godbout.

Le Tribunal résume ainsi l'admission judiciaire : [Le procureur de l'intimé] reconnaît que la quittance sur les PCAA couvre les investissements faits avant août 2007.

(d.a., vol. II, p. 194)

[290] Or, si le juge d'autorisation doit tenir pour avérés les faits allégués par le requérant, il ne peut pas alors ignorer les aveux de ce même requérant. L'intimé n'allègue pas que Gestion n'était plus une Partie libérée après août 2007. Il ne prétend pas non plus qu'après août 2007, les PCAA vendus par Gestion ne constituaient plus des PCAA visés. Par conséquent, nous pouvons tenir pour acquis que la quittance doit s'appliquer à Gestion et à ses investissements avant, pendant et après août 2007.

[291] Je comprends plutôt que, selon l'intimé, le seul changement important survenu en août 2007 était que Gestion avait alors pris conscience du risque associé à l'utilisation continue des PCAA dans ses placements, et que malgré cela, elle a conservé ce type d'investissement dans les placements PP et GA (d.a., vol. II, p. 150).

[292] La prise de conscience de Gestion qui est alléguée n'affecte en rien l'application continue de la quittance aux parties ou aux investissements. En fin de compte, cela ne fait que modifier le fondement de la réclamation de l'intimé. La question est alors de savoir si la réclamation peut survivre aux conditions de la quittance, laquelle ne permet que les demandes qui entrent dans la définition de Réclamation exclue. Or, la demande de l'intimé ne peut constituer une Réclamation exclue.

[293] La quittance comporte donc deux obstacles qui sont fatals à la réclamation en dommages-intérêts punitifs fondée sur les PCAA.

[294] Le premier obstacle découle de la cause d'action limitée qui est autorisée pour une Réclamation exclue : la réclamation doit être fondée

misrepresentations made to the potential plaintiff by an “authorized representative” of the potential defendant. The exception for misrepresentations must be interpreted narrowly to avoid the “potential cascade of litigation” that would result from a broad interpretation (*Metcalfe & Mansfield* (S.C.), at para. 113). The misrepresentation requirement is applicable in both the civil and the common law jurisdictions (para. 118).

[295] However, Mr. Asselin’s claim for punitive damages is not based on a misrepresentation. Rather, he submits that Management’s fault in relation to ABCP lies in [TRANSLATION] “flawed design and management . . . contrary to its obligations and duties to act prudently and diligently and to adhere to sound and prudent management practices” (A.R., vol. II, at p. 150). Moreover, the allegations are not sufficiently detailed, because the release requires details concerning the date, content and source of the misrepresentation. The motion therefore does not allege a cause of action covered by the definition of an Excepted Claim.

[296] Even if other parts of the motion are considered, the respondent is not arguing that any “authorized representative” of Management acted with fraudulent intent. This fact alone means that there is no legal syllogism in respect of which authorization could be granted, as it is the representative who must have the fraudulent intent. Campbell J. himself was aware of the possibility that the release would “preclude recovery in circumstances where senior bank officers who had the requisite fraudulent intent directed sales persons to make statements that the sales persons reasonably believed but that the senior officers knew to be false” (*Metcalfe & Mansfield* (S.C.), at para. 119).

[297] The second impediment to the claim for punitive damages relates to the strict time limit for asserting a claim. The nine-week time limit began to run on the date of delivery of notice by the Monitor, which was essentially the date on which the Sanction Order was made, namely June 5, 2008 (J. Carhart and J. Hoffman, “Canada’s Asset Backed Commercial

sur des déclarations frauduleuses expresses faites au demandeur potentiel par un « représentant autorisé » du défendeur potentiel. L’exception pour les fausses déclarations doit être interprétée de manière restrictive, afin d’éviter une « cascade potentielle de litiges » qui résulterait d’une interprétation large (*Metcalfe & Mansfield* (C.S.), par. 113). La condition requise de fausse déclaration s’applique également aux juridictions de droit civil et de common law (par. 118).

[295] Or, la réclamation en dommages-intérêts punitifs de M. Asselin n’est pas fondée sur une fausse déclaration. Il soutient plutôt que la faute de Gestion en ce qui concerne les PCAA réside dans la « conception et [la] gestion déficientes [. . .] contraire à ses obligations et devoirs d’agir avec prudence et diligence et de suivre des pratiques de gestion saine et prudente » (d.a., vol. II, p. 150). Par ailleurs, les allégations ne sont pas suffisamment détaillées puisque la quittance exige des détails sur la date, le contenu et la source de la fausse déclaration. Ainsi, la requête n’allègue pas une cause d’action qui relève de la définition de Réclamation exclue.

[296] Même en s’inspirant d’autres parties de la requête, l’intimé ne prétend aucunement que les « représentants autorisés » de Gestion ont agi avec une intention frauduleuse. Ce fait à lui seul rend impossible tout syllogisme juridique susceptible d’être autorisé, car c’est le représentant qui doit avoir l’intention frauduleuse. Le juge Campbell lui-même était conscient de la possibilité que la quittance [TRADUCTION] « empêche le recouvrement dans des circonstances où des cadres dirigeants de banque qui avaient l’intention frauduleuse requise ont ordonné aux vendeurs de faire des déclarations que ces derniers croyaient raisonnablement, mais que les cadres dirigeants savaient être fausses » (*Metcalfe & Mansfield* (C.S.), par. 119).

[297] Le deuxième obstacle à la réclamation en dommages-intérêts punitifs concerne les délais stricts pour présenter une demande. Le délai de 9 semaines a commencé à courir à la date de remise de l’avis par le Contrôleur, qui était essentiellement la date à laquelle l’Ordonnance d’homologation a été rendue, c’est-à-dire le 5 juin 2008 (J. Carhart et

Paper Restructuring: 2007-2009” (2010), 25 *B.F.L.R.* 35, at p. 56). Mr. Asselin’s motion for authorization to institute a class action was served on September 16, 2011. His claim for punitive damages based on Management’s use of an investment strategy that included ABCP was therefore filed out of time.

[298] Courts with jurisdiction under the *CCAA* have “[t]he ability to conclusively cap liability and close the door on future litigation” (Pearce, at p. 193). This is the case here. To permit claims to be considered regardless of the previous decisions and the release would operate as a manifest unfairness to all the other participants that incurred losses (*Mull*, at para. 2). Allowing the claim relating to ABCP to proceed would amount to reopening a debate on the release in the Quebec Superior Court, which [TRANSLATION] “would short-circuit the economy of the judicial system” (*Hy Bloom inc.*, at para. 84).

[299] In conclusion, the release stands in the way of the respondent’s legal syllogism with regard to Management’s fault, and the claim based on ABCP must be dismissed. It is clear from the allegations, the terms of the release and the respondent’s admission that the claim for punitive damages based on ABCP does not have the colour of right required by art. 1003(b) *C.C.P.*

(3) Compensatory Damages

[300] Insofar as it is argued that Management is liable as the designer and manager of the products, I agree with the Court of Appeal that the action can be authorized in relation to the compensatory damages sought by the respondent against Management.

[301] The respondent alleges that Management breached its duty of competence and management by taking risks that were contrary to its legal and contractual obligations (*A.R.*, vol. II, at p. 63, para. 120). Among other things, he alleges that Management liquidated the amounts allocated to the return on

J. Hoffman, « Canada’s Asset Backed Commercial Paper Restructuring : 2007-2009 » (2010), 25 *B.F.L.R.* 35, p. 56). La requête de M. Asselin pour autorisation d’exercer un recours collectif fut signifiée le 16 septembre 2011. En conséquence, la réclamation de M. Asselin en dommages-intérêts punitifs fondée sur l’utilisation par Gestion d’une stratégie d’investissement incluant des PCAA a été déposée hors délai.

[298] Les tribunaux ayant juridiction en vertu de la *LACC* [TRADUCTION] « peuvent limiter définitivement la responsabilité et fermer la porte à de futurs litiges » (Pearce, p. 193). C’est le cas ici. Permettre à des réclamations d’être examinées indépendamment des décisions antérieures et de la quittance causerait une injustice manifeste à toutes les autres parties prenantes qui ont subi des pertes (*Mull*, par. 2). Autoriser la poursuite de la réclamation relative aux PCAA reviendrait à réengager un débat sur la quittance devant la Cour supérieure du Québec qui « court-circuiterait l’économie du système judiciaire » (*Hy Bloom inc.*, par. 84).

[299] En conclusion, la quittance fait obstacle au syllogisme juridique de l’intimé quant à la faute de Gestion et la demande fondée sur les PCAA doit être rejetée. Il est évident à la lumière des allégations, des termes de la quittance et de l’admission de l’intimé que la réclamation fondée sur les PCAA pour les dommages-intérêts punitifs ne revêt pas l’apparence de droit qu’exige l’al. 1003b) *C.p.c.*

(3) Les dommages-intérêts compensatoires

[300] Dans la mesure où la responsabilité de Gestion est recherchée à titre de conceptrice et gestionnaire des produits, je suis d’avis, à l’instar de la Cour d’appel, que le recours peut être autorisé à l’égard des dommages-intérêts compensatoires recherchés par l’intimé à l’encontre de Gestion.

[301] L’intimé allègue que Gestion a manqué à son devoir de compétence et de gestion en ce qu’elle aurait pris des risques contraires à ses obligations légales et contractuelles (*d.a.*, vol. II, p. 63, par. 120). Entre autres, l’intimé reproche à Gestion d’avoir liquidé les sommes affectées au rendement des

the PP and ALT investments in order to honour the capital guarantee, which, he says, shows the scale of the risk associated with the investments. Thus, in addition to the use of ABCP, the investment strategies included the use of a leverage ratio of five to one, which, according to the respondent, was in violation of Management's obligations because it put the capital at risk and forced the liquidation of the amounts allocated to the return (para. 122.1). The respondent submits that all of this was contrary to Management's obligation to act prudently and diligently and that it resulted in a loss of 100 percent of the assets allocated to the return (para. 127).

[302] The authorization judge declined to authorize this part of the action, in particular because she found that the losses in question were attributable to the market collapse during the crisis of 2008 and that, as a result, the action did not have the colour of right required by art. 1003(b) C.C.P. I agree with the Court of Appeal that this was an error that warranted its intervention. By referring to the effects of the 2008 financial crisis, the authorization judge decided the merits of the action. Thus, even though one may find tenuous this aspect of the action, it is not devoid of foundation. The allegations are sufficiently precise for this aspect of the action against Management to be authorized.

[303] I would therefore answer the second question at issue partly in the negative, as I am of the view that the Court of Appeal properly authorized the action against Management except in relation to the claim for punitive damages.

X. Disposition

[304] I would allow the appeal in part. I would decline to authorize the action against Firm, and I would authorize the action against Management, but only in relation to the claim for compensatory damages.

Appeal allowed in part, MOLDAVER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting in part.

placements PP et GA afin d'honorer la garantie de capital, ce qui, selon lui, démontre l'ampleur du risque des placements. Ainsi, les stratégies d'investissement, outre le recours aux PCAA, comprenaient l'usage d'un effet de levier de cinq pour un, ce qui irait à l'encontre des obligations de Gestion en ce qu'elle a mis à risque le capital et forcé la liquidation des sommes affectées au rendement (par. 122.1). Le tout serait contraire aux obligations de Gestion d'agir avec prudence et diligence et aurait entraîné une perte de 100 p. 100 des actifs affectés au rendement (par. 127).

[302] La juge d'autorisation a refusé d'autoriser cette partie du recours, notamment puisqu'elle estimait que ces pertes étaient attribuables à l'effondrement du marché lors de la crise de 2008, et que le recours ne revêt donc pas l'apparence de droit requise par l'al. 1003b) C.p.c. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il s'agit là d'une erreur justifiant son intervention. En invoquant les effets de la crise financière de 2008, la juge d'autorisation s'est avancée sur le fond du recours. Ainsi, même si l'on peut penser que cet aspect du recours est ténu, il n'est pas pour autant dénué de fondement. Les allégations sont suffisamment précises pour permettre d'autoriser cet aspect du recours à l'encontre de Gestion.

[303] Je réponds donc partiellement par la négative à la deuxième question en litige, puisque je suis d'avis que la Cour d'appel avait raison d'autoriser le recours contre Gestion, sauf en ce qui concerne la réclamation en dommages-intérêts punitifs.

X. Dispositif

[304] Je propose d'accueillir l'appel en partie. Je refuse d'accorder l'autorisation du recours contre Cabinet et j'autorise le recours contre Gestion, mais seulement à l'égard de la réclamation en dommages-intérêts compensatoires.

Pourvoi accueilli en partie, les juges MOLDAVER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents en partie.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Trudel Johnston & Lespérance, Montréal; LLB Avocats, Québec; Paquette Gadler, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Trudel Johnston & Lespérance, Montréal; LLB Avocats, Québec; Paquette Gadler, Montréal.

Randy Desmond Riley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RILEY

2020 SCC 31

File No.: 39006.

2020: November 3.

Present: Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Charge to jury — Vetrovec warning — Curative proviso — Crown calling former co-accused as witness at trial — Witness giving testimony exculpatory of accused — Trial judge giving jury Vetrovec warning to caution them about relying on witness’s evidence — Jury convicting accused of second degree murder and unlawful possession of firearm — Majority of Court of Appeal concluding that trial judge erred in giving Vetrovec warning but that error was harmless in its effect and curative proviso applied — Dissenting judge finding it inappropriate to apply curative proviso — Convictions quashed and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Beveridge, Scanlan and Bourgeois JJ.A.), 2019 NSCA 94, 450 D.L.R. (4th) 251, 160 W.C.B. (2d) 267, [2019] N.S.J. No. 524 (QL), 2019 CarswellNS 875 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for second degree murder and unlawful possession of a firearm. Appeal allowed.

Lee V. Seshagiri and Roger A. Burrill, for the appellant.

James A. Gumpert, Q.C., and Melanie Perry, for the respondent.

Randy Desmond Riley *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. RILEY

2020 CSC 31

N° du greffe : 39006.

2020 : 3 novembre.

Présents : Les juges Karakatsanis, Côté, Brown, Martin et Kasirer.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Mise en garde de type Vetrovec — Disposition réparatrice — Couronne faisant témoigner au procès un ancien coaccusé — Déposition du témoin disculpant l’accusé — Mise en garde de type Vetrovec donnée par le juge du procès aux jurés pour les inciter à la prudence à l’égard de la déposition du témoin — Accusé déclaré coupable par le jury de meurtre au deuxième degré et de possession illégale d’une arme à feu — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel concluant que le juge du procès a commis une erreur en donnant une mise en garde de type Vetrovec, mais que cette erreur était inoffensive et sans incidence et que la disposition réparatrice s’appliquait — Conclusion du juge dissident portant qu’il ne convenait pas d’appliquer la disposition réparatrice — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Beveridge, Scanlan et Bourgeois), 2019 NSCA 94, 450 D.L.R. (4th) 251, 160 W.C.B. (2d) 267, [2019] N.S.J. No. 524 (QL), 2019 CarswellNS 875 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et possession illégale d’une arme à feu prononcées contre l’accusé. Pourvoi accueilli.

Lee V. Seshagiri et Roger A. Burrill, pour l’appelant.

James A. Gumpert, c.r., et Melanie Perry, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — We are all of the view that the appeal should be allowed, for the reasons of Scanlan J.A. in the Court of Appeal. The appeal is allowed, the convictions are quashed and a new trial is ordered on the charges of second degree murder and unlawful possession of a firearm. As a result, it is unnecessary to hear the application for leave to appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Nous sommes toutes et tous d’avis d’accueillir l’appel, et ce, pour les motifs exposés par le juge Scanlan de la Cour d’appel. L’appel est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné à l’égard des accusations de meurtre au deuxième degré et de possession illégale d’une arme à feu. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’entendre la demande d’autorisation d’appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l’intimée : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

**Attorney General of Quebec and
Director of Criminal and Penal Prosecutions**
Appellants

v.

9147-0732 Québec inc. *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Association des avocats de la défense de
Montréal,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Civil Liberties Association and
Canadian Constitution Foundation**
Interveners

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.
9147-0732 QUÉBEC INC.**

2020 SCC 32

File No.: 38613.

2020: January 22; 2020: November 5.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and
unusual treatment or punishment — Scope and purpose
of guarantee — Whether s. 12 of Canadian Charter of
Rights and Freedoms protects corporations from cruel and
unusual treatment or punishment.*

A corporation was found guilty of carrying out construction work as a contractor without holding a current license for that purpose, an offence under s. 46 of Quebec's *Building Act*. Pursuant to s. 197.1 of that Act, the penalty for an offence under s. 46 is a mandatory minimum fine which varies depending on whether the offender is an individual or a corporation. Applying this provision, the Court of Québec imposed the then minimum fine for corporations of \$30,843. The corporation challenged the constitutionality of the mandatory minimum fine on the

**Procureure générale du Québec et
directeur des poursuites criminelles et
pénales** *Appellants*

c.

9147-0732 Québec inc. *Intimée*

et

**Directrice des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario,
Association des avocats de la défense de
Montréal,
British Columbia Civil Liberties Association,
Association canadienne des libertés civiles et
Canadian Constitution Foundation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREURE
GÉNÉRALE) c. 9147-0732 QUÉBEC INC.**

2020 CSC 32

N° du greffe : 38613.

2020 : 22 janvier; 2020 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements
ou peines cruels et inusités — Champ d'application et
objet de la garantie — L'article 12 de la Charte cana-
dienne des droits et libertés protège-t-il les personnes
morales contre les traitements ou peines cruels et inusités?*

Une personne morale a été déclarée coupable d'avoir exécuté des travaux de construction en tant qu'entrepreneure sans être titulaire d'une licence en vigueur à cette fin, infraction prévue à l'art. 46 de la *Loi sur le bâtiment* du Québec. Aux termes de l'art. 197.1 de cette loi, quiconque contrevient à l'art. 46 est passible d'une amende minimale obligatoire, dont le montant varie selon que le contrevenant est un individu ou une personne morale. Appliquant cette disposition, la Cour du Québec a infligé une amende de 30 843 \$, soit le montant minimal dont

basis that it offended its right to be protected against cruel and unusual treatment or punishment under s. 12 of the *Charter*. The Court of Québec dismissed the challenge, concluding that expanding the protection of rights intrinsically linked to individuals to include corporate rights would trivialize the protection granted by s. 12. On appeal by the corporation, the Quebec Superior Court similarly held that corporations were not covered by s. 12, as the provision's purpose was the protection of human dignity, a notion meant exclusively for natural persons. A majority at the Quebec Court of Appeal, however, allowed the corporation's appeal, concluding that since corporations could face cruel treatment or punishment through harsh or severe fines, s. 12 could apply to them. The dissenting judge was of the view that s. 12 does not apply to corporations.

Held: The appeal should be allowed and the judgment of the Court of Appeal set aside.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: Section 12 of the *Charter* does not protect corporations from cruel and unusual treatment or punishment because the text "cruel and unusual" denotes protection that only human beings can enjoy. The protective scope of s. 12 is thus limited to human beings. The Court's jurisprudence on s. 12, in both its French and English versions, is marked by the concept of human dignity, and the existence of human beings behind the corporate veil is insufficient to ground a s. 12 claim of right on behalf of a corporate entity, in light of the corporation's separate legal personality.

To claim protection under the *Charter*, a corporation must establish that it has an interest falling within the scope of the guarantee, and one which accords with the purpose of that provision. The court must seek to discern the scope and purpose of the right by way of a purposive interpretation, that is, by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The approach is generous, purposive and contextual and should be done in a large and liberal manner.

était possible une personne morale à l'époque. La personne morale a contesté la constitutionnalité de l'amende minimale obligatoire, au motif qu'elle portait atteinte au droit que lui garantit l'art. 12 de la *Charte* à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. La Cour du Québec a rejeté la contestation, concluant que le fait d'étendre la protection de droits intrinsèquement liés aux personnes physiques à des droits appartenant aux personnes morales banaliserait la protection prévue à l'art. 12. À la suite de l'appel interjeté par la personne morale, la Cour supérieure du Québec a elle aussi statué que les personnes morales ne sont pas visées par l'art. 12, car l'objet de la disposition est la protection de la dignité humaine, une notion qui s'applique de toute évidence exclusivement aux personnes physiques. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont toutefois accueilli l'appel de la personne morale, concluant que, comme les personnes morales pouvaient être exposées à des traitements ou peines cruels sous forme d'amendes lourdes ou sévères, l'art. 12 pouvait s'appliquer à elles. Le juge dissident a estimé que l'art. 12 ne s'applique pas aux personnes morales.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel est annulé.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe : L'article 12 de la *Charte* ne protège pas les personnes morales contre les traitements ou peines cruels et inusités, parce que l'expression « cruels et inusités » dénote une protection que seul un être humain peut avoir. En conséquence, la protection de l'art. 12 se limite aux êtres humains. La jurisprudence de notre Cour sur l'art. 12, tant en français qu'en anglais, est caractérisée par la notion de la dignité humaine et le fait qu'il y ait des êtres humains derrière la personnalité morale est insuffisant pour justifier la revendication du droit garanti à l'art. 12 en faveur d'une personne morale, vu la personnalité juridique distincte de celle-ci.

Une personne morale qui revendique la protection de la *Charte* doit établir qu'elle a un intérêt qui est compris dans la portée de la garantie et qui s'accorde avec l'objet de la disposition. Le tribunal doit s'efforcer de dégager l'objet et le champ d'application du droit en question en procédant à une interprétation téléologique, c'est-à-dire en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Il s'agit d'une approche libérale, téléologique et contextuelle, qui doit être appliquée

Within the purposive approach, the analysis must begin by considering the text of the provision. While constitutional norms are deliberately expressed in general terms, the words used remain the most primal constraint on judicial review and form the outer bounds of a purposive inquiry. Giving primacy to the text prevents an interpretation that overshoots (or undershoots) the actual purpose of the right. It is not the sole consideration, but treating it as the first indicator of purpose is constitutive of the principles of *Charter* interpretation.

The text of s. 12, particularly the inclusion of “cruel”, strongly suggests that the provision is limited to human beings. The ordinary meaning of the word “cruel” does not permit its application to inanimate objects or legal entities such as corporations. The words “cruel and unusual treatment or punishment” refer to human pain and suffering, both physical and mental. An examination of s. 12’s historical origins shows that the *Charter* took a different path from its predecessors, the English *Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the United States Constitution, by carving off the right not to be denied reasonable bail without just cause from the right to be free from cruel and unusual punishment and by omitting the protection against excessive fines. The protection against cruel and unusual punishment under s. 12 therefore exists as a standalone guarantee. This is highly significant: excessive fines (which a corporation can sustain), without more, are not unconstitutional. For a fine to be unconstitutional, it must be so excessive as to outrage standards of decency and abhorrent or intolerable to society. This threshold is, in accordance with the purpose of s. 12, inextricably anchored in human dignity and cannot apply to treatments or punishments imposed on corporations.

There is agreement with Abella J.’s discussion of related *Charter* rights. However, there is disagreement with the prominence given to international and comparative law in the interpretive process. International and comparative sources play a limited role of providing support or confirmation for the result reached by way of purposive interpretation of *Charter* rights. Their weight and persuasiveness depends on the nature of the source and its relationship to the *Charter*. A principled framework and methodology for considering international and comparative sources in constitutional interpretation is necessary, both to properly

de façon large et libérale. Suivant l’interprétation téléologique, l’analyse doit commencer par l’examen du texte de la disposition. Bien que les normes constitutionnelles soient délibérément exprimées en termes généraux, les mots utilisés demeurent la principale contrainte en cas d’examen judiciaire et constituent les limites externes de l’analyse téléologique. Le fait de donner préséance au texte permet d’éviter d’aller au-delà (ou de rester en deçà) du véritable objet du droit. Le texte n’est pas la seule et unique considération, mais le fait de le traiter comme l’indice premier de l’objet est compatible avec les principes d’interprétation de la *Charte*.

Le texte de l’art. 12, en particulier la présence du mot « cruels » dans celui-ci, suggère fortement que cette disposition s’applique uniquement aux êtres humains. Le sens courant du mot « cruel » ne permet pas de l’appliquer à des objets inanimés ou à des entités juridiques telles les personnes morales. Les mots « traitements ou peines cruels et inusités » s’entendent de la douleur et de la souffrance humaines, tant physiques que mentales. Un examen des origines historiques de l’art. 12 démontre que la *Charte* a emprunté une voie différente de celle des textes qui l’ont précédée, le *Bill of Rights* anglais et le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis, en dissociant le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable du droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées, et en omettant la protection contre les amendes excessives. Par conséquent, la protection contre les peines cruelles et inusitées prévue par l’art. 12 constitue une garantie autonome. Il s’agit d’un facteur extrêmement important : une amende excessive (qu’une personne morale peut se voir infliger), sans plus, n’est pas inconstitutionnelle. Pour qu’une amende soit inconstitutionnelle, elle doit être excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine, en plus d’être odieuse ou intolérable pour la société. Eu égard à l’objet de l’art. 12, ce critère est inextricablement ancré dans la dignité humaine et ne saurait s’appliquer aux traitements ou peines infligés aux personnes morales.

Il y a accord avec l’analyse de la juge Abella concernant les droits connexes garantis par la *Charte*. Toutefois, il y a désaccord avec celle-ci quant à l’importance qu’elle accorde au droit international et au droit comparé dans le processus d’interprétation. Les sources de droit international et de droit comparé jouent un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d’une interprétation téléologique des droits garantis par la *Charte*. Leur poids et leur valeur persuasive dépendent de la nature de la source et de son rapport avec la *Charte*. Un cadre raisonné d’analyse et

recognize Canada's international obligations and to provide consistent and clear guidance to courts and litigants.

The presumption of conformity is the firmly established interpretive principle that the *Charter* is presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified. Binding international instruments carry more weight in the analysis than non-binding instruments, which should be treated as relevant and persuasive but not determinative interpretive tools, and courts drawing from the latter should be careful to explain why they are drawing on a particular source and how it is being used. In this case, the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* are both binding on Canada, thus triggering the presumption of conformity. However, neither extends protection from cruel and unusual punishment to corporations. While both the *American Convention on Human Rights* and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* have also been found not to extend protection to corporations against cruel and unusual punishment, these instruments are merely persuasive here. International instruments that pre-date the *Charter* can also clearly form part of the historical context of a *Charter* right regardless of whether Canada is a party to such instruments. In this case, the context of the English *Bill of Rights* and the Eighth Amendment is highly relevant as each contained similar but not identical protections as s. 12. As for instruments that post-date the *Charter*, those that do not bind Canada carry much less interpretive weight than those that do. Finally, decisions of foreign and international courts are included among those non-binding sources that are relevant and may be persuasive. However, particular caution should be exercised as the measures in effect in other countries say little about the scope of the rights enshrined in the Canadian *Charter*.

Per Abella, Karakatsanis and Martin JJ.: The purpose of s. 12 of the *Charter* is to prevent the state from inflicting physical or mental pain and suffering through degrading and dehumanizing treatment or punishment. It is meant

une méthodologie de prise en compte des sources de droit international et de droit comparé sont nécessaires, à la fois pour reconnaître adéquatement les obligations internationales du Canada et pour fournir des indications claires et cohérentes aux tribunaux et aux plaideurs.

La présomption de conformité est le principe solidement établi en matière d'interprétation selon lequel la *Charte* est présumée accorder une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés. Les instruments internationaux contraignants ont plus de poids dans l'analyse que les instruments non contraignants, lesquels devraient être traités comme des outils d'interprétation pertinents et persuasifs, mais non déterminants, et les tribunaux qui se fondent sur les instruments non contraignants doivent veiller à expliquer pourquoi ils le font et comment ils utilisent ces instruments. En l'espèce, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* lient tous deux le Canada, faisant donc intervenir la présomption de conformité. Cependant, ni l'un ni l'autre n'élargit aux personnes morales la protection contre les peines cruelles et inusitées. Bien qu'il ait été jugé que tant la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* n'accordent pas non plus aux personnes morales la protection contre les peines cruelles et inusitées, ces instruments n'ont qu'une valeur persuasive dans le présent cas. Les instruments internationaux antérieurs à la *Charte* peuvent eux aussi nettement faire partie du contexte historique d'un droit garanti par la *Charte*, que le Canada soit ou non partie à de tels instruments. En l'espèce, le contexte du *Bill of Rights* anglais et du Huitième amendement est très pertinent, car ces deux instruments contiennent chacun des protections similaires, mais pas identiques, à la protection prévue à l'art. 12. En ce qui concerne les instruments postérieurs à la *Charte*, ceux qui ne lient pas le Canada ont une valeur interprétative beaucoup moins grande que ceux qui lient le Canada. Enfin, les décisions des tribunaux étrangers et internationaux sont incluses dans la catégorie des instruments non contraignants qui sont pertinents et peuvent être persuasifs. Toutefois, une prudence particulière s'impose, car les mesures en vigueur dans d'autres pays nous renseignent peu sur la portée des droits inscrits dans la *Charte* canadienne.

Les juges Abella, Karakatsanis et Martin : L'article 12 de la *Charte* a pour objet d'interdire à l'État d'infliger des douleurs et des souffrances physiques ou psychologiques par des traitements ou peines dégradants et

to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals. Its intended beneficiaries are people, not corporations.

Determining the scope of s. 12 requires first determining the purpose of the right, which is to be sought by reference to the character and objectives of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and to the principles and values underlying the right. Examining the text of the *Charter* is only the beginning of the interpretive exercise, which is fundamentally different from interpreting a statute. A generous, purposive and contextual approach should be applied so that *Charter* rights can grow and adapt to changing realities. Overemphasizing the plain text of *Charter* rights would make Canadian constitutional law more insular, and creates a risk that, over time, those rights will cease to represent the fundamental values of Canadian society and the purposes they were meant to protect. Purpose remains the central consideration in interpreting the scope and content of a *Charter* right. While several factors — including the text — can help inform the exercise, the Court has never endorsed a rigid hierarchy among these interpretative guides.

A review of the language used in the Court's s. 12 jurisprudence shows that both the English and French versions capture the same concept, namely, that s. 12 prohibits treatment or punishment that is incompatible with human dignity. Dictionary definitions of “cruel”, “cruelty”, “cruel and unusual punishment” and “*cruel*” in French, reveal that the ordinary meaning of the words cruel and unusual treatment or punishment in s. 12 centers on human pain and suffering. The fact that the word “everyone” is found in the text of s. 12 cannot, by virtue of its literal meaning, expand the protection to corporations, without any regard for the purpose of the right as protecting human dignity.

The historical origins and values underlying s. 12 of the *Charter* can be traced back to art. 10 of the English *Bill of Rights*, which stipulated that excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. The provision was incorporated almost verbatim into the Eighth Amendment of the United States Constitution. In both the English and

déshumanisants. Il vise à protéger la dignité humaine et à assurer le respect de la valeur inhérente de chaque personne. Les personnes censées en bénéficier sont les personnes physiques, et non pas les personnes morales.

La détermination de la portée de l'art. 12 passe d'abord par l'établissement de l'objet du droit, qui doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et en fonction des principes et des valeurs qui sous-tendent le droit. L'examen du texte de la *Charte* n'est que le début de l'opération d'interprétation, opération qui diffère fondamentalement de l'interprétation du texte d'une loi. Une méthode téléologique, libérale et contextuelle doit être appliquée de sorte que les droits garantis par la *Charte* puissent croître et s'adapter à l'évolution des réalités sociales. Accorder une importance excessive au libellé clair des droits garantis par la *Charte* aurait pour effet d'isoler le droit constitutionnel canadien et créerait le risque qu'avec l'écoulement du temps, ces droits ne représentent plus les valeurs fondamentales de la société canadienne et les objectifs qu'ils sont censés réaliser. L'objet demeure la considération essentielle lorsqu'il s'agit d'interpréter la portée et le contenu d'un droit garanti par la *Charte*. Bien que plusieurs facteurs — y compris le texte — puissent aider à guider l'analyse, la Cour n'a jamais souscrit à une hiérarchie stricte entre ces guides d'interprétation.

Il ressort d'un examen des diverses formulations utilisées dans la jurisprudence de la Cour sur l'art. 12 que tant les versions anglaise que française de ses arrêts expriment la même idée, à savoir que l'art. 12 interdit les traitements ou peines incompatibles avec la dignité humaine. Dans les dictionnaires, les définitions des termes anglais « *cruel* », « *cruelty* » (cruauté), « *cruel and unusual punishment* » (peine cruelle et inusitée), ainsi que du terme français « cruel », révèlent que le sens ordinaire des mots traitements ou peines cruels et inusités utilisés à l'art. 12 renvoie à la douleur et à la souffrance humaines. Le fait que le mot « chacun » figure dans le texte de l'art. 12 ne saurait, sur la base de son sens littéral, étendre la protection de cette disposition aux personnes morales, sans égard à l'objet du droit concerné, à savoir la protection de la dignité humaine.

Les origines historiques de l'art. 12 de la *Charte* et les valeurs qui le sous-tendent peuvent remonter à l'art. 10 du *Bill of Rights* anglais, qui précisait qu'il ne devrait pas être exigé de cautionnements excessifs, imposé d'amendes excessives ou infligé de peines cruelles et inusitées. Cette disposition a été intégrée presque mot pour mot dans le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis.

American contexts, protection for corporations was not contemplated. In the United States, the historical purpose of prohibiting cruel and unusual punishment was to protect the inherent worth and dignity of human beings. In Canada, similar language first appeared in s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The wording of that provision and of s. 12 of the *Charter* are almost identical. Like the *Canadian Bill of Rights*, the enactment of the *Charter* was influenced by the events of the Second World War, WWII's shocking indifference to human dignity and the devastating human rights abuses it tolerated resulted in responsive protections in international human rights instruments and in domestic rights guarantees like the *Charter*.

Since Canada's rights protections emerged from the same chrysalis of outrage as other countries around the world, it is helpful to compare Canada's s. 12 prohibition against cruel and unusual treatment with how courts have interpreted the numerous international instruments containing similar provisions. The Court has frequently relied on international and comparative law sources to assist in delineating the breadth and content of *Charter* rights; this is a standard and accepted practice. Both those sources which are binding and those which are not have proven to be indispensable in almost all areas of the law. The Court has never required that these sources be separately weighed, nor has it ever applied a hierarchical sliding scale of persuasiveness, segmenting non-binding international and comparative sources into categories worthy of more or less influence. Considering what and how laws and decisions have been applied on related questions by other countries and institutions is part not only of an ongoing global judicial conversation, but of the epistemological package constitutional courts routinely rely on. Narrowing our approach by putting unnecessary barriers in the way of access to international and comparative sources is a worrying setback.

While s. 12's international siblings vary in language, a common meaning can be ascribed to their various formulations as the phrase "cruel and unusual" is a compendious expression of a norm. The criterion applied to determine whether a punishment is cruel and unusual is whether the

Tant dans le contexte anglais que dans le contexte américain, la protection des personnes morales n'était pas envisagée. Aux États-Unis, l'objectif de l'interdiction des peines cruelles et inusitées est historiquement la protection de la valeur et de la dignité inhérentes aux êtres humains. Au Canada, le premier texte incorporant un libellé similaire est l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le texte de cette disposition et celui de l'art. 12 de la *Charte* sont presque identiques. À l'instar de la *Déclaration canadienne des droits*, l'adoption de la *Charte* a été influencée par les événements de la Deuxième Guerre mondiale. L'indifférence choquante à l'égard de la dignité humaine et les atteintes dévastatrices aux droits de la personne pendant ce conflit ont entraîné l'adoption de mesures de protection prévues par des instruments internationaux en matière de droits de la personne, et de garanties internes de protection des droits telle la *Charte*.

Comme les mesures canadiennes de protection des droits ont émergé de la même chrysalide d'outrances que celles adoptées par d'autres pays dans le monde, il est utile de comparer la prohibition édictée au Canada à l'art. 12 à l'égard des traitements ou peines cruels et inusités à la manière dont les tribunaux ont interprété les nombreux instruments internationaux contenant des dispositions similaires. La Cour s'est fréquemment appuyée sur des sources de droit international et de droit comparé pour l'aider à délimiter la portée et le contenu de droits garantis par la *Charte*; c'est une pratique courante et acceptée. Tant les sources contraignantes que celles qui ne le sont pas se sont révélées être indispensables dans pratiquement tous les domaines du droit. La Cour n'a jamais exigé que ces sources soient triées en fonction de leur poids respectif; elle n'a jamais non plus appliqué le type de hiérarchisation du caractère persuasif qui segmente les sources de droit international et de droit comparé non contraignantes en catégories se voyant accorder plus ou moins d'influence. La prise en compte des lois et de la jurisprudence appliquées à des questions connexes par d'autres pays et institutions, et de la façon dont elles le sont, constitue non seulement un aspect d'une conversation juridique constante à l'échelle mondiale, mais aussi du vaste contenu épistémologique qu'invoquent couramment les cours constitutionnelles. Restreindre notre approche en érigeant des obstacles inutiles au recours à des sources de droit international et de droit comparé est un recul inquiétant.

Bien que le libellé des équivalents internationaux de l'art. 12 varie, un sens commun peut être donné à leurs diverses formulations, car l'expression « cruels et inusités » est la formulation concise d'une norme. Le critère appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et

punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. All of the relevant international sources lead to the irrefutable inference that the right to be free from cruel and unusual punishment is intended to protect human dignity by prohibiting degrading, inhuman, or dehumanizing treatment or punishment that causes physical or mental pain and suffering. None of them include protection for corporations. While this international consensus does not dictate the outcome, it provides compelling and relevant interpretive support. A review of foreign domestic law, while not determinative, also supports an interpretation of s. 12 of the *Charter* which excludes protection for corporations. Internationally, it is widely acknowledged that the right to be free from cruel and unusual punishment is intended to protect human dignity by prohibiting degrading, inhuman, or dehumanizing treatment or punishment that causes physical or mental pain and suffering.

Looking at the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which s. 12 is associated, ss. 7 to 14 of the *Charter* are grouped under the heading “Legal Rights”. The broad purposes of these legal rights are to preserve the rights of detained individuals, by ensuring they are dealt with fairly and humanely, and to maintain the repute and integrity of the system of justice. Significantly, corporations have been found not to be included under both ss. 7 and 11(c).

The purpose of s. 12 is to confer protection on a singularly human level. It is meant to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals. Just as corporations cannot experience human reactions such as stress or anxiety, neither can they experience suffering. It would strain the interpretation of cruel and unusual treatment or punishment under s. 12 if a corporation, an artificial entity, could be said to experience it. Since corporations do not fall within the purpose of s. 12, they do not fall within its protective scope.

Per Kasirer J.: There is agreement with Abella, Brown and Rowe JJ. that the protection offered by s. 12 of the *Charter* does not extend to corporations. *Charter* rights must be given a large, liberal and purposive interpretation. Starting from the language of s. 12, particularly the word

inusitée consiste à se demander si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Toutes les sources internationales pertinentes mènent à l’inférence irréfutable que le droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées vise à protéger la dignité humaine en prohibant l’infliction de peines ou traitements dégradants, inhumains ou déshumanisants qui causent des douleurs et des souffrances physiques ou morales. Aucune de ces sources ne prévoit de protection en faveur des personnes morales. Quoiqu’un tel consensus international ne soit pas déterminant quant au résultat, il apporte néanmoins un appui convaincant et pertinent sur le plan de l’interprétation. L’examen du droit interne étranger, bien qu’il ne soit pas déterminant, appuie aussi une interprétation de l’art. 12 de la *Charte* qui a pour effet d’exclure l’existence d’une protection en faveur des personnes morales. Sur le plan international, il est largement reconnu que le droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées vise à protéger la dignité humaine en prohibant l’infliction de peines ou traitements dégradants, inhumains ou déshumanisants qui causent des douleurs et des souffrances physiques ou morales.

Si l’on examine le sens et l’objet des autres libertés et droits particuliers auxquels se rattachent l’art. 12, les art. 7 à 14 de la *Charte* sont regroupés sous l’intertitre « Garanties juridiques ». De façon générale, ces garanties juridiques ont pour objectifs de protéger les droits des personnes détenues, en faisant en sorte qu’elles soient traitées équitablement et avec humanité, et de préserver l’intégrité du système de justice et la considération dont il jouit. Fait important, il a été jugé que les personnes morales ne sont pas visées tant à l’art. 7 qu’à l’al. 11c).

L’article 12 a pour objet d’accorder une protection à un niveau individuel seulement. Il vise à protéger la dignité humaine et à respecter la valeur inhérente des individus. Tout comme les personnes morales ne peuvent pas éprouver de réactions humaines comme la tension ou l’angoisse, elles ne peuvent pas non plus éprouver de souffrances. Ce serait forcer l’interprétation de la notion de traitements ou peines cruels et inusités visée à l’art. 12 si une personne morale, une entité artificielle, pouvait subir de tels traitement ou peines. Comme les personnes morales ne font pas partie de l’objet de la garantie prévue à l’art. 12, elles ne relèvent pas de son champ d’application.

Le juge Kasirer : Il y a accord avec les juges Abella, Brown et Rowe que la protection offerte par l’art. 12 de la *Charte* ne s’étend pas aux personnes morales. Les droits conférés par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale en fonction de l’objectif visé. Partant du

“cruel”, the dissenting Court of Appeal judge correctly found that it would distort the ordinary meaning of the words to say that it is possible to be cruel to a corporate entity. Although the scope of s. 12 has been broadened over the years, its evolution is still concerned only with human beings. In his analysis, the dissenting judge relied on sources drawn from domestic, international and English law and on the *Civil Code of Québec*. In this case, it is unnecessary to consider questions relating to the proper approach to constitutional interpretation or the place of international law and comparative law in that approach any further.

Cases Cited

By Brown and Rowe JJ.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **considered:** *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

libellé de l’art. 12, notamment le mot « cruels », le juge dissident à la Cour d’appel avait raison de conclure que ce serait dénaturer le sens commun des mots que de dire que l’on peut faire preuve de cruauté envers une entité corporative. Malgré un élargissement de la portée de l’art. 12 au fil des ans, son évolution ne s’intéresse toujours qu’à l’être humain. L’analyse du juge dissident s’appuie sur des sources tirées du droit interne, du droit international, du droit anglais, ainsi que sur le *Code civil du Québec*. En l’espèce, il n’est pas nécessaire de s’attarder davantage sur des questions liées à la démarche appropriée pour l’interprétation constitutionnelle ou sur la place du droit international et du droit comparé dans cette démarche.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Rowe

Arrêt appliqué : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêt examiné :** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés :** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

By Abella J.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **referred to:** *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2020 SCC 13, [2020] 1 S.C.R. 681; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Reyes v. The Queen*, [2002] UKPC 11, [2002] 2 A.C. 235; *S. v. Williams*, 1995 (3) S.A. 632; *A newspaper publishing company*

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, [2020] 1 R.C.S. 681; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *District of Columbia c. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Reyes c.*

v. Trinidad and Tobago, Communication No. 360/1989, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40); *A publication and a printing company v. Trinidad and Tobago*, Communication No. 361/1989, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40); *V.S. v. Belarus*, Communication No. 1749/2008, U.N. Doc. CCPR/C/103/D (2011); *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Advisory Opinion OC-22/16, February 26, 2016; *Kontakt-Information-Therapie v. Austria*, Application No. 11921/86, October 12, 1988, D.R. 57, p. 81; *Identoba v. Georgia*, Application No. 73235/12, May 12, 2015 (HUDOC); *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) S.A. 391; *S. v. Dodo*, 2001 (3) S.A. 382; *Taunoo v. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21.

By Kasirer J.

Referred to: *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2020 SCC 13, [2020] 1 S.C.R. 681; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

Statutes and Regulations Cited

Bill of Rights (Eng.), 1688, 1 Will. & Mar. Sess. 2, c. 2, art. 10.
Building Act, CQLR, c. B-1.1, ss. 46, 197.1.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, preamble, s. 2(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 7 to 14, 8, 11(b), (c), (e), 12.
Civil Code of Québec.
 Constitution of South Africa, s. 12(1)(e).
Magna Carta (1215).
New Zealand Bill of Rights Act 1990, s. 9.
 United States Constitution, Eighth Amendment.

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, arts. 1(2), 5(2).
Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Can. T.S. 1987 No. 36, preamble, arts. 1, 16(1).

The Queen, [2002] UKPC 11, [2002] 2 A.C. 235; *S. c. Williams*, 1995 (3) S.A. 632; *Une société d'édition c. Trinité-et-Tobago*, Communication n° 360/1989, Doc. N.U. Supp. n° 40 (A/44/40); *Une société d'édition et une société d'impression c. Trinité-et-Tobago*, Communication n° 361/1989, Doc. N.U. Supp. n° 40 (A/44/40); *V.S. c. Bélarus*, Communication n° 1749/2008, Doc. N.U. CCPR/C/103/D (2011); *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Advisory Opinion OC-22/16, February 26, 2016; *Kontakt-Information-Therapie c. Autriche*, requête n° 11921/86, 12 octobre 1988, D.R. 57, p. 81; *Identoba c. Georgia*, Application No. 73235/12, May 12, 2015 (HUDOC); *S. c. Makwanyane*, 1995 (3) S.A. 391; *S. c. Dodo*, 2001 (3) S.A. 382; *Taunoo c. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21.

Citée par le juge Kasirer

Arrêts mentionnés : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, [2020] 1 R.C.S. 681; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Lois et règlements cités

Bill of Rights (Angl.), 1688, 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2, art. 10.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 7 à 14, 8, 11b), c), e), 12.
Code civil du Québec.
 Constitution de l'Afrique du Sud, art. 12(1)(e).
 Constitution des États-Unis, Huitième amendement.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44, préambule, art. 2b).
Loi sur le bâtiment, RLRQ, c. B-1.1, art. 46, 197.1.
Magna Carta (1215).
New Zealand Bill of Rights Act 1990, art. 9.

Traités et autres instruments internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 1(2), 5(2).
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 n° 36, préambule, art. 1, 16(1).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 3.
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, preamble, art. 7.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Can. T.S. 1976 No. 46.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), preamble, art. 5.

Authors Cited

Baer, Susanne. “Dignity, liberty, equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism” (2009), 59 *U.T.L.J.* 417.
 Barak, Aharon. “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19.
 Bastarache, Michel. “How Internationalization of the Law has Materialized in Canada” (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 190.
 Beaulac, Stéphane. “Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight?” (1998), 43 *McGill L.J.* 287.
 Beaulac, Stéphane. “‘Texture ouverte’, droit international et interprétation de la Charte canadienne” (2013), 61 *S.C.L.R.* (2d) 191.
 Beaulac, Stéphane, et Frédéric Bérard. *Précis d’interprétation législative*, 2^e éd. Montréal: LexisNexis, 2014.
 Black, Ryan C., et al. “Upending a Global Debate: An Empirical Analysis of the U.S. Supreme Court’s Use of Transnational Law to Interpret Domestic Doctrine” (2014), 103 *Geo. L.J.* 1.
Black’s Law Dictionary, 11th ed. by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, “cruel and unusual punishment”, “cruelty”, “unusual”.
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3.
 Buys, Cindy G. “Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation” (2007), 21 *B.Y.U. J. Pub. L.* 1.
 Canada. *Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution*. Ottawa, November 2 to 5, 1981.
 Cornell, Angela B. “Inter-American Court Recognizes Elevated Status of Trade Unions, Rejects Standing of Corporations” (2017), 3 *Intl Labor Rights Case L.* 39.
 Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
 Dodek, Adam M. “The Protea and the Maple Leaf: The Impact of the Charter on South African Constitutionalism” (2004), 17 *N.J.C.L.* 353.

Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
Déclaration universelle des droits de l’homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), préambule, art. 5.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, préambule, art. 7.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, R.T. Can. 1976 n° 46.

Doctrine et autres documents cités

Baer, Susanne. « Dignity, liberty, equality : A fundamental rights triangle of constitutionalism » (2009), 59 *U.T.L.J.* 417.
 Barak, Aharon. « A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19.
 Bastarache, Michel. « How Internationalization of the Law has Materialized in Canada » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 190.
 Beaulac, Stéphane. « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A Question of Admissibility or of Weight? » (1998), 43 *R.D. McGill* 287.
 Beaulac, Stéphane. « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne » (2013), 61 *S.C.L.R.* (2d) 191.
 Beaulac, Stéphane, et Frédéric Bérard. *Précis d’interprétation législative*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2014.
 Black, Ryan C., et al. « Upending a Global Debate : An Empirical Analysis of the U.S. Supreme Court’s Use of Transnational Law to Interpret Domestic Doctrine » (2014), 103 *Geo. L.J.* 1.
Black’s Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *cruel and unusual punishment* », « *cruelty* », « *unusual* ».
 Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3.
 Buys, Cindy G. « Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation » (2007), 21 *B.Y.U. J. Pub. L.* 1.
 Canada. *Conférence Fédérale-Provinciale des Premiers Ministres sur la Constitution*, Ottawa, 2 au 5 novembre 1981.
 Cornell, Angela B. « Inter-American Court Recognizes Elevated Status of Trade Unions, Rejects Standing of Corporations » (2017), 3 *Intl Labor Rights Case L.* 39.
 Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.

- Dodek, Adam M. “Canada as Constitutional Exporter: The Rise of the ‘Canadian Model’ of Constitutionalism” (2007), 36 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Dodek, Adam M. “Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008: Limited Engagement and Missed Opportunities” (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 445.
- Doucet, Michel. “Le bilinguisme législatif”, dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013, 179.
- Eltis, Karen. “Comparative Constitutional Law and the ‘Judicial Role in Times of Terror’” (2011), 28 *N.J.C.L.* 61.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. par Alain Rey, dir. Paris: Le Robert, 2001, “cruel”.
- Grear, Anna. “Human Rights — Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, the Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory” (2006), 17 *Law Critique* 171 (online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825128; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_1_eng.pdf).
- Hirschl, Ran. “Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought”, in Richard Albert and David R. Cameron, eds., *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 305.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Juriansz, Russell G. “International Law and Canadian Courts: A Work in Progress” (2008), 25 *N.J.C.L.* 171.
- Ku, Julian G. “The Limits of Corporate Rights Under International Law” (2012), 12 *Chi. J. Int’l L.* 729.
- Landau, David. “Legal pragmatism and comparative constitutional law”, in Gary Jacobsohn and Miguel Schor, eds., *Comparative Constitutional Theory*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2018, 208.
- Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. *Who Turned Multinational Corporations into Bearers of Human Rights? On the Creation of Corporate “Human” Rights in International Law*, by Silvia Steininger and Jochen von Bernstorff, September 25, 2018 (online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3254823; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_2_eng.pdf).
- Neudorf, Lorne. “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” (2018), 41 *Dal. L.J.* 519.
- Dodek, Adam M. « The Protea and the Maple Leaf : The Impact of the *Charter* on South African Constitutionalism » (2004), 17 *R.N.D.C.* 353.
- Dodek, Adam M. « Canada as Constitutional Exporter : The Rise of the “Canadian Model” of Constitutionalism » (2007), 36 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Dodek, Adam M. « Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008 : Limited Engagement and Missed Opportunities », (2009) 47 *S.C.L.R.* (2d) 445.
- Doucet, Michel. « Le bilinguisme législatif », dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 179.
- Eltis, Karen. « Comparative Constitutional Law and the “Judicial Role in Times of Terror” » (2011), 28 *R.N.D.C.* 61.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. par Alain Rey, dir., Paris, Le Robert, 2001, « cruel ».
- Grear, Anna. « Human Rights — Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, the Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory » (2006), 17 *Law Critique* 171 (en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825128; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_1_eng.pdf).
- Hirschl, Ran. « Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought », in Richard Albert and David R. Cameron, eds., *Canada in the World : Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 305.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Juriansz, Russell G. « International Law and Canadian Courts : A Work in Progress » (2008), 25 *R.N.D.C.* 171.
- Ku, Julian G. « The Limits of Corporate Rights Under International Law » (2012), 12 *Chi. J. Int’l L.* 729.
- Landau, David. « Legal pragmatism and comparative constitutional law », in Gary Jacobsohn and Miguel Schor, eds., *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham (U.K.), Edward Elgar, 2018, 208.
- Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. *Who Turned Multinational Corporations into Bearers of Human Rights? On the Creation of Corporate « Human » Rights in International Law*, by Silvia Steininger and Jochen von Bernstorff, 25 septembre 2018 (en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3254823; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_2_eng.pdf).

- Occhipinti, Brittany. “We the Militia of the United States of America: A Reanalysis of the Second Amendment” (2017), 53 *Willamette L. Rev.* 431.
- Oliphant, Benjamin J. “Taking purposes seriously: The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2015), 65 *U.T.L.J.* 239.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “cruel”, “cruelty”.
- Pearson, Lester B. “Federalism for the Future: A Statement of Policy by the Government of Canada” (1968), in Anne F. Bayefsky, *Canada’s Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, vol. 1. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1989, 61.
- Rado, Klodian. “The use of non-domestic legal sources in Supreme Court of Canada judgments: Is this the *judicial slowbalization* of the court?” (2020), 16 *Utrecht L. Rev.* 57 (online: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.36633/ulr.584/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_3_eng.pdf).
- Scalia, Antonin. “Keynote Address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts” (2004), 98 *A.S.I.L. Proc.* 305.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Siegel, Jonathan R. “The Inexorable Radicalization of Textualism” (2009), 158 *U. Pa. L. Rev.* 117.
- Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed. Toronto: McClelland and Stewart, 1975.
- Trudeau, Pierre Elliott. *A Canadian Charter of Human Rights*. Ottawa: Government of Canada, 1968.
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)* (1992). U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. 1, p. 200 (2008).
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Lorraine E. “A Primer on International Law and the Canadian Charter” (2006), 21 *N.J.C.L.* 313.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. *Observation générale n° 20 : Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)* (1992), Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. 1, p. 200 (2008).
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. *Observation générale n° 31 : La nature et l’obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.
- Neudorf, Lorne. « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018), 41 *Dal. L.J.* 519.
- Occhipinti, Brittany. « We the Militia of the United States of America : A Reanalysis of the Second Amendment » (2017), 53 *Willamette L. Rev.* 431.
- Oliphant, Benjamin J. « Taking purposes seriously : The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015), 65 *U.T.L.J.* 239.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « cruel », « cruelty ».
- Pearson, Lester B. *Le fédéralisme et l’avenir : Déclaration de principes et exposé de politique du gouvernement du Canada*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1968.
- Rado, Klodian. « The use of non-domestic legal sources in Supreme Court of Canada judgments : Is this the *judicial slowbalization* of the court? » (2020), 16 *Utrecht L. Rev.* 57 (en ligne : <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.36633/ulr.584/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC32_3_eng.pdf).
- Scalia, Antonin. « Keynote Address : Foreign Legal Authority in the Federal Courts » (2004), 98 *A.S.I.L. Proc.* 305.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 6th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Siegel, Jonathan R. « The Inexorable Radicalization of Textualism » (2009), 158 *U. Pa. L. Rev.* 117.
- Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd rev. ed., Toronto, McClelland and Stewart, 1975.
- Trudeau, Pierre Elliott. *A Canadian Charter of Human Rights*, Ottawa, Government of Canada, 1968.
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Lorraine E. « A Primer on International Law and the Canadian Charter » (2006), 21 *R.N.D.C.* 313.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Bélanger and Rancourt JJ.A.), 2019 QCCA 373, [2019] AZ-51573754,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Bélanger et Rancourt), 2019 QCCA 373, [2019] AZ-51573754,

[2019] J.Q. n° 1443 (QL), 2019 CarswellQue 1425 (WL Can.), setting aside a decision of Dionne J., 2017 QCCS 5240, [2017] AZ-51443312, [2017] J.Q. n° 16310 (QL), 2017 CarswellQue 10451 (WL Can.), which affirmed a decision of Ratté J.C.Q., 2017 QCCQ 1632, [2017] AZ-51373092, [2017] J.Q. n° 2085 (QL), 2017 CarswellQue 1930 (WL Can.). Appeal allowed.

Stéphanie Quirion-Cantin, Sylvain Leboeuf, Julie Dassylva and Anne-Sophie Blanchet-Gravel, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Laura Élisabeth Trempe and Marie-Pier Champagne, for the appellant the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Martin Villa and Niki Galanopoulos, for the respondent.

François Lacasse and Mathieu Stanton, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Courtney Harris, Ellen Weis and Ravi Amarnath, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Léon H. Moubayed, Sarah Gorguos and Guillaume Charlebois, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Gib van Ert and Jessica Magonet, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Alyssa Tomkins, Albert Brunet and Penelope Simons, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Brandon Kain, Adam Goldenberg and Sébastien Cusson, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

[2019] J.Q. n° 1443 (QL), 2019 CarswellQue 1425 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dionne, 2017 QCCS 5240, [2017] AZ-51443312, [2017] J.Q. n° 16310 (QL), 2017 CarswellQue 10451 (WL Can.), laquelle avait confirmé une décision du juge Ratté, 2017 QCCQ 1632, [2017] AZ-51373092, [2017] J.Q. n° 2085 (QL), 2017 CarswellQue 1930 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Stéphanie Quirion-Cantin, Sylvain Leboeuf, Julie Dassylva et Anne-Sophie Blanchet-Gravel, pour l'appelante la procureure générale du Québec.

Laura Élisabeth Trempe et Marie-Pier Champagne, pour l'appelant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Martin Villa et Niki Galanopoulos, pour l'intimée.

François Lacasse et Mathieu Stanton, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

Courtney Harris, Ellen Weis et Ravi Amarnath, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Léon H. Moubayed, Sarah Gorguos et Guillaume Charlebois, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Gib van Ert et Jessica Magonet, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Alyssa Tomkins, Albert Brunet et Penelope Simons, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Brandon Kain, Adam Goldenberg et Sébastien Cusson, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

BROWN AND ROWE JJ. —

I. Overview

[1] This appeal requires this Court to decide whether s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects corporations from cruel and unusual treatment or punishment. Like our colleagues, we conclude that it does not, because corporations lie beyond s. 12’s protective scope. Simply put, the text “cruel and unusual” denotes protection that “only human beings can enjoy”: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1004. The protective scope of s. 12 is thus limited to human beings.

[2] This Court’s jurisprudence on s. 12, in both its French and English versions, is marked by the concept of human dignity, as our colleagues have noted. And the existence of human beings behind the corporate veil is insufficient to ground a s. 12 claim of right on behalf of a corporate entity, in light of the corporation’s separate legal personality. Like our colleagues, and contrary to the majority at the Court of Appeal, we therefore reject the proposition that the effect of a corporation’s bankruptcy on its stakeholders should be considered in determining the scope of s. 12.

[3] Despite our agreement in the result, we find it necessary to write separately in order to assert the proper place in constitutional interpretation of foreign and international sources such as those upon which our colleague Abella J. relies in her analysis. If these sources are to be accorded a persuasive character, it must be done by way of a coherent and consistent methodology. Coherence and consistency in a court’s reasons are important, because they are critical means by which it may account to the public

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LES JUGES BROWN ET ROWE —

I. Aperçu

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* protège les personnes morales contre les traitements ou peines cruels et inusités. À l’instar de nos collègues, nous concluons que non, parce que les personnes morales sont exclues du champ d’application de la protection de l’art. 12. En termes simples, l’expression « cruels et inusités » dénote une protection que « seul un être humain peut avoir » : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 1004. En conséquence, le champ d’application de la protection de l’art. 12 se limite aux êtres humains.

[2] La jurisprudence de notre Cour sur l’art. 12, tant en français qu’en anglais, est caractérisée par la notion de dignité humaine, comme l’ont souligné nos collègues. Qui plus est, le fait qu’il y ait des êtres humains derrière la personnalité morale est insuffisant pour justifier la revendication du droit garanti à l’art. 12 en faveur d’une personne morale, vu la personnalité juridique distincte de celle-ci. Comme nos collègues, et contrairement aux juges majoritaires de la Cour d’appel, nous rejetons donc la proposition voulant que les répercussions de la faillite d’une personne morale sur ses parties prenantes doivent être prises en compte dans la détermination du champ d’application de l’art. 12.

[3] Bien que nous souscrivions au résultat du présent pourvoi, nous estimons qu’il est nécessaire de rédiger des motifs distincts pour préciser le rôle approprié, en matière d’interprétation constitutionnelle, des sources étrangères et internationales du genre de celles sur lesquelles notre collègue la juge Abella appuie son analyse. Si de telles sources doivent se voir accorder une valeur persuasive, cela doit se faire en suivant une méthodologie cohérente et uniforme. Il est important qu’un tribunal fasse

for the manner in which it exercises its powers. This is particularly so on a matter so fundamental as constitutional interpretation. As Professor Stéphane Beaulac notes, a consistently defined methodology of interpretation is a means of promoting the rule of law, notably through legal predictability: “‘Texture ouverte’, droit international et interprétation de la Charte canadienne” (2013), 61 *S.C.L.R.* (2d) 191, at pp. 192-93.

[4] We also make a preliminary and more general point on constitutional interpretation. Our colleague Abella J. applies the primacy of constitutional text and considerations of purpose in accordance with the purposive approach adopted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, recently affirmed in *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 32. In doing so, however, she makes several remarks which risk minimizing the primordial significance assigned by this Court’s jurisprudence to constitutional text in undertaking purposive interpretation.

[5] Having regard to the decision under appeal, that of the Quebec Court of Appeal, we find Justice Chamberland’s dissenting reasons difficult to improve upon. His analysis belies any perceived need to dispose of this matter by referring extensively to international and comparative law. And his textual analysis — notably on the meaning of “cruel” — is compelling. As he put it, [TRANSLATION] “[i]t would completely distort the ordinary meaning of the words . . . to say that it is possible to be cruel to a corporate entity”: 2019 QCCA 373, at para. 53 (CanLII). His discussion of the other *Big M Drug Mart* factors was also in keeping with this Court’s direction on the proper methodology of *Charter* interpretation.

montre de cohérence et d’uniformité dans les motifs qu’il expose, parce que les motifs constituent un moyen essentiel pour rendre compte au public de la façon dont il exerce ses pouvoirs. C’est particulièrement le cas pour un sujet aussi fondamental que l’interprétation constitutionnelle. Comme le souligne le professeur Stéphane Beaulac, une méthodologie d’interprétation bien définie et cohérente est nécessaire, car elle est un moyen de promouvoir la primauté du droit, particulièrement grâce à la prévisibilité juridique : « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne » (2013), 61 *S.C.L.R.* (2d) 191, p. 192-193.

[4] Nous tenons également à formuler une observation préliminaire et générale sur l’interprétation constitutionnelle. Notre collègue la juge Abella applique le principe de la préséance du texte de la Constitution ainsi que des considérations liées à l’objet, conformément à la méthode d’interprétation téléologique qui a été adoptée dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, et confirmée récemment dans *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 32. Ce faisant, toutefois, elle fait plusieurs remarques qui risquent de minimiser l’importance primordiale accordée par la jurisprudence de la Cour au texte de la Constitution dans l’interprétation téléologique.

[5] En ce qui concerne la décision visée par le présent pourvoi, c’est-à-dire l’arrêt de la Cour d’appel du Québec, nous concluons qu’il serait difficile d’améliorer les motifs de dissidence qu’a rédigés le juge Chamberland. L’analyse réalisée par ce dernier écarte tout besoin de décider l’affaire en se référant abondamment au droit international et au droit comparé. En outre, son analyse textuelle — notamment quant au sens du mot « cruel » — est convaincante. Ainsi qu’il l’explique, « [c]e serait de dénaturer totalement le sens commun des mots [. . .] de dire que l’on peut faire preuve de cruauté envers une entité corporative, une société par actions » : 2019 QCCA 373, par. 53 (CanLII). Ses propos sur les autres facteurs énoncés dans l’arrêt *Big M Drug Mart* sont également conformes à la directive de notre Cour quant à la méthodologie qu’il convient d’appliquer pour l’interprétation de la *Charte*.

II. Analysis

[6] A summary of relevant facts and judicial history is found in the reasons of Abella J., and we are content to rely on it.

[7] To claim protection under the *Charter*, a corporation — indeed, any claimant — must establish that “it has an interest falling within the scope of the guarantee, and one which accords with the purpose of that provision”: *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, at p. 852. In order to make that determination, the court must seek to discern the scope and purpose of the right by way of a purposive interpretation, that is, “by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*”: *Big M Drug Mart*, at p. 344; see also *Poulin*, at para. 32. The approach is “generous, purposive and contextual” and should be done in a “large and liberal manner”: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 15; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 35.

A. *Preliminary Observations on Purposive Interpretation*

[8] This Court has consistently emphasized that, within the purposive approach, the analysis *must begin* by considering the text of the provision. As this Court made clear in *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41 (“*Vancouver Island Railway*”), “[a]lthough constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question”: p. 88. This was reiterated in *Grant*, where the Court stated that “[a]s for any constitutional provision, the starting point must be the language of the section”: para. 15 (emphasis added). Recently, in *Poulin*, the Court yet again affirmed that the first

II. Analyse

[6] Les motifs de la juge Abella comportent un résumé des faits et de l’historique procédural auquel nous allons volontiers nous référer.

[7] Une personne morale — de fait toute partie — qui revendique la protection de la *Charte* doit établir « qu’elle a un intérêt qui est compris dans la portée de la garantie et qui s’accorde avec l’objet de la disposition » : *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, p. 852. Afin de décider si c’est bien le cas, le tribunal doit s’efforcer de dégager l’objet et le champ d’application du droit en question en procédant à une interprétation téléologique, c’est-à-dire « en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s’il y a lieu, en fonction du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte* » : *Big M Drug Mart*, p. 344; voir aussi *Poulin*, par. 32. Il s’agit d’une approche « téléologique, libérale et contextuelle », qui doit être appliquée de façon « large et libérale » : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 15; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 35.

A. *Observations préliminaires sur l’interprétation téléologique*

[8] La Cour a toujours insisté sur le fait que, suivant une interprétation téléologique, l’analyse *doit commencer* par l’examen du texte de la disposition. Comme elle l’a clairement indiqué dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41 (« *Chemin de fer de l’Île de Vancouver* »), « [b]ien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d’évoluer, l’interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l’examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » : p. 88. Ce principe a été réitéré dans l’arrêt *Grant*, où la Cour a déclaré que, « [c]omme chaque fois qu’il s’agit d’analyser une

step to interpreting a *Charter* right is to analyze the text of the provision: para. 64.

[9] This is so because constitutional interpretation, being the interpretation of the text of the Constitution, must first and foremost have reference to, and be constrained by, that text. Indeed, while constitutional norms are deliberately expressed in general terms, the words used remain “the most primal constraint on judicial review” and form “the outer bounds of a purposive inquiry”: B. J. Oliphant, “Taking purposes seriously: The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2015), 65 *U.T.L.J.* 239, at p. 243. The Constitution is not “an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time”: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“*Re PSERA*”), at p. 394; *Caron*, at para. 36. Significantly, in *Caron*, the Court reiterated this latter passage and reasserted “the primacy of the written text of the Constitution”: para. 36; see also para. 37.

[10] Moreover, while *Charter* rights are to be given a purposive interpretation, such interpretation must not overshoot (or, for that matter, undershoot) the actual purpose of the right: *Poulin*, at paras. 53 and 55; *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, [2019] 3 S.C.R. 144, at paras. 21 and 126; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, at paras. 17-18 and 40; *Big M Drug Mart*, at p. 344. Giving primacy to the text — that is, respecting its established significance as the first factor to consider within the purposive approach — prevents such overshooting.

[11] While acknowledging, at para. 71, that language is part of the analysis, and that “the text of the

disposition constitutionnelle, il faut tout d’abord se pencher sur son libellé » : par. 15 (nous soulignons). Récemment, dans l’arrêt *Poulin*, la Cour a une fois de plus confirmé que la première étape de l’interprétation d’un droit garanti par la *Charte* consiste à analyser le texte de la disposition : par. 64.

[9] Il en est ainsi parce que l’interprétation constitutionnelle, c’est-à-dire l’interprétation du texte de la Constitution, doit être réalisée d’abord et avant tout par référence à ce texte, et être circonscrite par celui-ci. En fait, bien que les normes constitutionnelles soient délibérément exprimées en termes généraux, les mots utilisés demeurent [TRADUCTION] « la principale contrainte en cas d’examen judiciaire » et constituent « les limites externes de l’analyse téléologique » : B. J. Oliphant, « Taking purposes seriously : The purposive scope and textual bounds of interpretation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015), 65 *U.T.L.J.* 239, p. 243. La Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n’importe quelle interprétation qu’on pourrait vouloir lui donner » : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, (« *Re PSERA* »), p. 394; *Caron*, par. 36. Fait important, dans *Caron*, la Cour a repris ce dernier passage et réaffirmé la « préséance [du] texte écrit de la Constitution » : par. 36; voir aussi le par. 37.

[10] Qui plus est, bien que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés selon la méthode téléologique, pareille interprétation ne doit pas aller au-delà (ni, d’ailleurs, rester en deçà) de l’objet véritable du droit : *Poulin*, par. 53 et 55; *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 21 et 126; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 17-18 et 40; *Big M Drug Mart*, p. 344. Le fait de donner préséance au texte — c’est-à-dire respecter l’importance qui lui est reconnue comme premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique — permet d’éviter d’aller au-delà de l’objet du droit.

[11] Bien qu’elle reconnaisse, au par. 71, que le libellé fait partie de l’analyse et que « le texte de

Charter matters”, our colleague Abella J. stresses the direction in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that the task of interpreting a constitution is fundamentally different from interpreting a statute, and that courts ought “not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one”: p. 155. This felicitous phrase cannot, however, be taken as minimizing the primordial significance of constitutional text as it has since, and repeatedly, been recognized in this Court’s jurisprudence: see, e.g., *Caron*, at para. 36; *Vancouver Island Railway*, at p. 88. It is not the sole consideration, but treating it as the first indicator of purpose is not in the least inconsistent with the principles of *Charter* interpretation; it is in fact constitutive of them.

[12] We pause here to emphasize that recognizing the importance of the text in interpreting a *Charter* right purposively does *not* translate into advocating for what our colleague Abella J. calls a “[p]urely textual interpretation” of the Constitution: para. 76, quoting A. Barak, “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19, at p. 83. The notion of “textualism” to which she looks for support diverges substantially from the idea — embodied in our jurisprudence and in our reasons — that the purposive inquiry must begin by examining the text. For instance, the “new textualism” denounced by Aharon Barak is a “system [which] holds that the Constitution and every statute should be understood according to the reading of a reasonable reader at the time of enactment” and in which “[r]eference to the history of the text’s creation . . . is not allowed”: pp. 82-83. Similarly, the kind of interpretation Lorne Neudorf characterizes as “a purely textual reading” is one where the analysis is strictly restricted to the text of the Constitution: “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, at p. 544. These conceptions

la *Charte* est important », notre collègue la juge Abella insiste sur la directive donnée dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, selon laquelle l’interprétation d’une constitution diffère fondamentalement de l’interprétation d’une loi, et que les tribunaux ne doivent pas « interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu’elle ne le devienne » : p. 155. Malgré son à-propos, le passage cité ne saurait cependant être considéré comme ayant pour effet de réduire l’importance primordiale du texte de la Constitution, importance qui a — depuis, et de façon répétée — été reconnue dans la jurisprudence de la Cour : voir, p. ex., *Caron*, par. 36; *Chemin de fer de l’Île de Vancouver*, p. 88. Le texte ne constitue pas la seule et unique considération, mais le fait de le traiter comme l’indice premier de l’objet n’est d’aucune façon incompatible avec les principes d’interprétation de la *Charte*, puisqu’il fait en réalité partie de ceux-ci.

[12] Avant de poursuivre, nous tenons à souligner que la reconnaissance de l’importance du texte dans le cadre de l’interprétation téléologique d’un droit garanti par la *Charte* ne constitue *pas* un plaidoyer en faveur de ce que notre collègue la juge Abella appelle une « interprétation purement textuelle » de la Constitution : par. 76, citant A. Barak, « A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19, p. 83. La notion de « textualisme » qu’elle invoque pour étayer son propos diverge considérablement de l’idée — intégrée dans la jurisprudence de la Cour et dans nos motifs — suivant laquelle l’analyse téléologique doit commencer par l’examen du texte. À titre d’exemple, le [TRADUCTION] « nouveau textualisme » dénoncé par Aharon Barak est un « système voulant que la Constitution et toutes les lois doivent être interprétées en fonction de la lecture qu’en faisait un lecteur raisonnable au moment de leur édicton » et dans lequel « [t]oute référence à l’historique de la création du texte [. . .] n’est pas autorisée » : p. 82-83. De même, le type d’interprétation que Lorne Neudorf qualifie de [TRADUCTION] « lecture purement textuelle » en est une dans

of constitutional interpretation are not remotely consistent with that which we apply and which our law demands.

[13] Moreover, our colleague Abella J. draws a false dichotomy between the purposive approach and beginning that analysis with the text of the provision. Indeed, beginning with the text is precisely what the precedents of this Court direct us to do. Her assertion that “considering the text as prime [is] unhelpful in interpreting constitutional guarantees” (at para. 75) discards these precedents and the role they have assigned to the text in delimiting an analysis which, we repeat, must also be conducted by reference to the historical context, the larger objects of the *Charter*, and, where applicable, the meaning and purpose of associated *Charter* rights.

[14] Returning to the case at bar, the text of s. 12, particularly the inclusion of “cruel”, strongly suggests that the provision is limited to human beings. Justice Chamberland quite rightly emphasized that the ordinary meaning of the word “cruel” does not permit its application to inanimate objects or legal entities such as corporations. As he explained, [TRANSLATION] “[o]ne would not say, it seems to me, that a group of workers who demolish a building using explosives (rather than going about it more gradually, brick by brick, plank by plank) are being cruel to the building. Nor would one say that a group of consumers who boycott a business’s products, creating a real risk that it will be driven into bankruptcy, are being cruel to the company that owns the business”: para. 56, fn. 32. We therefore agree with Justice Chamberland (at paras. 51-56), as with our colleague (Abella J.’s reasons, at para. 86), that the words “cruel and unusual treatment or punishment”

laquelle l’analyse est strictement limitée au texte de la Constitution : « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, p. 544. Ces conceptions de l’interprétation constitutionnelle n’ont absolument rien en commun avec celles que nous appliquons et que notre droit requiert.

[13] Qui plus est, notre collègue la juge Abella établit une fausse dichotomie entre l’interprétation téléologique et le fait d’amorcer cette analyse par l’examen du texte de la disposition. De fait, commencer par l’examen du texte est précisément ce que les précédents de la Cour nous instruisent de faire. L’affirmation de la juge Abella selon laquelle « le fait de considérer que le texte prime est peu utile dans l’interprétation des garanties constitutionnelles » (par. 75) écarte ces précédents et le rôle qu’ils attribuent au texte dans la délimitation de l’analyse qui, nous le répétons, doit aussi être réalisée en tenant compte du contexte historique, des vastes objectifs de la *Charte* et, s’il y a lieu, du sens et de l’objet des droits connexes garantis par la *Charte*.

[14] Revenons maintenant à l’affaire qui nous occupe. Le texte de l’art. 12, en particulier la présence du mot « cruels » dans celui-ci, suggère fortement que cette disposition s’applique uniquement aux êtres humains. Le juge Chamberland a à juste titre souligné que le sens courant du mot « cruel » ne permet pas de l’appliquer à des objets inanimés ou à des entités juridiques telles les personnes morales. Ainsi qu’il l’a expliqué, « [o]n ne dirait pas, me semble-t-il, d’un groupe d’ouvriers qui démolissent une bâtisse à coups d’explosifs (plutôt que d’y aller plus doucement, brique par brique, planche par planche) qu’ils traitent la bâtisse cruellement. Pas plus qu’on ne dirait d’un groupe de consommateurs qui boycottent les produits d’une entreprise, au risque réel de l’entraîner vers la faillite, qu’ils font preuve de cruauté envers la société propriétaire de l’entreprise » : par. 56, note 32. Nous sommes par conséquent d’accord avec le juge Chamberland

refer to *human* pain and suffering, both physical and mental.

[15] We note that, in refusing to apply s. 7 of the *Charter* to corporations in *Irwin Toy*, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. reasoned in a similar manner, observing that the text of the provision did not permit corporations to be included within its protective scope:

In our opinion, a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. First, we would have to conceive of a manner in which a corporation could be deprived of its “life, liberty or security of the person”. We have already noted that it is nonsensical to speak of a corporation being put in jail. To say that bankruptcy and winding up proceedings engage s. 7 would stretch the meaning of the right to life beyond recognition.

...

... A plain, common sense reading of the phrase “Everyone has the right to life, liberty and security of the person” serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. “Everyone” then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings. [Emphasis added; pp. 1002-4.]

[16] Relatedly, we also largely agree with our colleague Abella J.’s analysis of s. 12’s historical origins, subject to our discussion below on the proper role of international and comparative law in the analysis. We would add that an examination of s. 12’s historical origins shows that the *Charter* took a different path from its predecessors. Following an early, related protection in *Magna Carta* (1215), Article 10 of the English *Bill of Rights* (Eng.), 1688, 1 Will. & Mar. Sess. 2, c. 2 provided that excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

(par. 51-56) et avec notre collègue (motifs de la juge Abella, par. 86) pour dire que les mots « traitements ou peines cruels et inusités » s’entendent de la douleur et de la souffrance *humaines*, tant physiques que mentales.

[15] Nous constatons que, lorsqu’ils ont refusé d’appliquer l’art. 7 de la *Charte* aux personnes morales dans l’arrêt *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson ainsi que les juges Lamer et Wilson ont adopté un raisonnement similaire, faisant observer que le texte de cette disposition ne permettait pas d’inclure les personnes morales dans le champ d’application de sa protection :

À notre avis, une société ne peut invoquer la protection qu’offre l’art. 7 de la *Charte*. Premièrement, nous aurions à établir de quelle manière une société peut être privée du droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Nous avons déjà souligné que c’est un non-sens de dire d’une société qu’elle est condamnée à l’emprisonnement. Affirmer qu’une procédure de faillite et de liquidation fait intervenir l’art. 7, reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie.

...

... Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » fait ressortir l’élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme « chacun » doit donc être lu en fonction du reste de l’article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. [Nous soulignons; p. 1002-1004.]

[16] Dans le même ordre d’idées, nous souscrivons aussi en grande partie aux propos de notre collègue la juge Abella sur les origines historiques de l’art. 12, sous réserve de l’exposé que nous faisons plus loin quant au rôle du droit international et du droit comparé dans l’analyse. Nous aimerions ajouter qu’il ressort d’un examen des origines historiques de l’art. 12 que, dans le cas de cette disposition, la *Charte* a emprunté une voie différente de celle des textes qui l’ont précédée. Après l’adoption, dans la *Magna Carta* (1215), d’une protection analogue, l’article 10 du *Bill of Rights* (Angl.), 1688, 1 Will. &

Using almost identical text, the Eighth Amendment of the Constitution of the United States provides that “[e]xcessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. In Canada, however, the right not to be denied reasonable bail without just cause was carved off from the right to be free from cruel and unusual punishment, and placed in s. 11(e) of the *Charter*. Even more significantly, the protection against “excessive fines” was not retained at all, neither in the *Charter* nor in the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, as noted by Justice Chamberland: para. 66.

[17] The protection against cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* therefore exists as a standalone guarantee. Viewed in light of the historical background noted above, this is highly significant, if not determinative: excessive fines (which a corporation *can* sustain), without more, are not unconstitutional. For a fine to be unconstitutional, it must be “so excessive as to outrage standards of decency” and “abhorrent or intolerable” to society: *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at paras. 45 and 94. This threshold is, in accordance with the purpose of s. 12, inextricably anchored in human dignity. It is a constitutional standard that cannot apply to treatments or punishments imposed on corporations.

[18] Finally, we agree with our colleague’s discussion of related *Charter* rights.

B. *The Proper Role of International and Comparative Law in Charter Interpretation*

[19] We differ fundamentally from our colleague Abella J. on the prominence she gives to international and comparative law in the interpretive process. We see this as a significant and unwarranted departure

Mar. Sess. 2, c. 2, est venu préciser qu’il ne devrait pas être exigé de cautionnements excessifs, imposé d’amendes excessives ou infligé de peines cruelles et inusitées. Rédigé en termes pratiquement identique, le texte du Huitième amendement de la Constitution des États-Unis précise qu’il [TRADUCTION] « ne pourra être exigé de cautionnements excessifs, imposé d’amendes excessives ou infligé de peines cruelles et inusitées ». Toutefois, au Canada, le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable a été dissocié du droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées, et constitue désormais l’al. 11e) de la *Charte*. Fait plus significatif encore, la protection contre les « amendes excessives » n’a pas du tout été reprise dans la *Charte* ni dans la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, comme l’a souligné le juge Chamberland : par. 66.

[17] Par conséquent, la protection contre les peines cruelles et inusitées prévue par l’art. 12 de la *Charte* constitue une garantie autonome. Vu le contexte historique exposé ci-dessus, il s’agit d’un facteur extrêmement important, voire déterminant : une amende excessive (qu’une personne morale *peut* se voir infliger), sans plus, n’est pas inconstitutionnelle. En effet, pour qu’une amende soit inconstitutionnelle, elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » en plus d’être « odieuse ou intolérable » pour la société : *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 45 et 94. Eu égard à l’objet de l’art. 12, ce critère est inextricablement ancré dans la dignité humaine. Il s’agit d’une norme constitutionnelle qui ne saurait s’appliquer aux traitements ou peines infligés aux personnes morales.

[18] Enfin, nous souscrivons aux propos de notre collègue concernant les droits connexes garantis par la *Charte*.

B. *Rôle approprié du droit international et du droit comparé dans l’interprétation de la Charte*

[19] Là où nous divergeons fondamentalement d’opinions avec notre collègue la juge Abella, c’est quant à l’importance qu’elle accorde au droit international et au droit comparé dans le processus

from this Court’s jurisprudence. Specifically, her claim that all international and comparative sources have been “indispensable” to Canadian constitutional interpretation (at para. 100) does not hold true when considering this Court’s jurisprudence and the varying role and weight it has assigned to different kinds of instruments.

[20] As a constitutional document that was “made in Canada” (Prime Minister Pierre Elliot Trudeau, *Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution* (morning session of November 2, 1981), at p. 10), the *Charter* and its provisions are primarily interpreted with regards to Canadian law and history.

[21] This remains unchanged by the purposive approach developed in *Big M Drug Mart*. That judgment makes no reference to international and comparative law, except inasmuch as it relates to the historical origins of the concepts enshrined in the *Charter*.

[22] While this Court has generally accepted that international norms *can* be considered when interpreting domestic norms, they have typically played a limited role of providing *support* or *confirmation* for the result reached by way of purposive interpretation. This makes sense, as Canadian courts interpreting the *Charter* are not bound by the content of international norms. As Professor Beaulac and Dr. Bérard explain:

[TRANSLATION] In addition to distorting the relationship between the international and domestic legal orders, the suggestion that domestic courts are bound by international normativity is inconsistent with the constitutional mandate and the function of the judiciary, which is to exercise decision-making power under the applicable Canadian and Quebec law. Seeing international law as having persuasive

d’interprétation. Nous estimons que l’approche qu’elle préconise s’écarte de façon importante et injustifiée de la jurisprudence de la Cour. Plus particulièrement, son affirmation selon laquelle toutes les sources de droit international et de droit comparé se sont révélées être des outils d’interprétation « indispensables » en matière d’interprétation constitutionnelle au Canada (par. 100) ne tient pas la route lorsque l’on considère la jurisprudence de la Cour ainsi que le rôle et le poids variés que cette jurisprudence a accordés à différents types d’instruments.

[20] En tant que document constitutionnel [TRANSLATION] « fait au Canada » (premier ministre Pierre Elliot Trudeau, *Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution* (séance du matin du 2 novembre 1981), p. 10), la *Charte* et ses dispositions sont interprétées avant tout au regard du droit et de l’histoire du Canada.

[21] L’interprétation téléologique élaborée dans l’arrêt *Big M Drug Mart* n’y a rien changé. Cet arrêt ne se réfère aucunement au droit international et au droit comparé, si ce n’est lorsqu’il est question des origines historiques des concepts enchâssés dans la *Charte*.

[22] Bien que la Cour accepte de façon générale que les normes internationales *peuvent* être prises en compte dans l’interprétation de normes nationales, ces normes internationales jouent habituellement un rôle limité consistant à *appuyer* ou à *confirmer* le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d’une interprétation téléologique. Cette constatation est logique, car les tribunaux canadiens appelés à interpréter la *Charte* ne sont pas liés par le contenu des normes internationales. Comme l’expliquent le professeur Beaulac et le docteur en droit Bérard :

En plus de dénaturer le lien relationnel entre les ordres juridiques international et interne, la suggestion que les tribunaux nationaux sont liés par la normativité internationale est incompatible avec le mandat constitutionnel et la fonction du pouvoir judiciaire, qui est d’exercer un pouvoir décisionnel eu égard au droit canadien et québécois applicable. Voir le droit international comme jouissant

authority is a more appropriate, consistent and effective approach.

...

... even though international normativity is not binding in domestic law, what it can and, indeed, should do in appropriate circumstances is to influence the interpretation and application of domestic law by our courts. Except among a few zealous supporters of the internationalist cause, there is general agreement that, in this regard, the criterion for referring to international law in domestic law is that of “persuasive authority”. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Précis d’interprétation législative* (2nd ed. 2014), Chapter 5, at paras. 5 and 36)

[23] Furthermore, even within that limited supporting or confirming role, the weight and persuasiveness of each of these international norms in the analysis depends on the nature of the source and its relationship to our Constitution. The reason for this is the necessity of preserving the integrity of the Canadian constitutional structure, and Canadian sovereignty. As this Court cautioned in *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, “[t]he interaction between domestic and international law must be managed carefully in light of the principles governing what remains a dualist system of application of international law and a constitutional and parliamentary democracy”: para. 150.

[24] Although this Court has been careful to attach the appropriate weight to international and comparative law in *Charter* interpretation, it has not always explained how or why different international sources are being discussed or relied on, while others are not. The result has been a want of clarity, even confusion, to which, we say with respect, our colleague Abella J. adds by indiscriminately drawing from binding instruments *and* non-binding instruments, instruments that pre-date the *Charter* *and* instruments that post-date it, and decisions of international tribunals *and* foreign domestic courts, before concluding that,

d’une autorité persuasive s’avère être une approche plus adéquate, conforme et efficace.

...

... même si elle n’est aucunement contraignante en droit interne, ce que la normativité internationale peut faire et, à vrai dire, devrait faire lorsque les circonstances s’y prêtent, est d’influencer l’interprétation et l’application du droit national par nos tribunaux. Sauf pour quelques fervents zélés de la cause internationaliste, on s’entend généralement que, à ce titre, le critère de référence au droit international en droit interne est celui « d’autorité persuasive ». [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(*Précis d’interprétation législative* (2^e éd. 2014), chapitre 5, par. 5 et 36)

[23] De surcroît, même dans ce rôle limité d’appui ou de confirmation, le poids et la valeur persuasive de chacune de ces normes dans l’analyse dépendent de la nature de la source et de son rapport avec notre Constitution. La raison de cet état de choses est la nécessité de préserver l’intégrité de la structure constitutionnelle canadienne et la souveraineté du Canada. Suivant la mise en garde formulée par la Cour dans l’arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, « [l]’interaction entre le droit national et le droit international doit être gérée avec soin, à la lumière des principes régissant ce qui demeure un système dualiste d’application du droit international et une démocratie constitutionnelle et parlementaire » : par. 150.

[24] Quoique la Cour prenne soin d’accorder le poids adéquat au droit international et au droit comparé dans l’interprétation de la *Charte*, elle n’a pas toujours expliqué comment ou pourquoi certaines sources internationales sont examinées ou utilisées, alors que d’autres ne le sont pas. Il en découle une absence de clarté, voire une confusion, auxquelles ajoute selon nous, cela dit avec égards, notre collègue la juge Abella lorsqu’elle puise indistinctement dans différents instruments juridiques contraignants *et* non contraignants, dans des instruments antérieurs *et* postérieurs à la *Charte*, ainsi que

combined, they represent an “international consensus [that] does not dictate the outcome [but] provides compelling and relevant interpretive support”: para. 107.

[25] As we will discuss, the various instruments and case law our colleague Abella J. reviews play different roles in the analysis and receive different weight. Treating them all alike — stating that each is “indispensable” and provides “compelling and relevant interpretive support” (at paras. 100 and 107) — actually *risks undermining* the importance of Canada’s international obligations:

The temptation may be great to treat all international law, whether binding on Canada or not, as “optional information” and to disregard the particular interpretive onus that is placed upon courts by the presumption of conformity with Canada’s international obligations. There is a significant difference between international law that is binding on Canada and other international norms. The former is not only potentially persuasive but also obligatory. This distinction matters — when we fail to uphold our obligations, we undermine the respect for law internationally. The distinction also provides the rationale for the traditional common law presumption of conformity with Canada’s international obligations as well as for treating differently international norms that do not legally bind Canada.

(J. Brunnée and S. J. Toope, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3, at p. 41; see also J. H. Currie, *Public International Law* (2nd ed. 2008), at p. 260.)

[26] We are not alone in expressing concern about the need for structure when citing international and foreign sources. Commentators have called for clarification in this regard, noting that courts should provide “greater analytical rigour” and “approach

dans des décisions de tribunaux internationaux *et de tribunaux nationaux étrangers pour conclure que, combinées ensemble, ces sources représentent un « consensus international [qui n’est] pas déterminant quant au résultat, [mais] apporte néanmoins un appui convaincant et pertinent sur le plan de l’interprétation » : par. 107.*

[25] Comme nous le verrons, les divers instruments et la jurisprudence examinés par notre collègue la juge Abella jouent des rôles différents dans l’analyse, et le poids qui leur est accordé est différent. Le fait de traiter tous ces éléments de la même manière — affirmant que chacun est « indispensable » et apporte un « appui convaincant et pertinent sur le plan de l’interprétation » (par. 100 et 107) — risque en fait de *miner* l’importance des obligations internationales du Canada :

[TRADUCTION] La tentation peut être grande de traiter toutes les sources de droit international, qu’elles soient contraignantes ou non pour le Canada, comme de l’« information facultative » et de faire abstraction du fardeau d’interprétation particulier que fait peser sur les tribunaux la présomption de conformité aux obligations internationales du Canada. Il y a une grande différence entre les règles de droit international qui lient le Canada et les autres normes internationales. Les premières sont non seulement potentiellement persuasives, mais également obligatoires. Cette distinction a son importance — si nous ne respectons pas nos obligations, nous minons le respect à l’égard du droit à l’échelle internationale. La distinction permet également de justifier la présomption traditionnelle, en common law, de conformité aux obligations internationales du Canada, ainsi que le traitement différencié de normes internationales qui ne sont pas juridiquement contraignantes pour le Canada. [Nous soulignons.]

(J. Brunnée et S. J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Intl Law* 3, p. 41; voir aussi J. H. Currie, *Public International Law* (2^e éd. 2008), p. 260.)

[26] Nous ne sommes pas les seuls à exprimer des réserves concernant la nécessité de structurer la façon de se référer aux sources internationales et étrangères. Des commentateurs réclament des éclaircissements à cet égard, soulignant que les tribunaux

international law in a principled and coherent manner, providing clarity as to precisely what effect is accorded to international law in a given case and why”: Brunnée and Toope, at p. 8; see also the Honourable Mr. Justice R. G. Jursanz, “International Law and Canadian Courts: A Work in Progress” (2008), 25 *N.J.C.L.* 171, at pp. 176 and 178. Specific areas calling for clarification include:

... the standards by which courts will determine whether treaties have been implemented; what role non-binding sources (such as treaties which Canada has signed but not ratified, treaties which Canada has neither signed nor ratified, or “soft law” instruments) should play in interpreting domestic law; and whether these various categories of non-binding sources should be treated differently from one another or Canada’s binding international legal obligations.

(Currie, at p. 262)

[27] A principled framework is therefore necessary and desirable, both to properly recognize Canada’s international obligations and to provide consistent and clear guidance to courts and litigants. Setting out a methodology for considering international and comparative sources recognizes how this Court has treated such sources in practice and provides guidance and clarity. Given the issue raised in this case, our focus is on the use of international and comparative law in constitutional interpretation.

[28] This Court has recognized a role for international and comparative law in interpreting *Charter* rights. However, this role has properly been to *support* or *confirm* an interpretation arrived at through the *Big M Drug Mart* approach; the Court has never relied on such tools to define the scope of *Charter* rights. Respectfully, our colleague Abella J.’s approach represents a marked and worrisome departure from this prudent practice.

devraient faire preuve d’une [TRADUCTION] « plus grande rigueur analytique » et « aborder le droit international d’une manière cohérente et raisonnée, en précisant clairement quel est l’effet accordé au droit international dans une affaire donnée et pourquoi » : Brunnée et Toope, p. 8; voir aussi l’honorable juge R. G. Jursanz, « International Law and Canadian Courts : A Work in Progress » (2008), 25 *R.N.D.C.* 171, p. 176 et 178. Les aspects particuliers nécessitant des éclaircissements sont notamment :

[TRADUCTION] ... les normes en fonction desquelles les tribunaux déterminent si les traités ont été mis en œuvre; le rôle que les sources non contraignantes (par exemple les traités que le Canada a signés, mais n’a pas ratifiés, ceux qu’il n’a ni signés ni ratifiés, ou les instruments de « droit souple ») devraient jouer dans l’interprétation du droit interne; et la question de savoir si ces diverses catégories de sources non contraignantes devraient être traitées différemment les unes des autres ou eu égard aux obligations juridiques internationales contraignantes du Canada.

(Currie, p. 262)

[27] Un cadre raisonné d’analyse est donc nécessaire et souhaitable, à la fois pour reconnaître adéquatement les obligations internationales du Canada et pour fournir des indications claires et cohérentes aux tribunaux et aux plaideurs. L’établissement d’une méthodologie de prise en compte des sources de droit international et de droit comparé permet d’indiquer comment notre Cour a traité ces sources en pratique, en plus de procurer direction et clarté. Étant donné la question soulevée en l’espèce, nous nous concentrons sur le recours au droit international et au droit comparé dans l’interprétation constitutionnelle.

[28] La Cour a reconnu que le droit international et le droit comparé jouent un rôle dans l’interprétation des droits garantis par la *Charte*. Cependant, ce rôle a comme il se doit consisté à *appuyer* ou à *confirmer* une interprétation dégagée en appliquant la démarche établie dans l’arrêt *Big M Drug Mart*; la Cour n’a jamais eu recours à de tels outils pour définir la portée des droits garantis par la *Charte*. Avec égards, l’approche de notre collègue la juge Abella s’écarte de façon marquée et inquiétante de cette pratique prudente.

[29] This Court (generally, albeit not invariably) has been careful to specify the normative value and weight of different kinds of international sources. Our colleague Abella J.’s approach simply abandons this important practice.

[30] A useful starting point is Dickson C.J.’s guidance in *Re PSERA*. While it appeared in a dissenting opinion, his approach to international and comparative law has since shaped the way this Court treats these sources. His consideration of the scope of s. 2(d) of the *Charter* looked first to Canadian and Privy Council jurisprudence and then to U.S. and international law: p. 335. On international sources specifically, he explained:

The various sources of international human rights law — declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms — must, in my opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the *Charter*’s provisions.

In particular, the similarity between the policies and provisions of the *Charter* and those of international human rights documents attaches considerable relevance to interpretations of those documents by adjudicative bodies, in much the same way that decisions of the United States courts under the Bill of Rights, or decisions of the courts of other jurisdictions are relevant and may be persuasive. The relevance of these documents in *Charter* interpretation extends beyond the standards developed by adjudicative bodies under the documents to the documents themselves. [Emphasis added; pp. 348-49.]

[31] Continuing, Dickson C.J. then clarified that *not all* of these sources carry identical weight in *Charter* interpretation, stating that “the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which

[29] Notre Cour prend soin (généralement, mais non systématiquement) de préciser la valeur normative et le poids des différents types de sources internationales. L’approche de notre collègue la juge Abella abandonne tout simplement cette importante pratique.

[30] Les indications fournies par le juge en chef Dickson dans *Re PSERA* constituent un point de départ utile. Bien qu’exposée dans une opinion dissidente, son approche à l’égard du droit international et du droit comparé façonne depuis lors la manière dont notre Cour traite ces sources. Dans son examen de la portée de l’al. 2d) de la *Charte*, il s’est penché d’abord sur la jurisprudence canadienne et sur celle du Conseil privé, puis sur le droit des États-Unis et sur le droit international : p. 335. Relativement aux sources internationales en particulier, il a donné les explications suivantes :

Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières — doivent, à mon avis, être considérées comme des sources *pertinentes* et *persuasives* quand il s’agit d’interpréter les dispositions de la *Charte*.

En particulier, la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la *Charte* et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d’autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L’importance de ces instruments pour ce qui est d’interpréter la *Charte* va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes. [Nous soulignons; p. 348-349.]

[31] Le juge en chef Dickson a poursuivi et précisé que ces sources *n’ont pas toutes* le même poids dans l’interprétation de la *Charte*, déclarant « qu’il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu’offrent les dispositions similaires des

Canada has ratified”: p. 349 (emphasis added). This proposition has since become a firmly established interpretive principle in *Charter* interpretation, the presumption of conformity: *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 65; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 64; *Kazemi*, at para. 150; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70.

[32] Importantly, Dickson C.J. referred to instruments that Canada had *ratified*. In other words, his focus in framing this presumption was on *binding* international instruments, as ratification is the way in which international instruments become binding internationally: see Currie, at pp. 153-54. Similarly, Dickson C.J. explained that in becoming a party to international human rights conventions, “Canada has thus obliged itself internationally to ensure within its borders the protection of certain fundamental rights and freedoms which are also contained in the *Charter*” and that “[t]he content of Canada’s international human rights obligations is . . . an important indicia of the meaning of ‘the full benefit of the *Charter*’s protection””: p. 349 (emphasis added).

[33] Subsequent case law has continued to tie the presumption of conformity to the language of Canada’s international *obligations or commitments*: *Ktunaxa*, at para. 65; *Badesha*, at para. 38; *Saskatchewan Federation of Labour*, at paras. 62 and 64-65; *Divito*, at para. 22; *Health Services*, at para. 69.

instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne » : p. 349 (nous soulignons). Cette proposition est devenue depuis un principe solidement établi en matière d’interprétation de la *Charte*, à savoir la présomption de conformité : *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 65; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 64; *Kazemi*, par. 150; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70.

[32] Il importe de souligner que le juge en chef Dickson parlait des instruments que le Canada avait *ratifiés*. Autrement dit, lorsqu’il a établi cette présomption, il visait les instruments internationaux *contraignants*, car la ratification est la procédure par laquelle ces instruments deviennent contraignants à l’échelle internationale : voir Currie, p. 153-154. Dans la même veine, le juge en chef Dickson a expliqué qu’en devenant partie à des conventions internationales en matière de droits de la personne, « [l]e Canada s’est donc obligé internationalement à assurer à l’intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la *Charte* » et que « [l]e contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est [. . .] un indice important du sens de l’expression “bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*” » : p. 349 (nous soulignons).

[33] La jurisprudence subséquente a continué à lier la présomption de conformité au libellé des *obligations* ou *engagements* internationaux du Canada : *Ktunaxa*, par. 65; *Badesha*, par. 38; *Saskatchewan Federation of Labour*, par. 62 et 64-65; *Divito*, par. 22; *Health Services*, par. 69.

[34] This Court has explained that the presumption of conformity “operates principally as an interpretive tool in assisting the courts in delineating the breadth and scope of *Charter* rights”: *Kazemi*, at para. 150. But, being a presumption, it is also rebuttable and “does not overthrow clear legislative intent”: para. 60.

[35] Dickson C.J.’s approach to *non-binding* sources — treating them as relevant and persuasive, but not determinative, interpretive tools — also holds true: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 80. Non-binding sources notably include international instruments to which Canada is *not* a party. Such instruments do not give rise to the presumption of conformity. They therefore have only persuasive value in *Charter* interpretation.

[36] This is not to say that such instruments are irrelevant. As Professors Brunnée and Toope observe, “[t]here is no reason why Canadian courts should not draw upon these [non-binding] norms so long as they do so in a manner that recognizes their non-binding legal quality”: p. 53 (emphasis added); see also G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2nd ed. 2008), at p. 350. As our colleague notes, “[t]his Court has frequently relied on [non-binding] international law sources to assist in delineating the breadth and content of *Charter* rights”: Abella J.’s reasons, at para. 99 (emphasis added). Respectfully, her subsequent attempt to pull into this jurisdiction the deep divisions that inhabit the jurisprudence of our neighbour is no part of what is at issue here. But more importantly, the cases she relies on support the distinctions we draw in these reasons. Dickson C.J.’s articulation of the presumption of conformity in *Re PSERA* was described as the “template for considering the international legal context” in *Divito*, at para. 22. That passage was similarly cited in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056. Meanwhile, *Burns* and *Re B.C. Motor Vehicle Act*,

[34] La Cour a expliqué que la présomption de conformité « sert principalement d’outil d’interprétation en vue d’aider les tribunaux à délimiter l’étendue et la portée des droits que garantit la *Charte* » : *Kazemi*, par. 150. Cependant, comme il s’agit d’une présomption, elle est aussi réfutable et elle « ne permet pas d’écarter l’intention claire du législateur » : par. 60.

[35] L’approche du juge en chef Dickson à l’égard des sources *non contraignantes* — qui consiste à les traiter comme des outils d’interprétation pertinents et persuasifs, mais non déterminants — est elle aussi appliquée : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 80. Parmi les sources non contraignantes, mentionnons particulièrement les instruments internationaux auxquels le Canada *n’est pas* partie. De tels instruments ne donnent pas naissance à la présomption de conformité. Ils n’ont par conséquent qu’une valeur persuasive dans l’interprétation de la *Charte*.

[36] Cela ne signifie pas que de tels instruments ne sont pas pertinents. Comme l’ont fait observer les professeurs Brunnée et Toope, [TRADUCTION] « [i]l n’y a aucune raison qui empêche les tribunaux canadiens de s’appuyer sur ces normes [non contraignantes], tant qu’ils le font d’une manière qui tient compte de leur caractère non contraignant sur le plan juridique » : p. 53 (nous soulignons); voir aussi G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 350. Comme le mentionne notre collègue, « [l]a Cour s’est fréquemment appuyée sur des sources de droit international [non contraignantes] pour l’aider à délimiter la portée et le contenu des droits garantis par la *Charte* » : motifs de la juge Abella, par. 99 (nous soulignons). Soit dit en tout respect, la tentative qu’elle fait ensuite pour importer au sein de notre juridiction les profonds clivages observés dans la jurisprudence de notre voisin n’a aucun rapport avec la question en litige dans la présente affaire. Fait plus important encore, les décisions qu’elle invoque appuient les distinctions que nous établissons dans les présents motifs. La façon dont le juge en chef Dickson a formulé la présomption de conformité dans *Re PSERA*

[1985] 2 S.C.R. 486, dealt with the meaning of the “principles of fundamental justice,” a point we address below in para. 45.

[37] In addition to properly characterizing their use, courts must not allow consideration of such instruments to displace the methodology for *Charter* interpretation set out in *Big M Drug Mart*. This Court has been careful to proceed in this manner. For example, in *Ktunaxa*, the Court first reviewed Canadian case law on the scope of freedom of religion before confirming that scope with reference to binding international instruments: paras. 62-65. It then briefly looked to non-binding instruments that “also” supported the Canadian case law, being careful to specify that the instruments were “not binding on Canada and therefore do not attract the presumption of conformity” but were “important illustrations of how freedom of religion is conceived around the world”: para. 66. Similarly, in *Saskatchewan Federation of Labour*, the Court began with Canadian case law on s. 2(d) of the *Charter* and its history: paras. 28-55. It then explained that Canada’s international human rights obligations “also” mandated protecting the right to strike, with particular emphasis on binding instruments and the presumption of conformity: paras. 62-70. Finally, it noted that its conclusion was “[a]dditionally” supported by foreign domestic law: paras. 71-74.

[38] It follows from all this — and, specifically, from the presumption of conformity — that binding instruments necessarily carry more weight in the analysis than non-binding instruments. While resort may be had to both, courts drawing from a non-binding instrument should be careful to explain *why*

a été décrite dans l’arrêt *Divito* comme le « cadre d’analyse du contexte juridique international » : par. 22. Ce passage a également été repris dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056. Par ailleurs, les affaires *Burns* et *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, portaient sur la définition des « principes de justice fondamentale », un sujet que nous abordons plus loin au par. 45.

[37] En plus de caractériser adéquatement leur utilisation, les tribunaux ne doivent pas permettre que la prise en considération de tels instruments remplace la méthodologie de l’interprétation de la *Charte* établie dans l’arrêt *Big M Drug Mart*. La Cour prend soin de procéder ainsi. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Ktunaxa*, elle a d’abord examiné la jurisprudence canadienne sur la portée de la liberté de religion avant de confirmer cette portée en faisant référence aux instruments internationaux contraignants : par. 62-65. Elle a ensuite considéré brièvement les instruments non contraignants qui appuyaient eux « aussi » la jurisprudence canadienne, prenant soin de préciser que ces instruments « ne lient pas le Canada et ne font donc pas intervenir la présomption de conformité », mais « constituent des illustrations importantes de la manière dont on conçoit la liberté de religion partout dans le monde » : par. 66. De même, dans l’arrêt *Saskatchewan Federation of Labour*, la Cour s’est d’abord penchée sur la jurisprudence canadienne relative à l’al. 2d) de la *Charte* et son historique : par. 28-55. Elle a ensuite expliqué que les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne commandaient « également » la protection du droit de grève, insistant particulièrement sur les instruments contraignants et la présomption de conformité : par. 62-70. Enfin, elle a souligné que sa conclusion était « [p]ar ailleurs » étayée par le droit interne étranger : par. 71-74.

[38] Il découle de tout cela — et, plus précisément, de la présomption de conformité — que les instruments contraignants ont nécessairement plus de poids dans l’analyse que les instruments non contraignants. Bien qu’il soit possible de recourir aux deux types d’instruments, les tribunaux qui se fondent sur

they are drawing on a particular source and *how* it is being used. We respectfully say that the distinctions we draw are the very reason that “[t]his Court has had no difficulty in the past in deciding which sources it finds to be more relevant and persuasive than others” (Abella J.’s reasons, at para. 104) and that stating this framework with clarity will not do “a disservice to our Court’s ability to continue to consider them with selective discernment”: para. 102. Our methodology is firmly rooted in this Court’s jurisprudence.

[39] In this case, the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“*ICCPR*”), are both binding on Canada, thus triggering the presumption of conformity. However, we agree with our colleague that neither extends protection from cruel and unusual punishment to corporations.

[40] Our colleague’s analysis then flows into a consideration of the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, adopted by Mexico and nations in the Caribbean and central and South America, and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221. While we agree that neither instrument has been found to extend protection to corporations against cruel and unusual punishment, we are wary of our colleague Abella J.’s approach, which appears to give these non-binding instruments similar weight to binding ones. We therefore highlight that these instruments are merely persuasive here, and that a court relying upon them should explain *why* it is doing so, and *how* they are being used (that is, what weight is being assigned to them).

les instruments non contraignants doivent veiller à expliquer *pourquoi* ils le font et *comment* ils utilisent ces instruments. Avec égards pour l’opinion contraire, nous affirmons que les distinctions que nous établissons constituent la raison même pour laquelle « notre Cour n’a pas eu de difficulté à décider quelles sont les sources qu’elle considère plus pertinentes et persuasives que d’autres » (motifs de la juge Abella, par. 104), et que le fait d’énoncer ce cadre d’analyse de façon claire n’a pas pour effet de « nuire » à la capacité de la Cour de continuer à considérer ces sources en les choisissant avec discernement » : par. 102. Notre méthode est fermement enracinée dans la jurisprudence de la Cour.

[39] En l’espèce, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« *PIRDCP* ») lient tous deux le Canada, faisant donc intervenir la présomption de conformité. Toutefois, à l’instar de de notre collègue, nous sommes d’avis que ni l’un ni l’autre de ces instruments n’élargit aux personnes morales la protection contre les peines cruelles et inusitées.

[40] Notre collègue poursuit ensuite son analyse en examinant d’abord la *Convention américaine relative aux droits de l’homme*, 1144 R.T.N.U. 123, adoptée par le Mexique et certains États des Caraïbes, de l’Amérique centrale et de l’Amérique du Sud, puis l’instrument européen intitulé *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221. Bien que nous souscrivions à l’opinion selon laquelle aucun de ces instruments n’accorde aux personnes morales la protection contre les peines cruelles et inusitées, nous sommes préoccupés par l’approche de notre collègue la juge Abella, approche qui semble accorder à ces instruments non contraignants le même poids qu’aux instruments contraignants. Nous tenons par conséquent à souligner que ces instruments n’ont qu’une valeur persuasive en l’espèce, et qu’un tribunal qui se fonde sur eux devrait expliquer *pourquoi* il le fait et *comment* il les utilise (c’est-à-dire quel poids il leur accorde).

[41] Another important distinction is between instruments that pre- and post-date the *Charter*. Within the *Big M Drug Mart* approach itself, courts are called on to consider the “historical origins of the concepts enshrined” in the *Charter* when determining the scope of a *Charter* right: p. 344. International instruments that pre-date the *Charter* can clearly form part of the historical context of a *Charter* right and illuminate the way it was framed. Here, whether Canada is or is not a party to such instruments is less important, as the “drafters of the *Charter* drew on international conventions because they were the best models of rights protection, not because Canada had ratified them”: L. E. Weinrib, “A Primer on International Law and the Canadian Charter” (2006), 21 *N.J.C.L.* 313, at p. 324. In this case, then, the context of the English *Bill of Rights*, and the Eighth Amendment is highly relevant as each contained similar — but, importantly, not identical — protections as s. 12, as we have explained above. Similarly, it is entirely proper and relevant to consider the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), which Canada voted to adopt and which inspired the *ICCPR*, the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Can. T.S. 1976 No. 46, and related protocols Canada has ratified: Weinrib, at p. 317.

[42] As for instruments that *post*-date the *Charter*, however, the question becomes once again whether or not they are binding on Canada and, by extension, whether the presumption of conformity is engaged. It can readily be seen that an instrument that post-dates the *Charter* and that does not bind Canada carries much less interpretive weight than one that binds Canada and/or contributed to the development of the *Charter*.

[43] Finally, we turn to decisions of foreign and international courts. In *Re PSERA*, these decisions

[41] Une autre distinction importante est celle entre les instruments antérieurs à la *Charte* et ceux postérieurs à celle-ci. Dans l’application de l’approche établie dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, les tribunaux doivent considérer les « origines historiques des concepts enchâssés » dans la *Charte* lorsqu’ils déterminent la portée des droits garantis par celle-ci : p. 344. Les instruments internationaux antérieurs à la *Charte* peuvent nettement faire partie du contexte historique d’un droit garanti par la *Charte* et éclairer sur la façon dont il a été établi. Dans un tel cas, le fait que le Canada est ou non partie à de tels instruments a moins d’importance, car les [TRADUCTION] « rédacteurs de la *Charte* se sont inspirés des conventions internationales parce qu’elles constituent les meilleurs modèles de protection des droits, et non parce que le Canada les avait ratifiées » : L. E. Weinrib, « A Primer on International Law and the Canadian Charter » (2006), 21 *R.N.D.C.* 313, p. 324. En l’espèce, donc, le contexte du *Bill of Rights* anglais et du Huitième amendement est très pertinent, car ces deux instruments contiennent chacun des protections similaires — mais pas identiques, il importe de le mentionner — à la protection prévue à l’art. 12, comme nous l’avons expliqué précédemment. De même, il est tout à fait indiqué et pertinent d’examiner la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), en faveur de laquelle le Canada a voté et qui a inspiré le *PIRDGP*, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, R.T. Can. 1976 n° 46, et les protocoles connexes que le Canada a ratifiés : Weinrib, p. 317.

[42] En ce qui concerne les instruments postérieurs à la *Charte*, toutefois, une fois de plus la question consiste à se demander si ces instruments lient le Canada et, par extension, s’ils font intervenir la présomption de conformité. Il est aisé de constater qu’un instrument postérieur à la *Charte* qui ne lie pas le Canada a une valeur interprétative beaucoup moins grande qu’un instrument qui lie le Canada, qui a contribué à l’élaboration de la *Charte*, ou les deux.

[43] Enfin, nous nous penchons sur les décisions des tribunaux étrangers et internationaux. Dans

were included among those non-binding sources that “are relevant and may be persuasive”: p. 348. Particular caution should, however, be exercised when referring to what other countries have done domestically, as the measures in effect in other countries say little (if anything at all) about the scope of the rights enshrined in the Canadian *Charter* — a point stated emphatically by this Court in *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 62. As Michel Bastarache explains, “[t]he logic employed by other courts provides guidance to Canadian courts rather than precedents to be followed” and “it is important to note that all foreign decisions ultimately influence Canadian law based on persuasive, rather than binding, authority”: “How Internationalization of the Law has Materialized in Canada” (2009), 59 *U.N.B.L.J.* 190, at p. 196.

[44] While our colleague notes that her review of foreign domestic jurisprudence is “not determinative” and “supports” her analysis (Abella J.’s reasons, at para. 118), jurisprudence of foreign and international courts seems to infuse her analysis at various points without an explanation of their role in the interpretive process. Respectfully, her discussion of these sources fails to explain in what way they are instructive, how they are being used, or why the particular sources are being relied on. Indeed, she considers various sources of international and comparative law, and gives them unstated, but seemingly equal, interpretive weight. This is made most clear at paras. 99-100 of her reasons, where she says that the Court “has frequently relied on international law sources to assist in delineating the breadth and content of *Charter* rights” and that “both those sources which are binding and those which are not have proven to be indispensable in almost all areas of the law”. Yet, in line with the distinctions we have drawn, the cases our colleague cites in support of this broad statement largely focus on *binding* instruments: *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 58; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 120-21; *Health Services*, at paras. 70-71; *R. v.*

l’arrêt *Re PSERA*, ces décisions ont été incluses dans la catégorie des instruments non contraignants qui « sont pertinents et peuvent être persuasifs » : p. 348. Une prudence particulière s’impose toutefois lorsqu’on se reporte à ce que les autres pays font dans leur droit interne, car les mesures en vigueur à l’étranger nous renseignent peu (voire pas du tout) sur la portée des droits inscrits dans la *Charte* canadienne — un point sur lequel la Cour a insisté dans l’arrêt *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 62. Comme l’a expliqué Michel Bastarache, [TRADUCTION] « [l]a logique utilisée par d’autres tribunaux constitue des indications pour les tribunaux canadiens plutôt que des précédents à suivre » et « il est important de souligner que toutes les décisions des tribunaux étrangers influencent en fin de compte le droit canadien sur la base de leur valeur persuasive plutôt que de leur valeur contraignante » : « How Internationalization of the Law has Materialized in Canada » (2009), 59 *R.D. U.N.-B.* 190, p. 196.

[44] Bien que notre collègue mentionne que son examen de la jurisprudence interne étrangère n’est « pas déterminant » et que cet examen « appuie » son analyse (motifs de la juge Abella, par. 118), la jurisprudence des tribunaux étrangers et internationaux semble imprégner son analyse à divers moments sans qu’elle n’explique le rôle de cette jurisprudence dans le processus d’interprétation. Soit dit en tout respect, l’examen qu’elle fait de ces sources ne permet pas réellement d’expliquer de quelle manière celles-ci sont instructives, comment elles sont utilisées ou pourquoi notre collègue s’appuie sur elles en particulier. De fait, la juge Abella examine diverses sources de droit international et de droit comparé et leur accorde une valeur interprétative qu’elle ne précise pas, mais qui semble équivalente. Cela est particulièrement évident aux par. 99-100 de ses motifs, où elle affirme que notre Cour « s’est fréquemment appuyée sur des sources de droit international pour l’aider à délimiter la portée et le contenu de droits garantis par la *Charte* » et que « [t]ant les sources contraignantes que celles qui ne le sont pas se sont révélées être indispensables dans pratiquement tous les domaines du droit ». Pourtant, selon les distinctions que nous avons établies, les affaires que notre

Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1061; *Ktunaxa*, at paras. 64-65; *Saskatchewan Federation of Labour*, at paras. 65-70. As we have already explained, the discussion of non-binding instruments in *Saskatchewan Federation of Labour* and *Ktunaxa* properly served a *confirmatory* function.

[45] Nor can *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, *Re B.C. Motor Vehicle Act, Burns*, or *Kazemi* justify relying on non-binding, non-historical instruments for the purposes of *Charter* interpretation in the present case, as those cases required consideration of whether an international consensus existed because of the nature of the questions asked. In *Suresh*, the Court was called on to determine if a peremptory norm of customary international law existed, which necessarily required looking to international sources: paras. 59-75. *Re B.C. Motor Vehicle Act, Burns*, and *Kazemi*, meanwhile, were concerned with the principles of fundamental justice under s. 7. Determining these principles may call for an examination into international sources as the analysis requires establishing a “societal consensus”: *Kazemi*, at paras. 139 and 150; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503; *Burns*, at paras. 79-81.

[46] As this Court’s jurisprudence amply shows, the normative value and weight of international and comparative sources has been tailored to reflect the nature of the source and its relationship to our Constitution. Reaffirming this guidance cannot reasonably be characterized as “novel”, however forceful or overstated our colleague Abella J.’s charges to the contrary.

collègue cite à l’appui de cette déclaration générale portent dans une large mesure sur des instruments *contraignants* : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 58; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 120-121; *Health Services*, par. 70-71; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1061; *Ktunaxa*, par. 64-65; *Saskatchewan Federation of Labour*, par. 65-70. Comme nous l’avons déjà expliqué plus tôt, l’examen des instruments non contraignants dans les arrêts *Saskatchewan Federation of Labour* et *Ktunaxa* a eu, comme il se doit, une fonction de *confirmation*.

[45] Les arrêts *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B., Burns* ou *Kazemi*, ne sauraient eux aussi justifier le recours à des instruments non historiques et non contraignants pour interpréter la *Charte* en l’espèce, car ces affaires requéraient que l’on s’interroge sur l’existence d’un consensus international vu la nature des questions posées. Dans l’arrêt *Suresh*, notre Cour était appelée à décider s’il existait une norme impérative de droit international coutumier, cela l’obligeait nécessairement à considérer des sources internationales : par. 59-75. Le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.* et les arrêts *Burns* et *Kazemi*, en revanche, portaient sur les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7. La détermination de ces principes peut nécessiter l’examen de sources internationales, puisque l’analyse exige l’établissement d’un « consensus [. . .] dans la société » : *Kazemi*, par. 139 et 150; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503; *Burns*, par. 79-81.

[46] Comme le démontre abondamment la jurisprudence de la Cour, la valeur normative et le poids accordés aux sources de droit international et de droit comparé ont été conçus pour refléter la nature de la source dont il est question et son lien avec notre Constitution. Réaffirmer cette exigence ne saurait raisonnablement être qualifiée d’exigence « inédite », quelle que soit la vigueur ou l’emphase des dénonciations à cet effet de notre collègue la juge Abella.

[47] In all, courts must be careful not to indiscriminately agglomerate the traditional *Big M Drug Mart* factors with international and comparative law. The analysis must be dominated by the former and draw on the latter only as appropriate, accompanied by an explanation of why a non-binding source is being considered and how it is being used, including the persuasive weight being assigned to it. In our respectful view, our colleague Abella J.'s reasons do not conform to this approach. The result is that foreign and international instruments and jurisprudence dominate her analysis, contrary to this Court's teachings on constitutional interpretation. While this change in approach is not determinative in the case at bar, it could very well be in a different one. We therefore find it crucial to reiterate the proper approach to *Charter* interpretation.

III. Conclusion

[48] We would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal.

The reasons of Abella, Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

[49] ABELLA J. — The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* constitutionalized protection for human rights and civil liberties in Canada, entrusting courts with the responsibility for interpreting the meaning of its provisions. Using a contextual approach, the Court has, over time, decided who and what came within the *Charter's* protective scope.

[50] Section 12 of the *Charter* guarantees the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. This is the first case in which the Court has been asked to determine the scope of s. 12, that is, who or what comes under its protection. This

[47] En définitive, les tribunaux doivent faire attention de ne pas amalgamer indistinctement les facteurs traditionnels énoncés dans l'arrêt *Big M Drug Mart* avec le droit international et le droit comparé. L'analyse doit reposer principalement sur les facteurs traditionnels et ne faire appel au droit international et au droit comparé que quand il convient de le faire, et être accompagnée d'une explication sur les raisons pour lesquelles une source non contraignante est prise en compte et comment elle est utilisée, notamment quel poids persuasif lui est accordé. Avec égards, les motifs de notre collègue la juge Abella ne respectent pas cette démarche. Il s'ensuit que la jurisprudence et les instruments internationaux et étrangers dominent dans son analyse, contrairement aux enseignements de la Cour sur l'interprétation constitutionnelle. Bien que ce changement d'approche ne soit pas déterminant en l'espèce, il pourrait très bien l'être dans une autre affaire. Par conséquent, nous concluons qu'il est essentiel de réitérer la démarche qu'il convient de suivre en matière d'interprétation de la *Charte*.

III. Conclusion

[48] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis and Martin rendus par

[49] LA JUGE ABELLA — La *Charte canadienne des droits et libertés* a constitutionnalisé la protection des droits de la personne et des libertés civiles au Canada, confiant aux tribunaux la responsabilité d'interpréter le sens des dispositions qu'elle contient. Recourant à une approche contextuelle, la Cour a, au fil du temps, décidé qui et quoi entraient dans le champ de la protection offerte par la *Charte*.

[50] L'article 12 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. L'espèce est la première affaire dans laquelle la Cour est appelée à déterminer la portée de l'art. 12, c'est-à-dire qui et quoi bénéficient de la

appeal raises the question of whether corporations come within its scope.

[51] In my respectful view, s. 12's purpose is to prevent the state from inflicting physical or mental pain and suffering through degrading and dehumanizing treatment or punishment. It is meant to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals. Its intended beneficiaries are people, not corporations.

Background

[52] The corporation before the Court, 9147-0732 Québec inc., was found guilty of carrying out construction work as a contractor without holding a current licence for that purpose, an offence under s. 46 of the *Building Act*, CQLR, c. B-1.1:

46. No person may act as a building contractor, hold himself out to be such or give cause to believe that he is a building contractor, unless he holds a current licence for that purpose.

No contractor may use, for the carrying out of construction work, the services of another contractor who does not hold a licence for that purpose.

[53] Pursuant to s. 197.1 of the *Building Act*, the penalty for an offence under s. 46 of this statute is a mandatory minimum fine which varies depending on whether the offender is an individual or a corporation:

197.1 Any person who contravenes section 46 or 48 by not holding a licence of the appropriate class or subclass is liable to a fine of \$5,141 to \$25,703 in the case of an individual and \$15,422 to \$77,108 in the case of a legal person, and any person who contravenes either of those sections by not holding a licence is liable to a fine of \$10,281

protection de cet article. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les personnes morales relèvent du champ d'application de cette protection.

[51] Avec égards, l'art. 12 a pour objet d'interdire à l'État d'infliger des douleurs et des souffrances physiques ou psychologiques par des traitements ou peines dégradants et déshumanisants. Cette disposition vise à protéger la dignité humaine et à assurer le respect de la valeur inhérente de chaque personne. Les personnes censées bénéficier de cette protection sont les personnes physiques, et non pas les personnes morales.

Contexte

[52] La personne morale, 9147-0732 Québec inc., a été déclarée coupable d'avoir exécuté des travaux de construction en tant qu'entrepreneure sans être titulaire d'une licence en vigueur à cette fin, ce qui constitue l'infraction prévue à l'art. 46 de la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1 :

46. Nul ne peut exercer les fonctions d'entrepreneur de construction, en prendre le titre, ni donner lieu de croire qu'il est entrepreneur de construction, s'il n'est titulaire d'une licence en vigueur à cette fin.

Aucun entrepreneur ne peut utiliser, pour l'exécution de travaux de construction, les services d'un autre entrepreneur qui n'est pas titulaire d'une licence à cette fin.

[53] Aux termes de l'art. 197.1 de la *Loi sur le bâtiment*, quiconque contrevient à l'art. 46 de cette loi est passible d'une amende minimale obligatoire, dont le montant varie selon que le contrevenant est un individu ou une personne morale :

197.1 Quiconque contrevient à l'un des articles 46 ou 48 est passible d'une amende de 5 141 \$ à 25 703 \$ dans le cas d'un individu et de 15 422 \$ à 77 108 \$ dans le cas d'une personne morale, s'il n'est pas titulaire d'une licence ayant la catégorie ou sous-catégorie appropriée, et d'une amende de 10 281 \$ à 77 108 \$ dans le cas d'un individu

to \$77,108 in the case of an individual and \$30,843 to \$154,215 in the case of a legal person.¹

[54] Applying this provision, the Court of Québec imposed the then minimum fine for corporations of \$30,843 on 9147-0732 Québec inc.

[55] The corporation challenged the constitutionality of the mandatory minimum fine in s. 197.1 of the *Building Act* on the basis that it offended its right to be protected against cruel and unusual treatment or punishment under s. 12 of the *Charter*.

[56] It did not succeed at the Court of Québec, where Ratté J.C.Q. concluded that expanding the protection of rights intrinsically linked to individuals to include corporate rights would trivialize the protection granted by s. 12 of the *Charter*. In any event, he concluded that the minimum corporate fine at issue, far from being cruel and unusual, represented the norm in penal regulatory law. At the time, no fine had yet been invalidated as cruel and unusual by a higher court, even in the context of individuals.

[57] At the Quebec Superior Court, Dionne J. similarly held that corporations were not covered by s. 12. In his view, s. 12's purpose was the protection of human dignity, a notion clearly meant exclusively for [TRANSLATION] "natural persons".

¹ The current provision states:

197.1 Any person who contravenes section 46 or 48 is guilty of an offence and is liable, as the case may be, to a fine

(1) of \$5,841 to \$29,200 in the case of an individual and \$17,521 to \$87,604 in the case of a legal person if the individual or legal person does not hold a licence of the appropriate class or subclass or uses the services of another person who does not hold a licence of the appropriate class or subclass; or

(2) of \$11,682 to \$87,604 in the case of an individual and \$35,041 to \$175,206 in the case of a legal person if the individual or legal person does not hold a licence or uses the services of another person who does not hold a licence.

et de 30 843 \$ à 154 215 \$ dans le cas d'une personne morale, s'il n'est pas titulaire d'une licence¹.

[54] Appliquant cette disposition, la Cour du Québec a infligé à 9147-0732 Québec inc. une amende de 30 843 \$, soit le montant minimal dont était passible une personne morale à l'époque.

[55] La personne morale a contesté la constitutionnalité de l'amende minimale obligatoire établie à l'art. 197.1 de la *Loi sur le bâtiment*, au motif qu'elle portait atteinte au droit que lui garantit l'art. 12 de la *Charte* à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[56] La personne morale n'a pas eu gain de cause devant la Cour du Québec, le juge Ratté ayant conclu que le fait d'étendre la protection de droits intrinsèquement liés aux personnes physiques à des droits appartenant aux personnes morales banaliserait la protection prévue à l'art. 12 de la *Charte*. Quoiqu'il en soit, le juge a conclu que, loin d'être cruelle et inusitée, l'amende minimale en cause représentait la norme en droit pénal réglementaire. À l'époque, aucune amende n'avait encore été invalidée par une juridiction supérieure au motif qu'elle était cruelle et inusitée, même à l'égard de personnes physiques.

[57] En Cour supérieure du Québec, le juge Dionne a lui aussi statué que les personnes morales ne sont pas visées par l'art. 12. Selon lui, l'art. 12 a pour objet la protection de la dignité humaine, une notion qui s'applique de toute évidence exclusivement aux « personnes physiques ».

¹ La disposition en vigueur est libellée ainsi :

197.1 Quiconque contrevient à l'un des articles 46 ou 48 commet une infraction et est passible, selon le cas, d'une amende :

(1) de 5 841 \$ à 29 200 \$, dans le cas d'un individu, et de 17 521 \$ à 87 604 \$, dans le cas d'une personne morale, s'il n'est pas titulaire d'une licence ayant la catégorie ou la sous-catégorie appropriée ou s'il utilise les services d'une autre personne qui n'est pas titulaire d'une licence ayant la catégorie ou la sous-catégorie appropriée;

(2) de 11 682 \$ à 87 604 \$, dans le cas d'un individu, et de 35 041 \$ à 175 206 \$, dans le cas d'une personne morale, s'il n'est pas titulaire d'une licence ou s'il utilise les services d'une autre personne qui n'est pas titulaire d'une licence.

[58] A majority at the Quebec Court of Appeal allowed the appeal and held that s. 12 can apply to corporations. It found that s. 12's association with human dignity did not prevent its application to corporations, since other *Charter* rights which also protect human dignity — ss. 8 and 11(b) of the *Charter* — have been held to apply to corporations. Rather than looking at the purpose of the provision, it adopted a [TRANSLATION] “tangible benefit” approach, focusing on whether a corporation could theoretically benefit from the *Charter* protection in question: “a corporation’s ability to derive a tangible benefit from it”. This resulted in its conclusion that since corporations could face cruel treatment or punishment through harsh or severe fines, s. 12 could apply to them. It remitted to the Court of Québec the question of whether the particular minimum fine against corporations set out in s. 197.1 of the *Building Act* amounted to cruel and unusual treatment or punishment.

[59] In dissent, Chamberland J.A. was of the view that s. 12 is concerned with human dignity, a concept inapplicable to corporations.

[60] For the following reasons, I agree with Chamberland J.A. that s. 12 does not apply to corporations. I would therefore allow the appeal.

Analysis

[61] This case gives us an opportunity to apply this Court’s approach to both constitutional interpretation and the role of international and comparative law in its development. Regrettably, however, the majority has put into question this Court’s approach to both. Instead of using the text as the beginning of the search for purpose, the majority has given it “primacy” and assigned a secondary role to the other contextual factors, thereby erasing the difference between constitutional and statutory interpretation.

[58] Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont accueilli l’appel et décidé que l’art. 12 pouvait s’appliquer aux personnes morales. Ils ont conclu que le lien existant entre l’art. 12 et la dignité humaine n’interdisait pas son application aux personnes morales, puisque d’autres droits garantis par la *Charte* — énoncés à l’art. 8 et à l’al. 11b) de la *Charte* — qui protègent aussi la dignité humaine ont été jugés applicables aux personnes morales. Plutôt que d’examiner l’objet de la disposition, les juges majoritaires ont adopté une approche axée sur le « bénéfice tangible », s’attachant à la question de savoir si une personne morale pouvait théoriquement bénéficier de la protection en question offerte par la *Charte* : « la capacité d’une personne morale à en tirer un bénéfice tangible ». Cela les a amenés à conclure que, comme les personnes morales pouvaient être exposées à des traitements ou peines cruels sous forme d’amendes lourdes ou sévères, l’art. 12 pouvait s’appliquer à elles. La Cour d’appel du Québec a renvoyé à la Cour du Québec la question de savoir si l’amende minimale obligatoire dont les personnes morales sont passibles en application de l’art. 197.1 de la *Loi sur le bâtiment* équivalait à un traitement cruel et inusité ou à une peine de cette nature.

[59] Le juge Chamberland, dissident, a estimé que l’art. 12 traite de la dignité humaine, un concept inapplicable aux personnes morales.

[60] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d’accord avec le juge d’appel Chamberland pour conclure que l’art. 12 ne s’applique pas aux personnes morales. J’accueillerais donc le pourvoi.

Analyse

[61] La présente affaire nous offre une occasion d’appliquer l’approche de notre Cour tant en matière d’interprétation constitutionnelle qu’à l’égard du rôle que jouent le droit international et le droit comparé dans l’élaboration de cette approche. Malheureusement, toutefois, les juges majoritaires remettent en cause l’approche de la Cour relativement à ces deux aspects. Plutôt que de se servir du texte comme point de départ de la recherche de l’objet, la majorité lui donne « préséance » et assigne

And instead of only relying on the traditional distinction between binding and non-binding international sources, the majority seems to have added a novel requirement: whenever a Canadian court considers non-binding international sources, it must explicitly justify their use, segment them into categories, and attribute a degree of weight to their inclusion, thereby transforming the Court's usual panoramic search for global wisdom into a series of compartmentalized barriers. For constitutional, comparative and international law, this apparent change in direction is a worrying setback.

[62] Section 12 of the *Charter* states:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[63] Most of this Court's s. 12 jurisprudence has dealt with minimum and indeterminate sentences and the harmful effects of incarceration. The threshold test developed and applied in these and other cases is whether the treatment or punishment of the individual is so "grossly disproportionate" as to "outrage standards of decency", and be "abhorrent or intolerable".²

[64] 9147-0732 Québec inc. argued that this is the language that we should apply, since it is broader than the language used in the French version of our s. 12 jurisprudence, which refers to treatment or punishment that is [TRANSLATION] "incompatible with human dignity". This argument, with respect,

² See, e.g., *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ferguson*, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Nur*, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Lloyd*, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Boudreault*, [2018] 3 S.C.R. 599.

un rôle secondaire aux autres facteurs contextuels, gommant ainsi la différence entre l'interprétation de la Constitution et l'interprétation des lois. Et plutôt que de s'appuyer uniquement sur la distinction traditionnelle entre les sources internationales contraignantes et non contraignantes, les juges majoritaires semblent ajouter une exigence inédite : chaque fois qu'un tribunal canadien considère des sources internationales non contraignantes, il doit explicitement justifier le recours à ces sources, les segmenter en catégories, et attribuer un poids relatif à celles qu'il retient, transformant ainsi la recherche panoramique de la sagesse mondiale à laquelle la Cour se livre habituellement en une progression au travers d'une série d'obstacles cloisonnés. En droit constitutionnel, en droit comparé et en droit international, ce changement évident d'orientation est un recul inquiétant.

[62] L'article 12 de la *Charte* est libellé ainsi :

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[63] Dans sa jurisprudence portant sur l'art. 12, notre Cour a eu à se prononcer dans la plupart des causes sur des peines minimales et à durée indéterminée et sur les effets néfastes de l'emprisonnement. Le critère préliminaire élaboré et appliqué dans de telles causes et dans d'autres consiste à se demander si la peine ou le traitement infligé à l'individu concerné est « exagérément disproportionné », au point de « constituer une atteinte aux normes de la décence » et d'être « odieux ou intolérable »².

[64] La société 9147-0732 Québec inc. a fait valoir qu'il s'agit là des termes que nous devrions appliquer, puisqu'ils sont plus larges que ceux utilisés dans la version française de notre jurisprudence portant sur l'art. 12, où il est question de traitement ou peine « incompatible avec la dignité humaine ».

² Voir, p. ex., *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Lloyd*, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Boudreault*, [2018] 3 R.C.S. 599.

results from looking at the words literally, in both the English and French versions, without examining them in the context of the cases in which they were decided, thereby creating artificial conceptual schisms instead of linguistic coherence (see Michel Doucet, “Le bilinguisme législatif”, in Michel Bastarache and Michel Doucet, eds., *Les droits linguistiques au Canada* (3rd ed. 2013), 179, at p. 281).

[65] A review of the language used in our s. 12 jurisprudence shows that both the English and French versions capture the same concept, namely, that s. 12 prohibits treatment or punishment that is incompatible with human dignity (see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 811, 815 and 818; *R. v. Boudreault*, [2018] 3 S.C.R. 599, at paras. 43, 67 and 126). I agree with Chamberland J.A. that [TRANSLATION] “[t]he assertion that no one is to be subjected to cruel [and unusual] treatment or punishment cannot be dissociated from the concept of human dignity” (para. 59). The English and French versions of how this Court has described what is at stake in s. 12 are, therefore, not only reconcilable, they are different ways of expressing the same idea.

[66] 9147-0732 Québec inc. also argued that the scope of s. 12 should be seen to include corporations based on this Court’s recent decision in *Boudreault*. Writing for the majority, Martin J. found that the mandatory victim surcharge under s. 737 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violated s. 12 of the *Charter* because it caused four interrelated harms to *individuals*: disproportionate financial consequences suffered by the indigent; threat of detention and/or imprisonment; threat of provincial collections efforts; and *de facto* indefinite criminal sanctions (para. 65).

[67] But recognizing the suffering of *individuals* from harsh economic treatment by the state does not lead to the inference that s. 12 protects the economic

Avec égards, cet argument résulte d’une analyse littérale des termes, dans leurs versions anglaises et françaises, sans considération du contexte dans lequel ces causes ont été tranchées, ce qui crée donc des clivages conceptuels artificiels plutôt qu’une cohérence linguistique (voir Michel Doucet, « Le bilinguisme législatif », dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (3^e éd. 2013), 179, p. 281).

[65] Il ressort d’un examen des diverses formulations utilisées dans notre jurisprudence sur l’art. 12 que tant les versions anglaise et française expriment la même idée, à savoir que l’art. 12 interdit les traitements ou peines incompatibles avec la dignité humaine (voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 811, 815 et 818; *R. c. Boudreault*, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 43, 67 et 126). Je suis d’accord avec le juge d’appel Chamberland pour dire que « [l]’affirmation voulant que nul ne soit soumis à un traitement ou une peine cruel [et inusité] est indissociable de la dignité humaine » (par. 59). Par conséquent, les versions anglaise et française des descriptions données par notre Cour de ce qui est en jeu à l’art. 12 ne sont pas seulement compatibles, mais constituent également des manières différentes d’exprimer la même idée.

[66] La société 9147-0732 Québec inc. a soutenu en outre que la portée de l’art. 12 devrait être étendue aux personnes morales sur la foi de l’arrêt *Boudreault* rendu récemment par la Cour. Rédigeant les motifs de la majorité dans cet arrêt, la juge Martin a conclu que la suramende compensatoire obligatoire prévue à l’art. 737 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, violait l’art. 12 de la *Charte* parce qu’elle causait à des *individus* quatre préjudices interreliés : les conséquences financières disproportionnées subies par les personnes indigentes, la menace de détention ou d’emprisonnement, le risque d’être la cible de mesures de recouvrement prises par une province et l’application de sanctions pénales qui ont *de facto* une durée indéfinie (par. 65).

[67] Toutefois, le fait de reconnaître les souffrances que subissent des *individus* parce que l’État leur inflige un traitement sévère sur le plan financier ne

interests of corporations. To answer that question requires a prior assessment of whether s. 12 applies to a corporation at all. This in turn requires 9147-0732 Québec inc. to “establish that it has an interest falling within the scope of the guarantee, and one which accords with the purpose of that provision” (*R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, at p. 852).

[68] Unlike the approach applied by the majority of the Court of Appeal, with respect, determining the scope requires first determining the *purpose* of the right. A *Charter* right must be interpreted “by an analysis of the purpose of [the] guarantee” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344 (emphasis deleted); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-57; see also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 36.8(c)). *Big M Drug Mart* provides the definitive account of this approach:

... the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. *The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.*

In my view this analysis is to be undertaken, and *the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter.* The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court’s decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, *be placed in its proper linguistic, philosophic and historical*

permet pas d’inférer que l’art. 12 protège les intérêts économiques des personnes morales. Pour répondre à la question, il faut préalablement se demander si l’art. 12 est même susceptible de s’appliquer à une personne morale. Cela revient à exiger que la société 9147-0732 Québec inc. « prouve qu’elle a un intérêt qui est compris dans la portée de la garantie et qui s’accorde avec l’objet de la disposition » (*R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, p. 852).

[68] Soit dit en tout respect, contrairement à la méthode d’analyse appliquée par les juges majoritaires de la Cour d’appel, la détermination de la portée du droit passe d’abord par l’établissement de l’*objet* du droit. Un droit garanti par la *Charte* doit être interprété au moyen « d’une analyse de l’objet [de la] garantie » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (soulignement omis); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-157; voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. Supp.), par. 36.8(c)). L’exposé définitif de cette démarche a été formulé ainsi dans l’arrêt *Big M Drug Mart* :

... la façon d’aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l’objet visé. *Le sens d’un droit ou d’une liberté garanti par la Charte doit être vérifié au moyen d’une analyse de l’objet d’une telle garantie; en d’autres termes, ils doivent s’interpréter en fonction des intérêts qu’ils visent à protéger.*

À mon avis, il faut faire cette analyse et *l’objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s’il y a lieu, en fonction du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la Charte.* Comme on le souligne dans l’arrêt *Southam*, l’interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l’illustre l’arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être *située dans ses contextes linguistique,*

contexts. [Underlining in original; emphasis added; p. 344.]

[69] Most recently, in *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, [2020] 1 S.C.R. 681, this Court endorsed the purposive approach set out in *Hunter* and *Big M Drug Mart*, describing the interpretive task as follows:

Before turning to the facts of this appeal, I consider it necessary to review the background to the enactment of s. 23 and the principles that must inform the interpretation of that section.

...

The historical and social context at the root of language rights in education makes clear the unique role of s. 23 in Canada’s constitutional landscape. In an oft quoted passage, Dickson C.J. illustrated the section’s importance by stating that it represents a “linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 350). More recently, in *Association des parents de l’école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139 (“*Rose-des-vents*”), Karakatsanis J. noted that Canada has a bicultural founding character and that its commitment to bilingualism sets it apart among nations (para. 25, citing *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83 (S.C.), at para. 24).

...

I would add that in conducting the analysis under s. 23, a court must bear in mind that this section has three purposes, as it is at once preventive, remedial and unifying in nature. [paras. 4, 12 and 15]

[70] As this passage illustrates, the principles and values underlying the enactment of the *Charter* provision are the primary interpretive tools.

[71] This Court has always made clear that examining the text of the *Charter* is only the beginning

philosophique et historique appropriés. [Soulignement dans l’original; italique ajouté; p. 344.]

[69] Très récemment, dans l’arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2020] 1 R.C.S. 681, notre Cour a fait sienne la méthode téléologique énoncée dans les arrêts *Hunter* et *Big M Drug Mart*, et décrit ainsi cette démarche interprétative :

Avant d’aborder les faits du présent pourvoi, j’estime nécessaire de rappeler le contexte de l’édition de l’art. 23 et les principes qui doivent guider son interprétation.

...

Le contexte historique et social à l’origine de la reconnaissance des droits linguistiques en matière d’éducation permet d’apprécier le rôle unique joué par l’art. 23 dans le paysage constitutionnel canadien. Dans un passage fréquemment cité, le juge en chef Dickson décrit l’importance de cette disposition en affirmant qu’elle est la « clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 350). Plus récemment, dans *Association des parents de l’école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139 (« *Rose-des-vents* »), la juge Karakatsanis rappelle que le biculturalisme constitue un élément fondateur du Canada et que l’engagement du Canada envers le bilinguisme le distingue des autres pays (par. 25, citant *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83 (C.S.), par. 24).

...

J’ajoute que, dans l’analyse requise pour l’application de l’art. 23, les tribunaux doivent garder à l’esprit le triple objet de cet article, c’est-à-dire son caractère à la fois préventif, réparateur et unificateur. [par. 4, 12 et 15]

[70] Comme l’illustrent ces passages, les principes et valeurs qui sous-tendent l’adoption de cette disposition de la *Charte* constituent les premiers outils d’interprétation.

[71] Notre Cour a toujours clairement indiqué que l’examen du texte de la *Charte* n’est que le début de

of the interpretive exercise, an exercise which is fundamentally different from interpreting a statute. Dickson J. explained the reason for this in *Hunter*:

The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts “not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one”. [p. 155]

Nonetheless, as *Big M Drug Mart* indicated, the text of the *Charter* matters since the purpose of the right in question is to be sought by reference “to the language chosen to articulate the specific right” (p. 344).

[72] This Court has applied the balanced *Big M Drug Mart* framework when interpreting the scope of several *Charter* rights, without elevating the plain text of those guarantees to a factor of special significance. The Court resolved questions about the scope of s. 2(a) of the *Charter* without recourse to a dictionary definition of “religion”, choosing instead to examine the “historical context” and “purpose” of freedom of religion and conscience (*Big M Drug Mart*, at pp. 344-48; see also *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, at paras. 41-42). In interpreting the presumption of innocence in s. 11(d), the Court focused on the “cardinal values” that the right embodies (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 119). And in marking the boundaries of freedom of expression under s. 2(b), the Court has always emphasized the “principles and values underlying

l’opération d’interprétation, opération qui diffère fondamentalement de l’interprétation du texte d’une loi. Le juge Dickson en a donné la raison dans l’arrêt *Hunter* :

L’interprétation d’une constitution est tout à fait différente de l’interprétation d’une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l’avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l’exercice légitime de l’autorité gouvernementale et, lorsqu’on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d’évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n’ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu’ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu’il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] « de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu’elle ne le devienne ». [p. 155]

Néanmoins, comme il est énoncé dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, le texte de la *Charte* est important, puisque l’objet du droit en question doit être déterminé en fonction « des termes choisis pour énoncer ce droit » (p. 344).

[72] Notre Cour a appliqué le cadre d’analyse équilibré de l’arrêt *Big M Drug Mart* dans l’interprétation de la portée de plusieurs droits garantis par la *Charte*, sans élever le libellé clair de ces garanties au niveau de facteur ayant une importance particulière. La Cour a résolu des questions relatives à la portée de l’al. 2a) de la *Charte* sans recourir à la définition du terme « religion » dans les dictionnaires, choisissant plutôt d’examiner le « contexte historique » et l’« objet » de la liberté de religion et de conscience (*Big M Drug Mart*, p. 344-348; voir également *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 41-42). Dans l’interprétation de la présomption d’innocence garantie à l’al. 11d), la Cour a accordé une attention particulière aux « valeurs fondamentales » inhérentes au droit en question (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119). Qui plus est, en délimitant

the freedom”, instead of the plain meaning of the term “expression” (see *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; see also *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 764-67; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 727-28; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 499-500; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53; *R. v. K.R.J.*, [2016] 1 S.C.R. 906, at paras. 37-38).

[73] This purposive approach to interpreting *Charter* provisions continued in *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353, where the Court, while acknowledging that the “starting point” for constitutional interpretation is the language of the right being interpreted, proceeded to endorse the contextual approach from *Big M Drug Mart*, stating that “where questions of interpretation arise, a generous, purposive and contextual approach should be applied” (para. 15; see also para. 16). And more recently in *R. v. Stillman*, [2019] 3 S.C.R. 144, the Court reiterated that:

A *Charter* right must be understood “in the light of the interests it was meant to protect” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.* . . . at p. 344; see also *Hunter v. Southam Inc.* . . . at p. 157), accounting for “the character and the larger objects of the *Charter* itself”, “the language chosen to articulate the specific right or freedom”, “the historical origins of the concepts enshrined” and, where applicable, “the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*” (*Big M*, at p. 344). It follows that *Charter* rights are to be interpreted “generous[ly]”, aiming to “fulfi[l] the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection” (*ibid.*). At the same time, it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question (*ibid.*).

(para. 21; see also *R. v. Poulin*, [2019] 3 S.C.R. 566, at para. 32.)

les contours de la liberté d’expression garantie à l’al. 2b), la Cour a constamment souligné les « principes et [les] valeurs qui sous-tendent la liberté », plutôt que le sens ordinaire du mot « expression » (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; voir aussi *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 764-767; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 727-728; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 499-500; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 37-38).

[73] Cette interprétation téléologique des dispositions de la *Charte* s’est poursuivie dans l’arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, dans lequel, tout en reconnaissant qu’en matière d’interprétation constitutionnelle, il faut « tout d’abord » se pencher sur le libellé du droit à interpréter, notre Cour a ensuite fait sienne l’approche contextuelle issue de *Big M Drug Mart*, affirmant que « l’interprétation [du libellé d’une disposition constitutionnelle], si elle n’est pas manifeste, doit être tirée par suite de l’application d’une méthode téléologique, libérale et contextuelle » (par. 15; voir aussi le par. 16). Et, plus récemment, dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [2019] 3 R.C.S. 144, la Cour a réitéré les principes suivants :

Un droit garanti par la *Charte* doit s’interpréter « en fonction des intérêts qu’i[l] vis[e] à protéger » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [. . .] p. 344; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.* [. . .] p. 157), en tenant compte « de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même », « des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté », « des origines historiques des concepts enchâssés » et, s’il y a lieu, « du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M*, p. 344). Il s’ensuit que l’interprétation des droits garantis par la *Charte* doit être « libérale » et « viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*ibid.*). En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question (*ibid.*).

(par. 21; voir aussi *R. c. Poulin*, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 32.)

[74] The complete lack of support in our jurisprudence for an approach to constitutional interpretation focused on the primacy of the text is hardly surprising. Because *Charter* rights — like all constitutional rights — are meant to be capable of growth and adaptation (see *Hunter*, at pp. 155-57; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 509; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 365-67; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at pp. 179-81; Hogg, at s. 15.9(f)), many of them were drafted with vague, open-ended language (see *Hunter*, at p. 154; *Poulin*, at para. 70 (summarizing “evolving, open-ended standards” in the *Charter*, including s. 12)). The text of those provisions may accordingly be of comparatively limited assistance in interpreting their scope.

[75] Not only is considering the text as prime unhelpful in interpreting constitutional guarantees, it could unduly constrain the scope of those rights, or even yield two irreconcilable conclusions leading, for example, to the interpretive triumph of the presence of a comma in expanding gun-owners’ rights under the Second Amendment of the United States Constitution in *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (see Brittany Occhipinti, “We the Militia of the United States of America: A Reanalysis of the Second Amendment” (2017), 53 *Willamette L. Rev.* 431, at pp. 438-42, discussing *Heller*).

[76] Overemphasizing the plain text of *Charter* rights creates a risk that, over time, those rights will cease to represent the fundamental values of Canadian society and the purposes they were meant to uphold. As one scholar has noted, a “purely textual reading” of the Constitution “cuts against the grain of the living tree” (Lorne Neudorf, “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, at p. 544). Aharon Barak has similarly warned that “[p]urely textual interpretation severs the constitution . . .

[74] L’absence totale d’adhésion dans notre jurisprudence à une méthode d’interprétation constitutionnelle fondée sur la préséance du texte n’est guère surprenante. Étant donné que les droits garantis par la *Charte* — à l’instar de tous les droits constitutionnels — sont censés pouvoir croître et s’adapter (voir *Hunter*, p. 155-157; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 509; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365-367; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179-181; Hogg, par. 15.9(f)), bon nombre de ces droits ont été rédigés en des termes vagues, aux contours non définis (voir *Hunter*, p. 154; *Poulin*, par. 70 (résumant les « normes aux contours non définis et en constante évolution » dont il est question dans la *Charte*, notamment à l’art. 12)). Le texte de ces dispositions serait donc d’une aide relativement limitée aux fins d’interprétation de leur portée.

[75] Non seulement le fait de considérer que le texte prime est peu utile dans l’interprétation des garanties constitutionnelles, mais cela pourrait également restreindre indûment la portée de ces droits, ou même produire deux conclusions opposées conduisant, par exemple, au triomphe interprétatif de la présence d’une virgule pour justifier l’élargissement des droits des propriétaires d’armes à feu en vertu du Deuxième amendement de la Constitution des États-Unis, dans *District of Columbia c. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (voir Brittany Occhipinti, « We the Militia of the United States of America : A Reanalysis of the Second Amendment » (2017), 53 *Willamette L. Rev.* 431, p. 438-442, commentant l’arrêt *Heller*).

[76] Le fait d’accorder une importance excessive au libellé clair des droits garantis par la *Charte* crée le risque qu’avec l’écoulement du temps, ces droits ne représentent plus les valeurs fondamentales de la société canadienne et les objectifs qu’ils sont censés réaliser. Comme l’a fait observer un auteur, une [TRADUCTION] « lecture purement textuelle » de la Constitution « va à l’encontre de la doctrine de l’arbre vivant » (Lorne Neudorf, « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, p. 544).

from the fundamental values of society” (“A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19, at p. 83). He advocates a broader approach:

... to arrive at a proper system of interpretation, the horizons of the interpreter need to be widened beyond those of new textualism. The context of the text — the importance of which is noted by new textualism, albeit narrowly — includes society’s principles, values, and fundamental views, both at the time of enactment and at the time of interpretation. These and other changes would be necessary to transform new textualism into a proper system of interpretation. At that point, however, it would cease to be new textualism and become purposive interpretation.

(p. 84; see also Jonathan R. Siegel, “The Inexorable Radicalization of Textualism” (2009), 158 *U. Pa. L. Rev.* 117, at pp. 173-75.)

[77] Justice Susanne Baer of the German Constitutional Court has also urged against a narrow focus on constitutional text:

... constitutional text matters, but ... constitutionalism should not be reduced to mere textualism.

(“Dignity, liberty, equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism” (2009), 59 *U.T.L.J.* 417, at p. 441)

[78] A textualist approach would also make Canadian constitutional law more insular. Canadian constitutionalism “contains characteristics that make it objectively appealing to foreign constitution-makers and interpreters” (Adam M. Dodek, “The Protea and the Maple Leaf: The Impact of the *Charter* on South African Constitutionalism” (2004), 17 *N.J.C.L.* 353, at p. 373). Our model of

Aharon Barak a lui aussi souligné qu’une [TRADUCTION] « interprétation purement textuelle dissocie la Constitution [. . .] des valeurs fondamentales de la société » (« A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 19, p. 83). Il préconise une approche plus large :

[TRADUCTION] ... pour arriver à une méthode d’interprétation adéquate, les avenues de l’interprète doivent être élargies au-delà du nouveau textualisme. Le contexte du libellé — dont l’importance est soulignée par le nouveau textualisme, même s’il est étroit — comprend les principes, les valeurs et les fondements de la société, tant au moment de l’adoption de la constitution qu’à celui de son interprétation. De tels changements ainsi que bien d’autres seraient nécessaires pour faire évoluer le nouveau textualisme vers une méthode adéquate d’interprétation. À ce moment-là, toutefois, cette méthode cesserait alors d’être le nouveau textualisme et deviendrait une interprétation téléologique.

(p. 84; voir aussi Jonathan R. Siegel, « The Inexorable Radicalization of Textualism » (2009), 158 *U. Pa. L. Rev.* 117, p. 173-175.)

[77] La juge Susanne Baer de la Cour constitutionnelle allemande a elle aussi formulé une mise en garde contre le fait de s’attacher étroitement au texte de la Constitution :

[TRADUCTION] ... le texte de la Constitution est important certes, mais [...] le constitutionnalisme ne devrait pas se réduire à un simple textualisme.

(« Dignity, liberty, equality : A fundamental rights triangle of constitutionalism » (2009), 59 *U.T.L.J.* 417, p. 441)

[78] Une approche textualiste aurait également pour effet d’isoler le droit constitutionnel canadien. Le constitutionnalisme canadien [TRADUCTION] « présente des caractéristiques qui le rendent objectivement attrayant aux yeux des constitutionnalistes et interprètes étrangers » (Adam M. Dodek, « The Protea and the Maple Leaf : The Impact of the *Charter* on South African Constitutionalism »

constitutional interpretation is one of those characteristics. As Professor Dodek notes:

The . . . interpretation given to the Charter by the Supreme Court of Canada has served to reinforce rather than limit its international appeal. Specifically, purposive interpretation accompanied by the conception of a constitution as “a living tree” capable of growth and adaptation to new circumstances are doctrines that have captured the constitutional imaginations of other courts around the world. Outside of Canada, this has made the Canadian constitutional model amendable to various circumstances. Aspects of the Charter have thus proved to be “a living tree” abroad.

(“Canada as Constitutional Exporter: The Rise of the ‘Canadian Model’ of Constitutionalism” (2007), 36 *S.C.L.R.* (2d) 309, at pp. 321-22)

[79] Professor Karen Eltis makes the further point that the “living tree” approach helps explain Canada’s willingness to consider “foreign jurisprudence and international instruments”, a subject explored later in these reasons:

Thus, for instance, *as distinguished from an enduring attachment to originalism³ or textualism in the U.S.*, the living tree approach or the “multicultural values reflected and promoted in Canada’s *Charter of Rights and Freedoms* are in fact indicative of a national experience that embraces looking outward to foreign jurisprudence and international instruments as a source of domestic jurisprudence” . . . [Emphasis added; footnote added.]

(“Comparative Constitutional Law and the ‘Judicial Role in Times of Terror’” (2010-2011), 28 *N.J.C.L.* 61, at pp. 69-70)

³ Textualism has been described as a theory which shares “both the philosophy and the partisans of the ‘originalist’ method of constitutional interpretation” (see Stéphane Beaulac, “Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight?” (1998), 43 *McGill L.J.* 287, at p. 300).

(2004), 17 *R.N.D.C.* 353, p. 373). Notre modèle d’interprétation constitutionnelle constitue l’une de ces caractéristiques. Comme le fait observer le professeur Dodek :

[TRADUCTION] L’interprétation [. . .] donnée à la Charte par la Cour suprême du Canada a pour effet de renforcer, et non de limiter, son attrait international. En particulier, l’interprétation téléologique et l’idée qu’une constitution est « un arbre vivant » capable de croître et de s’adapter à de nouvelles réalités sont des théories qui ont capté l’imaginaire constitutionnel d’autres tribunaux dans le monde. À l’étranger, cette caractéristique a fait du modèle constitutionnel canadien un modèle adaptable à des réalités diverses. Des aspects de la Charte se sont donc révélés être « un arbre vivant » à l’étranger.

(« Canada as Constitutional Exporter : The Rise of the “Canadian Model” of Constitutionalism » (2007), 36 *S.C.L.R.* (2d) 309, p. 321-322)

[79] La professeure Karen Eltis ajoute que l’approche dite de « l’arbre vivant » permet d’expliquer l’ouverture du Canada à prendre en compte [TRADUCTION] « la jurisprudence étrangère et les instruments internationaux », un sujet dont il sera question plus loin dans les présents motifs :

[TRADUCTION] Ainsi, à l’inverse de l’attachement de longue date à l’originalisme³ ou au textualisme américains, l’approche dite de « l’arbre vivant » ou « les valeurs multiculturelles qui sont reflétées dans la *Charte des droits et libertés* du Canada et promues par celle-ci témoignent dans les faits d’une expérience nationale ouverte à la jurisprudence étrangère et aux instruments internationaux en tant que sources dans la jurisprudence nationale » . . . [Italique ajouté; note en bas de page ajoutée.]

(« Comparative Constitutional Law and the “Judicial Role in Times of Terror” » (2010-2011), 28 *R.N.D.C.* 61, p. 69-70)

³ Le textualisme a été décrit comme une théorie qui regroupe [TRADUCTION] « à la fois la philosophie et les partisans de la méthode “originaliste” d’interprétation constitutionnelle » (voir Stéphane Beaulac, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight? » (1998), 43 *R.D. McGill* 287, p. 300).

[80] Purpose, in other words, remains the “central” consideration when interpreting the scope and content of a *Charter* right (*Poulin*, at para. 85). Several factors — including the text — can help inform the exercise. But this Court has never endorsed a rigid hierarchy among these interpretative guides. Rather, all of them “can offer useful insights, and the best tools are likely to depend on [the] particular circumstances of the case” (David Landau, “Legal pragmatism and comparative constitutional law”, in Gary Jacobsohn and Miguel Schor, eds., *Comparative Constitutional Theory* (2018), 208, at p. 211).

[81] This brings me back to the central question in this appeal: whether the right to be free from “cruel and unusual treatment or punishment” in s. 12 of the *Charter* extends to corporations.

[82] *Black’s Law Dictionary* defines “cruelty” as “[t]he intentional and malicious infliction of mental or physical suffering on a living creature, esp. a human; abusive treatment; outrage” ((11th ed. 2019), at p. 475). The term “unusual”, is not central to the analysis, but is nonetheless part of the “compendious expression of a norm” (*R. v. Smith*, at p. 1072). It is defined as “[e]xtraordinary; abnormal” and “[d]ifferent from what is reasonably expected” (*Black’s Law Dictionary*, at p. 1851). Together, the words “cruel and unusual punishment” are defined as “[p]unishment that is torturous, degrading, inhuman, grossly disproportionate to the crime in question, or otherwise shocking to the moral sense of the community” (*Black’s Law Dictionary*, at p. 1490).

[83] The *Oxford English Dictionary* defines “cruel”, in relation to persons, as “[d]isposed to inflict suffering; indifferent to or taking pleasure in another’s pain or distress, destitute of kindness or compassion; merciless, pitiless, hard-hearted”

[80] Autrement dit, l’objet demeure la considération « essentielle » lorsqu’il s’agit d’interpréter la portée et le contenu d’un droit garanti par la *Charte* (*Poulin*, par. 85). Plusieurs facteurs — y compris le texte — peuvent aider à guider l’analyse. Toutefois, notre Cour n’a jamais souscrit à une hiérarchie stricte entre ces guides d’interprétation. Tous peuvent plutôt [TRADUCTION] « apporter des indications utiles, et les meilleurs outils dépendront probablement des circonstances particulières de l’affaire » (David Landau, « Legal pragmatism and comparative constitutional law », dans Gary Jacobsohn et Miguel Schor, dir., *Comparative Constitutional Theory* (2018), 208, p. 211).

[81] J’en reviens donc à la principale question du présent pourvoi : Le droit à la protection contre « tous traitements ou peines cruels et inusités » garanti à l’art. 12 de la *Charte* s’étend-il aux personnes morales?

[82] Selon le *Black’s Law Dictionary*, le mot « *cruelty* » (cruauté) s’entend de : [TRADUCTION] « [l]’infliction intentionnelle ou malveillante de souffrances mentales ou physiques à une créature vivante, particulièrement un humain; traitement abusif; barbarie » ((11^e éd. 2019), p. 475). Le mot « *unusual* » (inusité) n’est pas essentiel dans l’analyse, mais fait néanmoins partie de la « formulation concise d’une norme » (*R. c. Smith*, p. 1072). Suivant la définition qu’on en donne, il signifie [TRADUCTION] « [e]xtraordinaire, anormal » et « [d]ifférent de ce à quoi l’on s’attend raisonnablement » (*Black’s Law Dictionary*, p. 1851). Regroupés, les mots « traitements ou peines cruels et inusités » sont définis comme suit : [TRADUCTION] « [p]eine abominable, dégradante, inhumaine, exagérément disproportionnée par rapport au crime en question, ou qui choque d’une autre façon le sens moral de la communauté » (*Black’s Law Dictionary*, p. 1490).

[83] Le *Oxford English Dictionary* définit ainsi le mot « *cruel* » (cruel), en lien avec des personnes : [TRADUCTION] « disposées à infliger des souffrances; indifférentes aux douleurs ou à la détresse d’autrui ou qui en tire du plaisir, dépourvues de bonté ou de

((2nd ed. 1989), vol. IV, at p. 78). It is also used to describe actions that are “proceeding from or showing indifference to or pleasure in another’s distress” (“cruel”, at p. 78). When referring to conditions and circumstances, i.e. treatment or punishment, “cruel” means “[c]aus[ing] or characterized by great suffering; extremely painful or distressing” (p. 78).

[84] Similarly, “cruelty” is defined in the *Oxford English Dictionary* as referring to:

1. The quality of being cruel; disposition to inflict suffering, delight in or indifference to the pain or misery of others; mercilessness, hard-heartedness: *esp.* as exhibited in action. Also, with *pl.*, an instance of this, a cruel deed; . . .
2. Severity of pain; excessive suffering; . . .
3. Severity, strictness, rigour; . . . [p. 79]

[85] The term “*cruel*” is also defined in French by reference to the concept of suffering, which, as Chamberland J.A. noted, cannot be experienced by inanimate entities like corporations:

[TRANSLATION]

1. Taking pleasure in inflicting suffering, in witnessing suffering.
2. Denoting cruelty; showing the cruelty of humans.
3. Inflicting suffering through its harshness, its severity.
4. (Of persons). Without leniency, merciless.
5. (Of personified things). Inflicting suffering by manifesting a sort of hostility.

compassion; sans merci, sans pitié, insensibles » ((2^e éd. 1989), vol. IV, p. 78). Ce terme s’emploie aussi pour décrire des actes « procédant ou témoignant de l’indifférence manifestée à l’égard de la détresse d’autrui, ou encore du plaisir éprouvé à cet égard » (« *cruel* », p. 78). Lorsqu’on fait référence à des conditions et circonstances, c.-à-d. à un traitement ou à une peine, « cruel » signifie « [c]ausant de grandes souffrances qui se caractérise par de telles souffrances; extrêmement douloureux ou pénible » (p. 78).

[84] De même, « *cruelty* » (cruauté) est défini ainsi dans le *Oxford English Dictionary* :

[TRANSLATION]

1. Le fait d’être cruel; disposition à infliger des souffrances, plaisir ou indifférence à la douleur ou à la misère d’autrui; sans merci, insensible : *en particulier* lorsqu’elle se manifeste par des actes. Aussi, *au pluriel* (des cruautés), une occurrence de cruauté, un acte cruel; . . .
2. Sévérité de la douleur, souffrance excessive; . . .
3. Sévérité, rigidité, rigueur; . . . [p. 79]

[85] Le terme « cruel » est aussi défini en français par référence au concept de souffrance qui, comme l’a souligné le juge d’appel Chamberland, ne peut être éprouvée par des entités inanimées comme les personnes morales :

1. Qui prend plaisir à faire souffrir, à voir souffrir.
2. Qui dénote de la cruauté; qui témoigne de la cruauté des hommes.
3. Littér. Qui fait souffrir par sa dureté, sa sévérité.
4. (Personnes). Sans indulgence, impitoyable.
5. (Choses personnifiées). Qui fait souffrir en manifestant une sorte d’hostilité.

6. (Of persons). Indifferent, insensitive.

(*Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001), at pp. 864-65)

[86] In short, the ordinary meaning of the words cruel and unusual treatment or punishment centers on *human* pain and suffering. As Chamberland J.A., eloquently stated:

[TRANSLATION] It would completely distort the ordinary meaning of the words, in my view, to say that it is possible to be cruel to a corporate entity.

Cruelty is inflicted on living beings of flesh and blood, be they human beings or animals.

And not on corporations.

Suffering, whether physical or mental, is unique to living beings, not corporate entities and inanimate objects without a soul or emotional life. [paras. 53-56]

[87] The fact that the word “everyone” is found in the text of s. 12 cannot, by virtue of its literal meaning, expand the protection to corporations, without any regard for the purpose of the right as protecting *human* dignity. It is worth remembering that in *Irwin Toy*, this Court explained that “[e]veryone’ . . . must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings” (p. 1004).

[88] We turn then to the historical origins and values underlying the right, in compliance with Dickson C.J.’s direction in *Oakes*, that the exercise requires “understanding the cardinal values [the provision] embodies” (p. 119).

[89] The values embodied by s. 12 can be traced back to the English *Bill of Rights* (Eng.), 1688, 1

6. (Personnes). Indifférent, insensible.

(*Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), p. 864-865)

[86] En résumé, suivant leur sens ordinaire, les mots traitements ou peines cruels et inusités renvoient à la douleur et à la souffrance *humaines*. Comme l’a éloquentement exprimé le juge d’appel Chamberland :

Ce serait de dénaturer totalement le sens commun des mots, selon moi, de dire que l’on peut faire preuve de cruauté envers une entité corporative, une société par actions.

La cruauté s’exerce envers des êtres vivants, en chair et en os, fussent-ils des êtres humains ou des animaux.

Et non envers des sociétés par actions.

La souffrance, physique ou mentale, est le propre des êtres vivants, et non des entités corporatives et des objets inanimés, sans âme ni vie émotionnelle. [par. 53-56]

[87] Le fait que le mot « chacun » figure dans le texte de l’art. 12 ne saurait, sur la base de son sens littéral, étendre la protection de cette disposition aux personnes morales, sans égard à l’objet du droit concerné, à savoir la protection de la dignité *humaine*. Il convient de se rappeler que, dans l’arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a expliqué que « [l]e terme “chacun” doit [. . .] être lu en fonction du reste de l’article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains » (p. 1004).

[88] Je vais maintenant examiner les origines historiques du droit garanti et les valeurs qui le sous-tendent, conformément à la directive du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Oakes*, selon laquelle l’analyse requiert de « comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à [la disposition] » (p. 119).

[89] L’origine des valeurs inhérentes à l’art. 12 remonte au *Bill of Rights* (Angl.), 1688, 1 Will. &

Will. & Mar. Sess. 2, c. 2, which, in art. 10, stipulated “[t]hat excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”

[90] The provision was incorporated almost verbatim into the Eighth Amendment of the United States Constitution in 1791, where its purpose was definitively discussed in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), dealing with the constitutionality of the death penalty. Each of the judges in the majority wrote separate reasons explaining why the death penalty constituted cruel and unusual punishment in the cases before the court. Marshall J. reviewed the English antecedents of the clause and concluded that:

Whether the English Bill of Rights prohibition against cruel and unusual punishments is properly read as a response to excessive or illegal punishments, as a reaction to barbaric and objectionable modes of punishment, or as both, there is no doubt whatever that in borrowing the language and in including it in the Eighth Amendment, our Founding Fathers intended to outlaw torture and other cruel punishments. [p. 319]

[91] Brennan J.’s reasons described the Eighth Amendment’s primary purpose as protecting the dignity of human beings. He concluded that the state “even as it punishes, must treat its members with respect for their intrinsic worth *as human beings*”, explaining that the reason barbaric punishments have been condemned by history “is that *they treat members of the human race as nonhumans*, as objects to be toyed with and discarded” and are “inconsistent with the fundamental premise of the Clause that even the vilest criminal remains a human being possessed of common human dignity” (pp. 270-73 (emphasis added)).

[92] While there is some debate about the underlying purpose of the English *Bill of Rights* provision, it seems not to be disputed that in both the English

Mar. Sess. 2, c. 2, dont l’art. 10 précisait ce qui suit : [TRADUCTION] « Il ne devrait pas être exigé de cautionnements excessifs, imposé d’amendes excessives ou infligé de peines cruelles et inusitées. »

[90] Cette disposition a été intégrée presque mot pour mot dans le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis en 1791, et l’analyse définitive de son objet a été réalisée dans l’arrêt *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), qui portait sur la constitutionnalité de la peine de mort. Chacun des juges majoritaires a rédigé des motifs distincts expliquant pourquoi la peine de mort constituait une peine cruelle et inusitée dans les affaires dont le tribunal était saisi. Le juge Marshall a examiné l’historique de cette disposition en Angleterre et a conclu ainsi :

[TRADUCTION] Que l’interdiction des peines cruelles et inusitées énoncée dans le Bill of Rights anglais soit considérée à juste titre comme une réaction aux peines excessives ou illicites, comme une réaction aux châtiments barbares et répréhensibles, ou les deux, il est indubitable qu’en s’inspirant du langage de cette disposition et en l’intégrant dans le Huitième amendement, nos Pères fondateurs entendaient rendre illicites la torture et les autres peines cruelles. [p. 319]

[91] Dans ses motifs, le juge Brennan a affirmé que le Huitième amendement avait pour principal objet la protection de la dignité des êtres humains. Il a conclu que l’État, [TRADUCTION] « même lorsqu’il punit, doit traiter ses citoyens en respectant leur valeur intrinsèque *en tant qu’êtres humains* », expliquant que la raison pour laquelle les peines barbares ont été condamnées par l’histoire « est qu’elles traitent les membres de la race humaine comme des non-humains, comme des objets avec lesquels on peut jouer et dont on peut disposer » et qu’elles sont « incompatibles avec la prémisse fondamentale de la disposition selon laquelle même le plus vil criminel demeure un être humain possédant la dignité humaine commune à tous » (p. 270-273 (je souligne)).

[92] Bien que l’objet qui sous-tende la disposition en question du *Bill of Rights* anglais fasse l’objet de débats, il semble incontesté que, tant dans le contexte

and American contexts, protection for corporations was not contemplated. And, it is safe to say that at least in the United States, the historical purpose of prohibiting cruel and unusual punishment was to protect the inherent worth and dignity of *human beings*.

[93] In Canada, similar language first appeared in s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, which prohibited “the imposition of cruel and unusual treatment or punishment”. The *Canadian Bill of Rights* was adopted in its own historical context, which included a profound emphasis on the need to protect human rights in a post-Second World War era. As then Professor Walter Tarnopolsky observed, “[n]oticeable interest in, and concern for the protection of certain human rights and fundamental freedoms began to increase in Canada during World War II, possibly as part of a world-wide interest in these values” since “civilized nations could revert to barbarity too easily” (*The Canadian Bill of Rights* (2nd rev. ed. 1975), at p. 3; see also Hogg, at s. 35.1).

[94] The *Canadian Bill of Rights* was introduced as *An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Beyond its title, the *Canadian Bill of Rights*’ preamble included specific references to “the dignity and worth of the human person”:

The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge . . . *the dignity and worth of the human person* . . .

...

And being desirous of enshrining these principles and the *human rights* and fundamental freedoms derived from them . . . [Emphasis added.]

anglais que dans le contexte américain, la protection des personnes morales n’était pas envisagée. Qui plus est, on peut sans crainte de se tromper affirmer qu’à tout le moins aux États-Unis, l’objectif de l’interdiction des peines cruelles et inusitées est historiquement la protection de la valeur et de la dignité inhérentes aux *êtres humains*.

[93] Au Canada, le premier texte incorporant un libellé similaire est l’al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, qui interdisait d’imposer « des peines ou traitements cruels et inusités ». La *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée dans un contexte historique qui lui est propre, lequel mettait grandement l’accent sur la nécessité de protéger les droits de la personne dans la période qui suivait la Deuxième Guerre mondiale. Comme l’a fait remarquer Walter Tarnopolsky, alors professeur, [TRADUCTION] « [u]n intérêt prononcé pour la protection de certains droits de la personne et certaines libertés fondamentales, ainsi que des préoccupations à cet égard ont commencé à croître au Canada pendant la Deuxième Guerre mondiale, probablement en partie en raison de l’intérêt manifesté à l’égard de ces valeurs dans l’ensemble du monde », étant donné que « les nations civilisées pouvaient trop aisément retomber dans la barbarie » (*The Canadian Bill of Rights* (2^e éd. rev. 1975), p. 3; voir aussi Hogg, par. 35.1).

[94] La *Déclaration canadienne des droits* a été présentée sous le titre de *Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales*. Outre les mentions figurant dans ce titre, le préambule de la *Déclaration canadienne des droits* faisait expressément référence à « la dignité et la valeur de la personne humaine » :

Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent [. . .] *la dignité et la valeur de la personne humaine* . . .

...

Et afin d’explicitier ces principes ainsi que les *droits de l’homme* et les libertés fondamentales qui en découlent . . . [Italique ajouté.]

[95] The wording of the s. 2(b) *Canadian Bill of Rights* provision and s. 12 of the *Charter* are almost identical. However, unlike the *Canadian Bill of Rights*, which is an ordinary statute, albeit of enormous philosophical significance, “the *Charter* must be regarded, because of its constitutional character, as a new affirmation of rights and freedoms and of judicial power and responsibility in relation to their protection” (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638).

[96] Like the *Canadian Bill of Rights*, the enactment of the *Charter* was influenced by the events of the Second World War. As Pierre Elliott Trudeau, then Minister of Justice, observed in 1968, these events were “disturbing proof of the need to safeguard the rights of individuals” (*A Canadian Charter of Human Rights* (1968), at pp. 10-11). Discussing “[t]he rights of the individual”, Minister Trudeau reminded Canadians that “man [*sic*] has distinguished himself from other animals by directing his attention to those matters which affect his individual dignity” (p. 9). For Trudeau, an entrenched bill of rights would serve to “withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts” (p. 11; see also Lester B. Pearson, “Federalism for the Future: A Statement of Policy by the Government of Canada” (1968), in Anne F. Bayefsky, *Canada’s Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History* (1989), vol. 1, 61).

[97] World War II’s shocking indifference to human dignity and the devastating human rights abuses it tolerated, resulted not only in responsive protections in international human rights instruments, but also in domestic rights guarantees such as the *Canadian Bill of Rights* and, ultimately, the constitutional protection of rights and freedoms in the *Charter*.

[95] Le texte de l’al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et celui de l’art. 12 de la *Charte* sont presque identiques. Toutefois, contrairement à la *Déclaration des droits*, qui est une loi ordinaire — quoique possédant une très grande importance philosophique —, « la *Charte*, en raison de son caractère constitutionnel, doit être considérée comme une nouvelle déclaration des droits et libertés et du pouvoir et de la responsabilité qu’ont les tribunaux de les protéger » (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 638).

[96] À l’instar de la *Déclaration canadienne des droits*, l’adoption de la *Charte* a été influencée par les événements de la Deuxième Guerre mondiale. Comme l’a souligné en 1968 Pierre Elliott Trudeau, qui était alors ministre de la Justice, ces événements « ont prouvé combien il est nécessaire de protéger les droits des individus » (*Charte canadienne des droits de l’homme* (1968), p. 11). Évoquant les « droits de l’individu », le ministre Trudeau a rappelé aux Canadiennes et aux Canadiens que « l’homme [*sic*] [. . .] s’est, se distinguant en cela des animaux, penché sur les problèmes relatifs à sa dignité d’être humain » (p. 9). Pour Trudeau, une déclaration des droits constitutionnalisée servirait à « soustraire certains sujets des vicissitudes de la controverse politique, à les placer hors de la portée des simples majorités et des dirigeants, et à les établir comme principes de droit devant être reconnus par les tribunaux » (p. 11-12; voir aussi Lester B. Pearson, *Le fédéralisme et l’avenir : Déclaration de principe et exposé de la politique du gouvernement du Canada* (1968).

[97] L’indifférence choquante à l’égard de la dignité humaine et les atteintes dévastatrices aux droits de la personne pendant la Deuxième Guerre mondiale ont entraîné non seulement l’adoption de mesures de protection prévues par des instruments internationaux en matière de droits de la personne, mais également de garanties internes de protection des droits telle la *Déclaration canadienne des droits*, et conduit ultimement à la constitutionnalisation des droits et des libertés dans la *Charte*.

[98] Since Canada’s rights protections emerged from the same chrysalis of outrage as other countries around the world, it is helpful to compare Canada’s prohibition against cruel and unusual treatment or punishment with how courts around the world have interpreted the numerous international human rights instruments containing provisions that closely mirror the language of s. 12. As Professor Dodek points out, since courts face common problems, considering how other courts have addressed them can assist in determining how to exercise judicial discretion (“Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008: Limited Engagement and Missed Opportunities” (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 445, at p. 454). In other words, “the search for wisdom is not to be circumscribed by national boundaries” (Hogg, at s. 36.9(c)).

[99] This Court has frequently relied on international law sources to assist in delineating the breadth and content of *Charter* rights (see, e.g., *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 22; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, at paras. 79-81; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1056-57; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 348-49, per Dickson C.J., dissenting; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 512). As the majority noted in *Divito*, such sources can often be “instructive in defining the right” (para. 22). International human rights law, in particular, has been described by L’Heureux-Dubé J. as a “critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter*” (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70).

[98] Comme les mesures canadiennes de protection des droits ont émergé de la même chrysalide d’outrances que celles adoptées par d’autres pays dans le monde, il est utile de comparer la prohibition édictée au Canada à l’égard des traitements ou peines cruels et inusités à la manière dont les nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne contenant des dispositions qui reflètent étroitement le libellé de l’art. 12 sont interprétés par les tribunaux étrangers. Ainsi que l’a souligné le professeur Dodek, comme les tribunaux sont saisis de problèmes communs, l’examen de la manière dont d’autres tribunaux les ont abordés et solutionnés peut assister les tribunaux canadiens dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire (« Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008 : Limited Engagement and Missed Opportunities » (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 445, p. 454). Autrement dit, [TRADUCTION] « la recherche de la sagesse ne devrait pas se limiter à l’intérieur des frontières nationales » (Hogg, par. 36.9(c)).

[99] La Cour s’est fréquemment appuyée sur des sources de droit international pour l’aider à délimiter la portée et le contenu de droits garantis par la *Charte* (voir, p. ex., *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 79-81; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056-1057; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348-349, le juge en chef Dickson, dissident; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 512). Comme les juges majoritaires l’ont fait remarquer dans *Divito*, de telles sources peuvent souvent être « instructi[ve]s lorsque vient le temps de définir le droit » (par. 22). La juge L’Heureux-Dubé a décrit en particulier le droit international des droits de la personne comme ayant « une incidence cruciale sur l’interprétation de l’étendue des droits garantis par la *Charte* » (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70).

[100] In fact, both those sources which are binding and those which are not have proven to be indispensable in almost all areas of the law (*Oakes*, at pp. 120-21; *Reference re Public Service*, at pp. 348-49, per Dickson C.J., dissenting; *R. v. Smith*, at p. 1061; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 58; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paras. 59-75; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, [2014] 3 S.C.R. 176, at para. 129; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, [2015] 1 S.C.R. 245, at paras. 70-71; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 S.C.R. 386, at paras. 64-67). Significantly, this Court’s use of international and comparative sources in the interpretation of the *Charter* has been lauded internationally (see, e.g., Ran Hirschl, “Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought”, in Richard Albert and David R. Cameron, eds., *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* (2018), 305).

[101] Consideration of international and comparative sources is a standard and accepted practice in this Court’s constitutional interpretation jurisprudence. Between 2000 and 2016, this Court cited 1,791 decisions from foreign courts (Klodian Rado, “The use of non-domestic legal sources in Supreme Court of Canada judgments: Is this the *judicial slowbalization* of the Court?” (2020), 16 *Utrecht L. Rev.* 57 (online), at p. 61). During the same time period, this Court cited treaties on 336 occasions (Rado, at p. 73). Though Canada has not signed the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, this instrument was the second most cited international treaty, and the case law of the European Court of Human Rights — which interprets and applies the *European Convention* — made up one third of the total number of all of this Court’s international court citations (Rado, at pp. 72-75). While international and comparative sources are invaluable to

[100] En fait, tant les sources contraignantes que celles qui ne le sont pas se sont révélées être indispensables dans pratiquement tous les domaines du droit (*Oakes*, p. 120-121; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, p. 348-349, le juge en chef Dickson, dissident; *R. c. Smith*, p. 1061; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 58; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 59-75; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 129; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 70-71; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 64-67). Fait important, l’utilisation par la Cour de sources de droit international et de droit comparé dans l’interprétation de la *Charte* est applaudie à l’échelle internationale (voir, p. ex., Ran Hirschl, « Going Global? Canada as Importer and Exporter of Constitutional Thought », dans Richard Albert et David R. Cameron, dir., *Canada in the World : Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* (2018), 305).

[101] La prise en considération de sources internationales et du droit comparé est une pratique courante et acceptée dans la jurisprudence de notre Cour en matière d’interprétation constitutionnelle. Entre 2000 et 2016, la Cour a fait état de 1 791 décisions de tribunaux étrangers (Klodian Rado, « The use of non-domestic legal sources in Supreme Court of Canada judgments : Is this the *judicial slowbalization* of the Court? » (2020), 16 *Utrecht L. Rev.* 57 (en ligne), p. 61). Pendant la même période, elle s’est référée à des traités à 336 occasions (Rado, p. 73). Bien que le Canada n’ait pas signé l’instrument européen intitulé *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, il s’agit du deuxième traité international le plus souvent cité par la Cour, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme — qui interprète et applique la *Convention* européenne — constituait le tiers du nombre total de toutes les mentions et citations de tribunaux internationaux par notre Cour

this Court's work in all areas of the law,⁴ references by this Court to these sources occurred in constitutional cases more than in any other field (Rado, at p. 75).

[102] This is not quantum physics. Non-binding international sources are “relevant and persuasive”, not obligatory. Simply put, such sources *attract* adherence rather than command it (Dodek (2009), at p. 446). Presumptively narrowing the significance of international and comparative sources, as the majority suggests, does a disservice to our Court's ability to continue to consider them with selective discernment.

[103] The majority acknowledges that this Court has always been willing to treat non-binding international sources as “relevant and persuasive” in *Charter* interpretation (*United States v. Burns*, at para. 80). However, it inexplicably retreats from this long line of jurisprudence and concludes that non-binding sources should only be used to confirm a pre-established interpretation.

[104] This Court has never required that these sources be sorted by weight before being considered;

(Rado, p. 72-75). Les sources internationales et le droit comparé ont certes une valeur inestimable pour le travail de la Cour dans tous les domaines du droit⁴, mais c'est dans les affaires constitutionnelles plus que dans tout autre domaine que celle-ci se réfère à ces sources (Rado, p. 75).

[102] Il ne s'agit pas de physique quantique. Les sources internationales non contraignantes sont « pertinentes et convaincantes », mais non impératives. Pour dire les choses simplement, de telles sources *suscitent* l'adhésion plutôt qu'elles ne la commandent (Dodek (2009), p. 446). Réduire par voie de présomption l'importance des sources de droit international et de droit comparé, ainsi que le suggèrent les juges majoritaires, nuit à la capacité de la Cour de continuer à considérer ces sources en les choisissant avec discernement.

[103] Les juges majoritaires reconnaissent que notre Cour a toujours été disposée à traiter les sources internationales non contraignantes comme étant « pertinentes et convaincantes » dans l'interprétation de la *Charte* (*États-Unis c. Burns*, par. 80). Toutefois, ils s'écartent de façon inexplicquée de ce long courant jurisprudentiel et concluent que les sources non contraignantes ne devraient être utilisées que pour confirmer une interprétation préétablie.

[104] La Cour n'a jamais exigé que ces sources soient triées en fonction de leur poids respectif avant

⁴ The Court has cited comparative legal sources in 50 different fields of both public and private law. The 10 fields of law that have generated the highest number of foreign precedents are: constitutional law, torts, criminal law, insurance, intellectual property, civil procedure, administrative law, evidence, courts and labour law (Rado, Figure 5, at p. 69; see also p. 67). Beyond comparative legal sources, the Court has cited international precedents in 13 different fields of both public and private law: constitutional law, immigration law, criminal law, administrative law, torts, labour law, statutes, civil procedure, intellectual property, courts, evidence, international law, contracts (Rado, Figure 6, at p. 76; see also p. 75) as well as international treaties in constitutional law, intellectual property, international law (public and private), immigration law, administrative law, civil procedure, labour law, statutes, arbitration and in 20 other fields of law (Rado, Figure 7, at p. 76).

⁴ La Cour a fait état de sources de droit comparé dans 50 domaines différents, tant en droit public qu'en droit privé. Les 10 domaines du droit dans lesquels on trouve le plus grand nombre de précédents étrangers sont : le droit constitutionnel, la responsabilité délictuelle, le droit criminel, l'assurance, la propriété intellectuelle, la procédure civile, le droit administratif, la preuve, les tribunaux et le droit du travail (Rado, Figure 5, p. 69; voir aussi p. 67). Au-delà des sources de droit comparé, la Cour s'est référée à des précédents internationaux dans 13 domaines différents du droit public et privé : le droit constitutionnel, le droit de l'immigration, le droit criminel, le droit administratif, la responsabilité délictuelle, le droit du travail, le droit législatif, la procédure civile, la propriété intellectuelle, les tribunaux, la preuve, le droit international, les contrats (Rado, Figure 6, p. 76; voir aussi p. 75) ainsi que les traités internationaux en matière de droit constitutionnel, de propriété intellectuelle, de droit international (public et privé), de droit de l'immigration, de droit administratif, de procédure civile, de droit du travail, de droit législatif, d'arbitrage, ainsi que dans 20 autres domaines du droit (Rado, Figure 7, p. 76).

nor has it ever applied the kind of hierarchical sliding scale of persuasiveness proposed by the majority, segmenting non-binding international and comparative sources into categories worthy of more or less influence. This Court has had no difficulty in the past in deciding which sources it finds to be more relevant and persuasive than others without using a confusing multi-category chart.

[105] It is true that there are those on the United States Supreme Court who have sought to curtail the influence and use of international sources by calling for more particularization about why, how and when those sources are applied (see, for instance, Antonin Scalia, “Keynote Address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts” (2004), 98 *A.S.I.L. Proc.* 305, at p. 307; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), at pp. 622-28, Scalia J., dissenting; Cindy G. Buys, “Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation” (2007), 21 *B.Y.U. J. Pub. L.* 1, at pp. 7-8). Justice Scalia, for example, “argues that interpretation ought to be focused solely on U.S. legal materials because of the practical difficulties created by consulting transnational sources” (Ryan C. Black et al., “Upending a Global Debate: An Empirical Analysis of the U.S. Supreme Court’s Use of Transnational Law to Interpret Domestic Doctrine” (2014), 103 *Geo. L.J.* 1, at pp. 8-9). On the other hand, others, like Justice Breyer, consider that the use of non-binding sources merely “involves opening your eyes to what is going on elsewhere, taking what you learn for what it is worth, and using it as a point of comparison where doing so will prove helpful” (Black, at pp. 8-9).

[106] Narrowing our approach by putting unnecessary barriers in the way of access to international and comparative sources gratuitously threatens to undermine Canada’s leading voice internationally in constitutional adjudication, a role based on its willingness to go wide and deep in the global search for

d’être examinées; elle n’a jamais non plus appliqué le type de hiérarchisation du caractère persuasif proposée par les juges majoritaires, démarche qui segmente les sources de droit international et de droit comparé non contraignantes en catégories se voyant accorder plus ou moins d’influence. Par le passé, notre Cour n’a pas eu de difficulté à décider quelles sont les sources qu’elle considère plus pertinentes et persuasives que d’autres, et ce, sans recourir à une grille déroutante comportant de multiples catégories.

[105] Il est vrai que certains juges de la Cour suprême des États-Unis ont cherché à limiter l’influence et le recours aux sources internationales en requérant qu’on précise davantage pourquoi, quand et comment ces sources sont appliquées (voir, p. ex., Antonin Scalia, « Keynote Address : Foreign Legal Authority in the Federal Courts » (2004), 98 *A.S.I.L. Proc.* 305, p. 307; *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 622-628, le juge Scalia, dissident; Cindy G. Buys, « Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation » (2007), 21 *B.Y.U. J. Pub. L.* 1, p. 7-8). En guise d’exemple, le juge Scalia [TRADUCTION] « fait valoir que l’interprétation ne devrait porter que sur des textes juridiques américains, vu les difficultés pratiques créées par la consultation de sources transnationales » (Ryan C. Black et autres, « Upending a Global Debate : An Empirical Analysis of the U.S. Supreme Court’s Use of Transnational Law to Interpret Domestic Doctrine » (2014), 103 *Geo. L.J.* 1, p. 8-9). En revanche, d’autres, tel le juge Breyer, estiment que le recours à des sources non contraignantes consiste tout simplement « à s’ouvrir à ce qui se passe ailleurs, à apprécier ce qu’on en apprend selon sa valeur et à s’en servir comme élément de comparaison lorsqu’il peut être utile de le faire » (Black, p. 8-9).

[106] Restreindre notre approche en érigeant des obstacles inutiles au recours à des sources de droit international et de droit comparé menace sans justification de saper la voix du Canada comme chef de file international en matière de jurisprudence constitutionnelle, un rôle basé sur la volonté de notre pays

the best intellectual resources it can find, as Professor Ran Hirschl eloquently explains:

The rise of a confident, distinctly Canadian approach to constitutionalism and a corresponding maturation of the Supreme Court, all enriched by general appreciation of and selective engagements with comparative constitutional ideas, mainly in the area of constitutional rights, brought about a sharp decline in judicial reliance on British constitutional ideals and jurisprudence. . . . These changes are closely linked to the 1982 constitutional makeover, but also to broader transformations in Canada's self-perception, sense of collective identity, and the re-conceptualization of its place in the world.

...

. . . a fuller understanding of how Canada has emerged from a humble former British colony into *its current role as comparative constitutional powerhouse* necessitates a broader look at the social and ideational transformation — specifically the profound multicultural and cosmopolitan shift in the national meta-narrative — that Canada has witnessed for more than half a century. [Emphasis added; pp. 305-6 and 317.]

[107] All of the relevant international sources in this case lead to the irrefutable inference that the prohibition against cruel and unusual punishment is about protecting human beings from the infliction of inhuman and degrading punishment. None of them include, or have been held to include, protection for corporations. While this international consensus does not dictate the outcome, it provides compelling and relevant interpretive support. It is part of the development of an international perspective on how rights should be protected, a perspective developed pursuant to the global commitment made in 1945 to internationalize those protections, and a perspective in whose promotion Canada's jurisprudence has played a leading role. Considering what and how laws and decisions have been applied on related questions by other countries and institutions, is part

d'élargir et d'approfondir sa quête mondiale des meilleures ressources intellectuelles qu'il peut trouver, comme l'explique si éloquemment le professeur Ran Hirschl :

[TRADUCTION] L'émergence d'une approche assurée, résolument canadienne, en matière de constitutionnalisme et une maturation correspondante de la Cour suprême, le tout enrichi par une appréciation générale de visions constitutionnelles comparées et d'adhésions sélectives à celles-ci, principalement dans le domaine des droits constitutionnels, a entraîné un déclin marqué de la dépendance des tribunaux à l'égard des idéaux et de la jurisprudence constitutionnels britanniques. [. . .] Ces changements sont étroitement liés aux modifications constitutionnelles de 1982, mais aussi aux très profondes transformations de la perception que le Canada a de lui-même, du sentiment d'identité collective et de la nouvelle façon d'envisager la place qu'il occupe dans le monde.

...

. . . pour mieux comprendre la manière dont le Canada est passé du statut de modeste ex-colonie britannique à *son actuel de contributeur de premier plan en matière de droit constitutionnel comparé*, il nous faut étudier en profondeur la transformation sociale et conceptuelle — particulièrement le profond virage multiculturel et cosmopolite dans le méta-narratif national — que le Canada connaît depuis plus d'un demi-siècle. [Italique ajouté; p. 305-306 et 317.]

[107] Toutes les sources internationales pertinentes en l'espèce mènent à l'inférence irréfutable que l'interdiction des peines cruelles et inusitées vise à protéger les êtres humains contre l'infliction de peines inhumaines et dégradantes. Aucune d'entre elles ne prévoit de protection en faveur des personnes morales, et aucune n'a été jugée comme incluant une telle protection. Bien qu'un tel consensus international ne soit pas déterminant quant au résultat, il apporte néanmoins un appui convaincant et pertinent sur le plan de l'interprétation. Il constitue un aspect de l'élaboration d'une perspective internationale sur la manière dont les droits devraient être protégés, une perspective élaborée dans la foulée de l'engagement mondial pris en 1945 en faveur de l'internationalisation de ces protections, et une perspective à l'égard de laquelle la jurisprudence

not only of an ongoing global judicial conversation, but of the epistemological package constitutional courts routinely rely on.

[108] Turning then to the international context for assessing the purpose of “cruel and unusual treatment or punishment”, we start with Lord Bingham’s observation in *Reyes v. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235, that while s. 12’s international siblings vary in language, a common meaning can be ascribed to their various formulations:

Despite the semantic difference between the expressions “cruel and unusual treatment or punishment” (as in the Canadian Charter and the constitution of Trinidad and Tobago) and “cruel and unusual punishments” (as in the eighth amendment to the United States Constitution) and “inhuman or degrading treatment or punishment” (as in the European Convention), it seems clear that the essential thrust of these provisions, however expressed, is the same, and their meaning has been assimilated.

(para. 30; see also *S. v. Williams*, 1995 (3) S.A. 632 (C.C.), at para. 35.)

[109] The common meaning ascribed by the Privy Council to the various expressions was the one formulated by Lamer J. in *R. v. Smith*:

I would agree with Laskin C.J. in [*Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680], where he defined the phrase “cruel and unusual” as a “compendious expression of a norm”. The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is . . . “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency”. In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

(p. 1072; see also *Reyes*, at para. 30.)

canadienne a joué un rôle de chef de file en tant que promoteur. La prise en compte des lois et de la jurisprudence appliquées sur des questions connexes par d’autres pays et institutions, et de la façon dont elles le sont, constitue non seulement un aspect d’une conversation juridique constante à l’échelle mondiale, mais aussi du vaste contenu épistémologique qu’invoquent couramment les cours constitutionnelles.

[108] Passant maintenant au contexte international pour l’examen de l’objet des « traitements ou peines cruels et inusités », je commence par l’observation de Lord Bingham dans *Reyes c. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235, suivant laquelle, bien que le libellé des équivalents internationaux de l’art. 12 varient, un sens commun peut être donné à leurs diverses formulations :

[TRADUCTION] Malgré la différence sémantique entre les expressions « traitements ou peines cruels et inusités » (dans la Charte canadienne et la Constitution de Trinité-et-Tobago par exemple), « peines cruelles et inusitées » (dans le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis) et « peines ou traitements inhumains ou dégradants » (dans la Convention européenne), il semble clair que l’idée maîtresse de ces dispositions, quelle que soit la manière dont elles sont exprimées, est la même, et que leur sens a été assimilé.

(par. 30; voir aussi *S. c. Williams*, 1995 (3) S.A. 632 (C.C.), par. 35.)

[109] Le sens commun que le Conseil privé a donné aux diverses formulations était celui qu’avait formulé le juge Lamer dans *R. c. Smith* :

Je suis d’accord avec ce que dit le juge en chef Laskin dans l’arrêt [*Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680] lorsqu’il définit les termes « cruels et inusités » comme la « formulation concise d’une norme ». Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 de la *Charte* consiste [. . .] à se demander « si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. » En d’autres termes, bien que l’État puisse infliger une peine, l’effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

(p. 1072; voir aussi l’arrêt *Reyes*, par. 30.)

[110] Article 5 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), states that “[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. While there does not appear to be any judicial authority directly considering whether art. 5 applies to corporations, there are compelling reasons to believe it does not. As a whole, the *Universal Declaration of Human Rights*, as its title suggests, was intended to apply to human beings (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, *Who Turned Multinational Corporations into Bearers of Human Rights? On the Creation of Corporate “Human” Rights in International Law*, by Silvia Steininger and Jochen von Bernstorff, September 25, 2018 (online), at p. 5). Moreover, its adoption in a post-Second World War context, as well as its preamble which references human dignity, offer no basis to conclude that its art. 5 could apply to corporations.

[111] Article 7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, which Canada ratified on May 19, 1976, includes the same prohibition against “torture [and] cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. The United Nations Human Rights Committee identified the purpose of article 7 as being “to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual” (*General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) (1992)*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. 1, p. 200 (2008), at para. 2). It noted that “[t]he prohibition in art. 7 is complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the [*Covenant*] which stipulates that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person” (para. 2).

[112] Since the preamble of the *Covenant* asserts that human rights “derive from the inherent dignity of the human person”, it is not surprising that the Human Rights Committee accepts complaints only from people (*A newspaper publishing company v. Trinidad and Tobago*, Communication No. 360/1989, reported

[110] L’article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), dispose que « [n]ul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Bien qu’il ne semble pas y avoir de précédent judiciaire qui examine explicitement la question de savoir si l’art. 5 s’applique aux personnes morales, il existe des raisons impérieuses de croire que tel n’est pas le cas. Dans l’ensemble, la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, comme le suggère son titre, est censée s’appliquer aux êtres humains (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, *Who Turned Multinational Corporations into Bearers of Human Rights? On the Creation of Corporate “Human” Rights in International Law*, par Silvia Steininger et Jochen von Bernstorff, 25 septembre 2018 (en ligne), p. 5). En outre, son adoption dans la foulée de la Deuxième Guerre mondiale, ainsi que son préambule qui fait mention de la dignité humaine, ne permettent pas de conclure que son art. 5 peut s’appliquer aux personnes morales.

[111] L’article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, que le Canada a ratifié le 19 mai 1976, comprend la même interdiction visant la « torture [et les] peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a affirmé que l’article 7 « a pour but de protéger la dignité et l’intégrité physique et mentale de l’individu » (*Observation générale n° 20 : Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) (1992)*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev. 9, vol. 1, p. 200 (2008), par. 2). Il a souligné que « [l]’interdiction faite à l’article 7 est complétée par les dispositions positives du paragraphe 1 de l’article 10 du [*Pacte*], qui précise que “toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine” » (par. 2).

[112] Comme le préambule du *Pacte* énonce que les droits de l’homme « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine », il n’est guère surprenant que le Comité des droits de l’homme accepte uniquement les plaintes émanant de personnes physiques (*Une société d’édition c. Trinité-et-Tobago*,

in U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40), at para. 3.2; *A publication and a printing company v. Trinidad and Tobago*, Communication No. 361/1989, reported in U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40), at para. 3.2; *V.S. v. Belarus*, Communication No. 1749/2008, reported in U.N. Doc. CCPR/C/103/D (2011), at para. 7.3; *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, May 26, 2004, at para. 9).

[113] Article 5(2) of the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, which applies to approximately 24 countries in the Americas, similarly provides that: “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”. The language of art. 1(2) states that “for the purposes of this Convention, ‘person’ means every human being”. The Inter-American Court of Human Rights, the adjudicative body responsible for enforcing the *American Convention on Human Rights*, has held that the purpose of the *American Convention* was the “protection of the fundamental rights of human beings” (Angela B. Cornell, “Inter-American Court Recognizes Elevated Status of Trade Unions, Rejects Standing of Corporations” (2017), 3 *Intl Labor Rights Case L.* 39, at p. 40, citing *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Advisory Opinion OC-22/16, February 26, 2016, at paras. 42-43).

[114] The European *Convention* is the only international human rights treaty that has been interpreted to include corporate rights (Julian G. Ku, “The Limits of Corporate Rights Under International Law” (2012), 12 *Chi. J. Int’l L.* 729, at p. 754).

[115] Notably, however, art. 3, which states that “[n]o one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”, has been held *not* to apply to corporations. In *Kontakt-Information-Therapie v. Austria*, Application

Communication n° 360/1989, rapportée dans Doc. N.U. Supp. n° 40 (A/44/40), par. 3.2; *Une société d’édition et une société d’impression c. Trinité-et-Tobago*, Communication n° 361/1989, rapportée dans Doc. N.U. Supp. n° 40 (A/44/40), par. 3.2; *V.S. c. Bélarus*, Communication n° 1749/2008, rapportée dans Doc. N.U. CCPR/C/103/D (2011), par. 7.3; *Observation générale n° 31 : La nature et l’obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 9).

[113] Le paragraphe 5(2) de la *Convention américaine relative aux droits de l’homme*, 1144 R.T.N.U. 123, qui s’applique à environ 24 pays des Amériques, dispose pareillement ce qui suit : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine ». Le libellé du par. 1(2), dispose qu’ « [a]ux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne ». La Cour interaméricaine des droits de l’homme, l’organisme juridictionnel chargé de faire respecter la *Convention américaine relative aux droits de l’homme*, a statué que la *Convention américaine* avait pour objet la « protection des droits fondamentaux des êtres humains » (Angela B. Cornell, « Inter-American Court Recognizes Elevated Status of Trade Unions, Rejects Standing of Corporations » (2017), 3 *Intl Labor Rights Case L.* 39, p. 40, citant *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Avis consultatif OC-22/16, 26 février 2016, par. 42-43).

[114] La *Convention* européenne est le seul traité international sur les droits de l’homme qui a été interprété comme englobant les droits des personnes morales (Julian G. Ku, « The Limits of Corporate Rights Under International Law » (2012), 12 *Chi. J. Int’l L.* 729, p. 754).

[115] Il convient toutefois de noter qu’il a été jugé que l’art. 3 — qui dispose que « [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » — *ne s’applique pas* aux personnes morales. Dans l’arrêt

No. 11921/86, October 12, 1988, D.R. 57, p. 81 (“*KIT*”), the European Commission of Human Rights explained this conclusion when it stated that the right not to be subjected to degrading treatment or punishment under art. 3 was “by [its] very nature not susceptible of being exercised” by a corporation (p. 88).

[116] More recently, the European Court of Human Rights, applying *KIT*, called it “inconceivable” that a corporation could complain of attacks to its physical and mental integrity under art. 3 (*Identoba v. Georgia*, Application No. 73235/12, May 12, 2015 (HUDOC), at para. 45).

[117] Article 16(1) of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36, which provides that state parties “undertake to prevent in any territory under [their] jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1”, has also never been extended to include corporations. Not only does the preamble recognize that human rights “derive from the inherent dignity of the human person”, art. 1 defines torture with reference to “severe pain or suffering, whether physical or mental”.

[118] A review of foreign domestic law, while not determinative, also supports an interpretation of s. 12 of the *Charter* which excludes protections for corporations. Section 12(1)(e) of the South African Constitution, for example, mirrors the language in s. 12 of the *Charter*. Interpreting this provision, the South African Constitutional Court concluded that the right of “everyone . . . not to be treated or punished in a cruel, inhuman, or degrading way”, rests on the foundation of human dignity. In *Williams*, the Constitutional Court invalidated juvenile whipping provisions, connecting the dots between the Eighth Amendment of the United States Constitution, s. 12 of the Canadian *Charter*, and other international

Kontakt-Information-Therapie c. Autriche, requête n° 11921/86, 12 octobre 1988, D.R. 57, p. 81 (« *KIT* »), la Commission européenne des droits de l’homme a justifié une telle conclusion en affirmant que le droit de ne pas être soumis à des peines ou traitements dégradants prévu à l’art. 3 « [n’est] pas, par nature, susceptible [. . .] d’être exercé » par une personne morale (p. 88).

[116] Plus récemment, appliquant l’arrêt *KIT*, la Cour européenne des droits de l’homme a jugé qu’il était [TRADUCTION] « inconcevable » qu’une personne morale puisse se plaindre d’atteintes à son intégrité physique et mentale pour l’application de l’art. 3 (*Identoba c. Georgia*, Application n° 73235/12, 12 mai 2015 (HUDOC), par. 45).

[117] Le champ d’application du par. 16(1) de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, qui dispose que les États parties « s’engag[ent] à interdire dans tout territoire sous [leur] juridiction d’autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu’elle est définie à l’article premier », n’a jamais été élargi aux personnes morales. Non seulement le préambule reconnaît que les droits de l’homme « procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine », mais l’article premier définit la torture en faisant référence à « une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ».

[118] L’examen du droit interne étranger, bien qu’il ne soit pas déterminant, appuie aussi une interprétation de l’art. 12 de la *Charte* qui a pour effet d’exclure l’existence d’une protection en faveur des personnes morales. En guise d’exemple, l’al. 12(1)(e) de la Constitution de l’Afrique du Sud reflète le libellé de l’art. 12 de la *Charte*. Interprétant cette disposition, la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud a conclu que le droit de [TRADUCTION] « chacun de ne pas être traité ou puni de façon cruelle, inhumaine ou dégradante » est fondé sur la dignité humaine. Dans l’arrêt *Williams*, la Cour constitutionnelle a invalidé les dispositions relatives à la peine de fouet imposée aux jeunes, établissant

instruments to unite them in protecting “human dignity”. As Langa J. observed:

Whether one speaks of “cruel and unusual punishment” as in the Eighth Amendment of the United States Constitution and in art 12 of the Canadian Charter, or “inhuman or degrading punishment” as in the European Convention and the Constitution of Zimbabwe, or “cruel, inhuman or degrading punishment”, as in the Universal Declaration of Human Rights, the ICCPR and the Constitution of Namibia, the common thread running through the assessment of each phrase is the identification and acknowledgement of society’s concept of decency and human dignity. [para. 35]

[119] The Constitutional Court held that juvenile whipping, “involving as it does the deliberate infliction of physical pain on the person of the accused, offends society’s notions of decency and is a direct invasion of the right which every person has to human dignity” (para. 39; see also *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) S.A. 391 (C.C.); *S. v. Dodo*, 2001 (3) S.A. 382 (C.C.)).

[120] The *New Zealand Bill of Rights Act 1990* has a similar provision in s. 9, which states:

Everyone has the right not to be subjected to torture or to cruel, degrading, or disproportionately severe treatment or punishment.

[121] The New Zealand Supreme Court considered this provision in *Taunoa v. Attorney-General*, [2008] 1 N.Z.L.R. 429, dealing with the treatment of prisoners held under a program operated in Auckland Prison by the Department of Corrections called the “Behaviour Management Regime”. Segregation was at the heart of the program, which was known for imposing the most stringent conditions found in the New Zealand prison system. While a majority of the court did not find a breach of s. 9, both the majority

des liens entre le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis, l’art. 12 de la *Charte canadienne* et d’autres instruments internationaux, pour conclure que toutes ces dispositions avaient en commun la protection de la « dignité humaine ». Comme l’a affirmé le juge Langa :

[TRADUCTION] Qu’il soit question de « peine cruelle et inusitée », comme dans le Huitième amendement de la Constitution des États-Unis et dans l’art. 12 de la *Charte canadienne*, ou de « peines inhumaines ou dégradantes », comme dans la Convention européenne et dans la Constitution du Zimbabwe, ou de « peine cruelle, inhumaine ou dégradante », comme dans la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, le PIRDCP et la Constitution de la Namibie, le dénominateur commun du critère d’évaluation qui se dégage de chaque formulation est la description et la reconnaissance de l’idée que se fait la société de la décence et de la dignité humaine. [par. 35]

[119] La Cour constitutionnelle a décidé que la peine de fouet infligée aux jeunes, [TRADUCTION] « parce qu’elle entraîne l’infliction délibérée de douleurs physiques à l’accusé, va à l’encontre de l’idée de la décence au sein de la société et constitue une atteinte directe au droit que chaque personne possède à la dignité humaine » (par. 39; voir aussi *S. c. Makwanyane*, 1995 (3) S.A. 391 (C.C.); *S. c. Dodo*, 2001 (3) S.A. 382 (C.C.)).

[120] Le *New Zealand Bill of Rights Act 1990* contient une disposition similaire, l’art. 9, qui est rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Chacun a droit à la protection contre la torture ou les traitements ou peines cruels, dégradants ou disproportionnellement sévères.

[121] La Cour suprême de la Nouvelle-Zélande a examiné cette disposition dans l’arrêt *Taunoa c. Attorney-General*, [2008] 1 N.Z.L.R. 429, concernant le traitement réservé aux détenus dans le cadre d’un programme appelé le [TRADUCTION] « Régime de gestion du comportement », administré par le ministère des services correctionnels à la prison d’Auckland. L’isolement était un aspect central de ce programme, connu du fait qu’il imposait les conditions les plus strictes du régime carcéral

and dissent emphasized that the purpose of the provision was to protect the dignity and worth of humans. Tipping J., writing as part of the majority, concluded that while s. 9 was not breached, it should be understood as “prohibiting inhuman treatment, that is, treating a person as less than human” (para. 297). Similarly, McGrath J., in the majority, expressed the view that its purpose is “universal protection against any form of treatment by the State which is incompatible with the dignity and worth of the human person” (para. 338).

[122] Elias C.J., in dissent, found that s. 9, like its equivalents in the United States, Canada and Europe, is concerned with inhuman treatment, which “amounts to denial of humanity” (paras. 79-80). Inhuman treatment, she added, “is treatment that is not fitting for human beings” (para. 80). And in observing that the Canadian *Charter*’s s. 12 provision is a “compendious expression of a norm”, Elias C.J. viewed this norm “as proscribing any treatment that is incompatible with humanity” (para. 82).

[123] Internationally, then, it is widely acknowledged that the right to be free from cruel and unusual punishment is intended to protect human dignity by prohibiting degrading, inhuman, or dehumanizing treatment or punishment that causes physical or mental pain and suffering.

[124] This global unity is not surprising. As Professor Anna Grear noted, “international human rights law arguably emerged from an instinct to protect the human — precisely because it is human — as a reaction to the Nazi genocide — at the end of the Second World War” (“Human Rights — Human

néo-zélandais. Bien que les juges majoritaires n’aient pas conclu à l’existence d’une violation de l’art. 9, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont souligné que cette disposition a pour objet la protection de la dignité et la valeur des êtres humains. Dans des motifs rédigés en tant que juge majoritaire, le juge Tipping a conclu que malgré l’absence de violation de l’art. 9, cette disposition devait être considérée comme ayant pour effet [TRADUCTION] « [d’]interdire les traitements inhumains, c’est-à-dire le fait de traiter une personne comme si elle était moins qu’un être humain » (par. 297). S’exprimant dans le même sens, le juge McGrath, l’un des juges majoritaires, a dit être d’avis que la disposition avait pour objet d’assurer une [TRADUCTION] « protection universelle contre toute forme de traitement imposée par l’État qui est incompatible avec la dignité et la valeur de la personne humaine » (par. 338).

[122] La juge en chef Elias, dissidente, a conclu que, à l’instar des dispositions correspondantes aux États-Unis, au Canada et en Europe, l’art. 9 visait les traitements inhumains qui [TRADUCTION] « équivalent à un déni de l’humanité » (par. 79-80). Un traitement inhumain, a-t-elle ajouté, [TRADUCTION] « est un traitement qu’il ne convient pas d’infliger à un être humain » (par. 80). Qui plus est, faisant observer que l’art. 12 de la *Charte* canadienne constitue [TRADUCTION] « l’expression concise d’une norme », la juge en chef Elias a considéré que cette norme « prohibait tout traitement incompatible avec l’humanité » (par. 82).

[123] Sur le plan international, donc, il est largement reconnu que le droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées vise à protéger la dignité humaine en prohibant l’infliction de peines ou traitements dégradants, inhumains ou déshumanisants qui causent des douleurs et des souffrances physiques ou morales.

[124] Une telle unité à l’échelle mondiale n’est guère surprenante. Comme l’a souligné la professeure Anna Grear [TRADUCTION], « [i]l est possible de soutenir que le droit international des droits de la personne est né du désir instinctif de protéger l’être humain — précisément parce qu’il est humain — en

Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, the Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory” (2006), 17 *Law Critique* 171 (online), at p. 173). Human rights, read in this light, “represent a mode of archetypal resistance to suffering” (Gear, at p. 174). In other words, there is a reason they are called *human rights*.

[125] Ever since *Oakes*, where the Court said it was guided by “respect for the inherent dignity of the human person” as a value essential to a free and democratic society (p. 136), it has explicitly stated that “the protection of all of the rights guaranteed by the *Charter* has as its lodestar the promotion of *human dignity*” (*R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 21 (emphasis added)).

[126] Turning to s. 12’s purpose by looking at “the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*” (*Big M Drug Mart*, at p. 344), s. 12 is grouped, along with ss. 7 to 11 and 13 to 14, under the heading “Legal Rights” (“*Garanties juridiques*”). All legal rights, as Lamer J. declared, “have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in ‘the dignity and worth of the human person’ (preamble to the *Canadian Bill of Rights* . . .) and on the ‘rule of law’ (preamble to the *Canadian Charter* . . .)” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503).

[127] The broad purposes of the legal rights in ss. 7 to 14 were described by McLachlin J. as being two-fold, “to preserve the rights of the detained individual and to maintain the repute and integrity of our system of justice” (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 179). These rights were “designed to ensure that individuals suspected of crime are dealt with fairly and humanely” (Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (6th ed. 2017),

réaction au génocide nazi — à la fin de la Deuxième Guerre mondiale » (« Human Rights — Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, the Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory » (2006), 17 *Law Critique* 171 (en ligne), p. 173). Considérés sous cet angle, les droits de la personne [TRADUCTION] « représentent un mode de résistance archétypal à la souffrance » (Gear, p. 174). Autrement dit, il y a une raison pour laquelle on les nomme droits *humains*.

[125] Depuis le prononcé de l’arrêt *Oakes*, dans lequel notre Cour a affirmé être guidée par « le respect de la dignité inhérente de l’être humain » comme valeur essentielle à une société libre et démocratique (p. 136), cette dernière a explicitement déclaré que « la protection de tous les droits garantis par la *Charte* est guidée par la promotion de la dignité de l’être *humain* » (*R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 21 (italique ajouté)).

[126] Si l’on examine l’objet de l’art. 12 au regard « du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M Drug Mart*, p. 344), l’art. 12 fait partie, avec les art. 7 à 11 et 13 à 14, des dispositions regroupées sous l’intertitre « Garanties juridiques » (« *Legal Rights* »). Comme l’a déclaré le juge Lamer, toutes les garanties juridiques « ont été reconnu[e] s comme des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice fondé sur la foi en “la dignité et la valeur de la personne humaine” (préambule de la *Déclaration canadienne des droits* . . .) et en “la primauté du droit” (préambule de la *Charte canadienne* . . .) » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503).

[127] De façon générale, a indiqué le juge McLachlin, les garanties juridiques prévues aux art. 7 à 14 poursuivent un double objet, à savoir « celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l’intégrité de notre système de justice et la considération dont il jouit » (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 179). Ces garanties ont été [TRADUCTION] « conçues pour faire en sorte que les personnes soupçonnées d’avoir commis une

at p. 292; see also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503). They are, as Martin J. has recently put it, “the core tenets of fairness in our criminal justice system” (*Poulin*, at para. 5).

[128] Only ss. 8 and 11(b) within the ss. 7 to 14 grouping have been found by this Court to apply to corporations. In *Hunter*, the Court accepted, without discussion or explanation, that the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure could apply to corporations. Subsequently, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 521-22, La Forest J. noted that an unlawful search or seizure could have a significant impact on the privacy rights of individuals within a corporation. He noted that since “[p]eople . . . think of their own offices as personal space in a manner somewhat akin to the way in which they view their homes, and act accordingly”, the requirement to submit to a search of business premises could “amount to a requirement to reveal aspects of one’s personal life to the chilling glare of official inspection” (pp. 521-22).

[129] The inference that breaches of s. 8 can have a direct impact on an individual in a corporation, however, is not logically available under s. 12. The individuals within the corporation are not the subject of any treatment or punishment imposed on the corporate entity. This is reinforced by the corporation’s separate legal personality, as stressed by Lamer C.J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154:

The corporate form of business organization is chosen by individuals because of its numerous advantages (legal and

infraction criminelle soient traitées équitablement et avec humanité » (Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (6^e éd. 2017), p. 292; voir également *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503). Ainsi que l’a exprimé récemment la juge Martin, ces garanties représentent « les préceptes fondamentaux d’équité dans notre système de justice pénale » (*Poulin*, par. 5).

[128] Parmi le groupe de dispositions constitué des art. 7 à 14, l’art. 8 et l’al. 11b) sont les seuls qui ont été jugés applicables aux personnes morales par notre Cour. Dans l’arrêt *Hunter*, la Cour a accepté, sans analyse ni explication, que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti à l’art. 8 pouvait s’appliquer aux personnes morales. Par la suite, dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 521-522, le juge La Forest a souligné que les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives pouvaient avoir une incidence importante sur les droits à la protection de la vie privée de particuliers au sein d’une personne morale. Il a affirmé que, parce que « [l]es gens [. . .] perçoivent [leurs bureaux] comme un endroit personnel, un peu comme ils perçoivent leur domicile, et agissent en conséquence », l’obligation de subir la perquisition des locaux de l’entreprise peut « revenir à obliger le particulier à révéler des aspects de sa vie privée au regard froid de fonctionnaires » (p. 521-522).

[129] Toutefois, l’inférence selon laquelle des violations de l’art. 8 peuvent avoir une incidence directe sur un particulier au sein d’une personne morale ne peut logiquement être tirée dans le contexte de l’art. 12. Ces particuliers ne sont pas assujettis à quelque peine ou traitement infligé à la personne morale. Cette conclusion est renforcée par la personnalité juridique distincte de la personne morale, comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 :

Les particuliers choisissent la constitution d’une société par actions parce qu’elle comporte de nombreux avantages

otherwise). Those who cloak themselves in the corporate veil, and who rely on the legal distinction between themselves and the corporate entity when it is to their benefit to do so should not be allowed to deny this distinction in these circumstances (where the distinction is not to their benefit). [pp. 182-83]

[130] In *CIP*, the Court extended the s. 11(b) right to be tried within a reasonable time to corporations on the basis that any accused, corporate or human, has, as Stevenson J. said, “a legitimate interest in being tried within a reasonable time”, and the right to a fair trial (p. 856; see also pp. 857-59). He acknowledged, however, that some of the harms of a pending criminal accusation, such as “stigmatization of the accused, loss of privacy, *stress and anxiety* resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work” were not “concerns [that] logically appl[ie]d to corporate entities” (p. 862 (emphasis added), citing *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 920). As a result, he concluded that a corporation could not rely on a presumption of prejudice.

[131] Just as corporations cannot experience human reactions such as stress or anxiety, neither can they experience suffering, since, as Chamberland J.A. noted [TRANSLATION] “Suffering, whether physical or mental, is unique to living beings, not corporate entities and inanimate objects” (para. 56).

[132] Significantly, corporations have been found *not* to be included under both ss. 7 and 11(c). In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, the Court concluded that the s. 11(c) right not to be compelled to be a witness in proceedings does not apply to corporations. Sopinka J. concluded that since a corporation cannot testify, the right of an accused person not to be compelled to be a witness against himself in s. 11(c) is not available to a corporation. Applying

(juridiques et autres). Ceux qui recourent au paravent de la personnalité morale et qui invoquent la distinction juridique entre eux-mêmes et la personne morale quand ils peuvent en tirer profit, ne doivent pas être autorisés à nier cette distinction dans les circonstances qui nous occupent (lorsque la distinction n’opère pas à leur avantage). [p. 182-183]

[130] Dans l’arrêt *CIP*, la Cour a élargi aux personnes morales le droit garanti à l’al. 11b) d’être jugé dans un délai raisonnable, au motif que tout accusé — qu’il s’agisse d’une personne morale ou d’une personne physique — a, comme l’a affirmé le juge Stevenson, « légitimement intérêt à être jugé [. . .] dans un délai raisonnable », et a droit à un procès équitable (p. 856; voir aussi p. 857-859). Toutefois, il a reconnu que certains préjudices causés par une accusation criminelle pendante, par exemple « la stigmatisation de l’accusé, l’atteinte à la vie privée, *la tension et l’angoisse* résultant d’une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle » n’étaient pas des « préoccupations s’appliqu[ant] logiquement aux personnes morales » (p. 862 (je souligne), citant *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 920). Par conséquent, il a conclu qu’une personne morale ne pouvait pas invoquer une présomption de préjudice.

[131] Tout comme les personnes morales ne peuvent pas éprouver de réactions humaines comme la tension ou l’angoisse, elles ne peuvent pas non plus éprouver de souffrances, puisque, comme l’a indiqué le juge d’appel Chamberland, « [l]a souffrance, physique ou mentale, est le propre des êtres vivants, et non des entités corporatives et des objets inanimés » (par. 56).

[132] Fait important, il a été jugé que les personnes morales *ne* sont *pas* visées tant à l’art. 7 qu’à l’al. 11c). Dans l’arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, notre Cour a conclu que le droit que reconnaît l’al. 11c) à un inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée ne s’applique pas aux personnes morales. Le juge Sopinka a statué que, comme une personne morale ne peut pas témoigner, elle ne peut

a purposive interpretation to s. 11(c), Sopinka J. was of the view that it was “intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth” (p. 40). In his words, “it would strain the interpretation of s. 11(c) if an artificial entity were held to be a witness” (p. 39).

[133] In concluding that s. 7, which protects against deprivations of life, liberty and security of the person, does not apply to corporations (*Irwin Toy*, at p. 1004), Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ., for the Court, expressed their resistance to applying s. 7 to corporations as follows:

In our opinion, a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. First, we would have to conceive of a manner in which a corporation could be deprived of its “life, liberty or security of the person”. We have already noted that it is nonsensical to speak of a corporation being put in jail.

...

... A plain, common sense reading of the phrase “Everyone has the right to life, liberty and security of the person” serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. [pp. 1003-4]

[134] The Court in *Irwin Toy* also concluded that bankruptcy and winding up proceedings did not engage s. 7, because that “would stretch the meaning of the right to life beyond recognition” (p. 1003). And it rejected the argument that corporations should be protected against deprivations of economic liberty:

The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of “security of the person” has, in our estimation, a dual effect. First, it leads to a general inference that economic rights as generally encompassed

pas se prévaloir du droit que l’al. 11c) garanti à tout inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même. Appliquant à l’al. 11c) une interprétation fondée sur l’objet visé par cette disposition, le juge Sopinka a exprimé l’avis que l’al. 11c) « vise à protéger l’individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d’obliger la personne inculpée à témoigner elle-même » (p. 40). Pour reprendre les termes qu’il a utilisés, « ce serait forcer l’interprétation de l’al. 11c) que de conclure qu’une entité artificielle est un témoin » (p. 39).

[133] Lorsqu’ils ont conclu que l’art. 7, qui protège contre les atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ne s’applique pas aux personnes morales (*Irwin Toy*, p. 1004), le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, rédigeant pour la Cour, ont exprimé ainsi leur réticence à appliquer l’art. 7 aux personnes morales :

À notre avis, une société ne peut invoquer la protection qu’offre l’art. 7 de la *Charte*. Premièrement, nous aurions à établir de quelle manière une société peut être privée du droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Nous avons déjà souligné que c’est un non-sens de dire d’une société qu’elle est condamnée à l’emprisonnement.

...

... Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » fait ressortir l’élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. [p. 1003-1004]

[134] Dans l’arrêt *Irwin Toy*, la Cour a conclu en outre qu’une procédure de faillite et de liquidation ne faisait pas intervenir l’art. 7, car tirer la conclusion contraire « reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie » (p. 1003). De plus, elle a rejeté l’argument voulant que les personnes morales doivent être protégées contre les privations liées à la liberté économique :

À notre avis, l’exclusion intentionnelle de la propriété de l’art. 7 et son remplacement par la « sécurité de sa personne » a un double effet. Premièrement, cela permet d’en déduire globalement que les droits économiques,

by the term “property” are not within the perimeters of the s. 7 guarantee. . . . In so stating, we find the second effect of the inclusion of “security of the person” to be that a corporation’s economic rights find no constitutional protection in that section.

That is, read as a whole, it appears to us that this section was intended to confer protection on a *singularly human level*. [Underlining in original; italics added; pp. 1003-4.]

[135] As in *Irwin Toy*, the purpose of s. 12 is to confer protection on a “singularly human level”. In line with the global consensus, its purpose is to prevent the state from inflicting physical or mental pain and suffering through degrading and dehumanizing treatment or punishment. It is meant to protect human dignity and respect the inherent worth of individuals. To paraphrase Sopinka J. in *Amway Corp.*, it would strain the interpretation of cruel and unusual treatment or punishment under s. 12 if a corporation, an artificial entity, could be said to experience it.

[136] Corporations are, without question, entitled to robust legal protection, constitutional or otherwise. But protection for a quality it does not have, namely, human dignity or the ability to experience psychological or physical pain and suffering, is a remedy without a right. Since it cannot be said that corporations have an interest that falls within the purpose of the guarantee, they do not fall within s. 12’s scope.

[137] Accordingly, I would allow the appeal.

English version of the reasons delivered by

[138] KASIRER J. — For the reasons given by Chamberland J.A., and with respect for those of a different opinion, I share my colleagues’ view

généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de la garantie de l’art. 7 . . . Ce faisant, nous concluons que l’inclusion de l’expression « sécurité de sa personne » à l’art. 7 a comme deuxième effet de n’accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d’une société.

En effet, il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d’accorder une protection à un *niveau individuel seulement*. [Soulignement dans l’original; italique ajouté; p. 1003-1004.]

[135] Tout comme dans l’arrêt *Irwin Toy*, l’art. 12 a pour objet d’accorder une protection à un « niveau individuel seulement ». En conformité avec le consensus mondial à cet égard, l’objet de cette disposition consiste à interdire à l’État d’infliger des douleurs et des souffrances physiques ou morales au moyen de traitements ou peines dégradants et déshumanisants. Cet article vise à protéger la dignité humaine et à respecter la valeur inhérente des individus. Pour paraphraser les propos du juge Sopinka dans l’arrêt *Amway Corp.*, ce serait forcer l’interprétation de la notion de traitements ou peines cruels et inusités visée à l’art. 12 s’il était possible de soutenir qu’une personne morale, une entité artificielle, puisse subir de tels traitement ou peines.

[136] Les personnes morales ont indubitablement droit à une robuste protection juridique, constitutionnelle ou autre. Mais la protection d’un attribut que ne possèdent pas les personnes morales, à savoir la dignité humaine ou la capacité d’éprouver des douleurs ou souffrances physiques ou psychologiques, c’est un recours sans droit. Comme il est impossible d’affirmer que les personnes morales possèdent un intérêt relevant de l’objet de la garantie prévue à l’art. 12, elles ne relèvent donc pas du champ d’application de cette disposition.

[137] Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

[138] LE JUGE KASIRER — Pour les motifs exprimés par le juge Chamberland de la Cour d’appel, et avec égards pour l’avis contraire, j’estime, comme

that the appeal must be allowed. I fully agree with Chamberland J.A. that the respondent, 9147-0732 Québec inc., a corporation, cannot avail itself of the protection of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to challenge the constitutionality of s. 197.1 of the *Building Act*, CQLR, c. B-1.1.

[139] Starting, quite rightly, from the language of s. 12, as Abella J. and Brown and Rowe JJ. propose to do in their respective reasons, Chamberland J.A. pointed to the word “cruel” and reasoned that it would distort the ordinary meaning of the words to say that it is possible to be cruel to a corporate entity (2019 QCCA 373, at para. 53 (CanLII)). I agree.

[140] He was careful to adhere to the principle that *Charter* rights must be given a large, liberal and purposive interpretation, a principle whose relevance was emphasized again recently by Wagner C.J. in *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2020 SCC 13, [2020] 1 S.C.R. 681, at para. 4. At the conclusion of his analysis based primarily on the decisions of this Court, including *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Chamberland J.A. found that, although the scope of s. 12 has been broadened over the years, [TRANSLATION] “its evolution is still concerned only with human beings (human dignity) and provides no basis . . . for extending its application to corporations” (para. 59). He further reasoned that “[t]he assertion that no one is to be subjected to cruel treatment or punishment cannot be dissociated from the concept of human dignity” (para. 59). In arriving at this interpretation of s. 12 — unassailable, in my opinion — Chamberland J.A. also relied on sources drawn from domestic law and international law, an approach perfectly in keeping with the principles of *Charter* interpretation.

[141] With regard to the ground of appeal that a corporation might enjoy the protection of s. 12 through the natural persons closely related to it, Chamberland J.A. relied on this Court’s decisions,

mes collègues, que l’appel doit être accueilli. Je partage en tous points l’avis du juge Chamberland selon lequel l’intimée 9147-0732 Québec inc., une personne morale, ne peut bénéficier de la protection de l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour contester la constitutionnalité de l’art. 197.1 de la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1.

[139] Partant, à bon droit, du libellé de l’art. 12, comme le préconisent la juge Abella ainsi que les juges Brown et Rowe dans leurs motifs respectifs, le juge Chamberland y relève le mot « cruels » et raisonne que ce serait dénaturer le sens commun des mots que de dire que l’on peut faire preuve de cruauté envers une entité corporative (2019 QCCA 373, par. 53 (CanLII)). Je partage son avis.

[140] Il prend soin de s’en tenir au principe selon lequel les droits conférés par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale en fonction de l’objectif visé, principe dont la pertinence a été soulignée encore récemment par le juge en chef Wagner dans l’arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, [2020] 1 R.C.S. 681, par. 4. Au terme de son analyse qui s’appuie d’abord sur la jurisprudence de notre Cour, dont notamment l’arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Chamberland conclut que, malgré un élargissement de la portée de l’art. 12 au fil des ans, « son évolution ne s’intéresse toujours qu’à l’être humain (la dignité humaine) et ne permet pas [. . .] d’en étendre l’application aux personnes morales » (par. 59). Il poursuit son raisonnement en précisant que « [l]’affirmation voulant que nul ne soit soumis à un traitement ou une peine cruel est indissociable de la dignité humaine » (par. 59). Pour en arriver à cette lecture de l’art. 12 — à mon avis sans reproche — le juge Chamberland s’appuie aussi sur des sources tirées du droit interne et du droit international, une démarche en parfait accord avec les principes d’interprétation de la *Charte*.

[141] Quant au moyen d’appel selon lequel une personne morale pourrait, par l’entremise des personnes physiques qui lui sont intimement liées, bénéficier de la protection de l’art. 12, le juge

but also on English case law and the *Civil Code of Québec*, to explain in a compelling manner that the respondent was [TRANSLATION] “asserting rights here that are not its own” (para. 75). Again, no error has been shown.

[142] In this case, all the relevant factors are to the same effect, indicating that the protection offered by s. 12 does not extend to corporations. I therefore find it unnecessary to consider questions relating to the proper approach to constitutional interpretation or the place of international law and comparative law in that approach any further. In my view, Chamberland J.A.’s reasons permit us to conclude, without saying more, that the appeal must be allowed.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the appellant the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitors for the respondent: Services juridiques de l’APCHQ inc., Québec.

Solicitors for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gib van Ert Law, Ottawa.

Chamberland invoque la jurisprudence de notre Cour, mais aussi la jurisprudence anglaise et le *Code civil du Québec*, pour expliquer, de manière percutante, que l’intimée « fait ici valoir des droits qui ne sont pas les siens » (par. 75). Là encore, on ne fait voir aucune erreur.

[142] En l’espèce, tous les facteurs pertinents abondent dans le même sens, soit que la protection offerte par l’art. 12 ne s’étend pas aux personnes morales. Je trouve donc inopportun de s’attarder davantage sur des questions liées à la démarche appropriée pour l’interprétation constitutionnelle ou sur la place du droit international et du droit comparé dans cette démarche. J’estime que les motifs du juge Chamberland nous permettent de conclure, sans dire plus, que l’appel doit être accueilli.

Pourvoi accueilli.

Procureure de l’appelante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l’appelant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureurs de l’intimée : Services juridiques de l’APCHQ inc., Québec.

Procureur de l’intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association des avocats de la défense de Montréal : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gib van Ert Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Caza Saikaley, Ottawa; University of Ottawa, Faculty of Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Caza Saikaley, Ottawa; Université d'Ottawa, Faculté de droit, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.

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