

**The Jean Coutu Group (PJC) Inc.** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Agence du revenu du Québec** *Intervener*

**INDEXED AS: JEAN COUTU GROUP (PJC) INC. v.  
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2016 SCC 55**

File No.: 36505.

2016: May 18; 2016: December 9.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and  
Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Contracts — Interpretation — Common intention of parties — Written instruments relating to transactional scheme not reflecting common intention of parties for tax-neutrality — Transactions having unintended tax consequences — Whether, under Quebec civil law, general intention that execution of transactional scheme be tax-neutral sufficient to authorize rectification of written instruments — Civil Code of Québec, art. 1425.*

*Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of written instrument amount to retroactive tax planning.*

The Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”), is a Quebec corporation. In 2004, its subsidiary, PJC USA invested in a chain of pharmacies in the United States. To avoid the negative perceptions of PJC Canada’s investors of the variation in this investment’s value due to fluctuations in U.S. to Canadian dollar exchange rates, PJC Canada consulted professional advisors to find ways to neutralize them without adverse tax consequences. Although the chosen set of transactions succeeded in neutralizing the effect of the exchange rate fluctuations, they did not succeed in avoiding tax consequences. In 2010, the Canada Revenue Agency (“CRA”) assessed PJC

**Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc.** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Agence du revenu du Québec** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : GROUPE JEAN COUTU (PJC) INC. c.  
CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2016 CSC 55**

N° du greffe : 36505.

2016 : 18 mai; 2016 : 9 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon,  
Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Contrats — Interprétation — Intention commune des parties — Instruments écrits relatifs à un montage transactionnel ne reflétant pas l’intention commune des parties de neutralité sur le plan fiscal — Transactions aux conséquences fiscales indésirables — En droit civil québécois, l’intention générale que la mise en œuvre d’un montage transactionnel soit neutre sur le plan fiscal est-elle suffisante pour autoriser la rectification des instruments écrits? — Code civil du Québec, art. 1425.*

*Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification d’un instrument écrit équivaut-elle à une planification fiscale rétroactive?*

Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. (« PJC Canada ») est une société commerciale québécoise. En 2004, sa filiale, PJC USA, a investi dans une chaîne de pharmacies américaines. Les variations de la valeur de cet investissement en raison des fluctuations du taux de change des devises américaines et canadiennes suscitaient des perceptions négatives chez les investisseurs de PJC Canada. Cherchant un moyen de neutraliser ces perceptions, et ce, sans conséquences fiscales défavorables, PJC Canada a alors consulté des conseillers professionnels. Même si la série de transactions choisie a permis de neutraliser l’effet des fluctuations du taux de change, elle n’a pas pu

Canada for CAN\$2.2 million of unpaid income tax for the years 2005, 2006 and 2007. The CRA concluded that because PJC USA was a controlled foreign affiliate of PJC Canada the interest it had earned during those years on the US\$70 million loan constituted foreign accrual property income (“FAPI”) under the *Income Tax Act* and was taxable as income of PJC Canada.

After the CRA audit, PJC Canada brought a motion for rectification of the documents related to the agreement and for declaratory relief under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). The application judge granted the motion. Because of the adverse tax consequences, he held that there was a disparity between the common intention of the parties and the documents drawn up to give effect to that intention. Therefore, PJC Canada was allowed to amend the documents by inserting new transactions, such that the interest payable by PJC Canada to PJC USA would be offset by interest payable by PJC USA to PJC Canada, reducing FAPI to zero. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the general intention of PJC Canada that the agreement be tax-neutral was insufficiently determinate to serve as the basis of a modified agreement.

*Held* (Abella and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: A general intention of tax neutrality, in the absence of a precise juridical operation and a determinate or determinable prestation or prestations within the meaning of art. 1373 C.C.Q., cannot give rise to a common intention that would form part of the original agreement and serve as a basis for modifying the written documents expressing that agreement under art. 1425 C.C.Q. Contractual interpretation focuses on what the parties actually agreed to do, not on what their motivations were in entering into an agreement or the consequences they intended it to have. Therefore, when unintended tax consequences result from a contract whose desired consequences, whether in whole or in part, are tax avoidance, deferral or minimization, amendments to the expression of the agreement can be available only under two conditions. First, if the unintended tax consequences were originally and specifically to be avoided, through sufficiently precise obligations which objects, the prestations to execute, are determinate or determinable;

empêcher les conséquences fiscales. En 2010, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a établi que PJC Canada devait la somme de 2,2 millions de dollars CAN au titre de l’impôt sur le revenu pour les années 2005, 2006 et 2007. L’ARC a conclu que, puisque PJC USA était une filiale contrôlée à l’étranger de PJC Canada, l’intérêt qu’elle a perçu au cours de ces années sur la somme de 70 millions de dollars US qui lui avait été prêtée constituait du revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB »), au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et imposable à titre de revenu de PJC Canada.

Après la vérification de l’ARC, PJC Canada a déposé une requête en rectification des documents relatifs à l’entente et en jugement déclaratoire en application de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Le juge saisi de la demande a accueilli la requête. Compte tenu des conséquences défavorables sur le plan fiscal, il a conclu à une divergence entre l’intention commune des parties et les documents rédigés en vue de donner effet à cette intention. En conséquence, PJC Canada a été autorisée à modifier les documents par l’ajout des nouvelles transactions, de sorte que l’intérêt payable par PJC Canada à PJC USA soit compensé par l’intérêt payable par PJC USA à PJC Canada et que le RÉATB soit réduit à néant. La Cour d’appel a accueilli l’appel et conclu que l’intention générale de PJC Canada selon laquelle l’entente devait être neutre sur le plan fiscal n’était pas suffisamment déterminée pour justifier de la modifier.

*Arrêt* (les juges Abella et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Une intention générale de neutralité fiscale ne peut, en l’absence d’une opération juridique précise et d’une prestation, ou de prestations, déterminée ou déterminable au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 1373 C.c.Q., donner lieu à une intention commune emportant formation de l’entente originale et justifier la modification des documents écrits constatant cette entente en application de l’art. 1425 C.c.Q. L’interprétation des contrats est axée sur ce que les parties ont vraiment convenu de faire, et non sur les raisons qu’elles avaient de conclure le contrat ou sur les conséquences qu’elles voulaient que ce contrat produise. Ainsi, lorsqu’un contrat, dont l’effet voulu est, en tout ou en partie, d’éviter, de reporter ou de minimiser l’impôt payable, produit des conséquences fiscales indésirables, l’expression de l’entente ne pourra être modifiée qu’à deux conditions. Premièrement, si les parties à l’entente cherchaient expressément au départ à éviter ces conséquences fiscales

and second, when the obligations, if properly expressed and the corresponding prestations, if properly executed, would have succeeded in doing so.

In this case, PJC Canada and PJC USA agreed on the precise set of prestations they wanted to execute, and there was no error in the way their agreement was expressed or executed. It simply resulted in unforeseen and undesirable tax consequences for PJC Canada. There was a mistake in the transactions agreed to, not in the way they were expressed. If they had turned their minds to FAPI and had agreed to a transactional scheme that, if recorded and implemented properly, would have accomplished the goal of neutralizing currency fluctuations while also preventing the generation of FAPI, it would be appropriate to permit the written documents related to the transactions to be amended if that common intention was improperly transcribed in them. Allowing the amendment of the written document would not only amount to retroactive tax planning but would set an undesirable precedent. Taxpayers could immunize themselves from unforeseen tax consequences as well as from their inadvertence or mistakes, or for those of their tax advisors, in planning transactions.

Although rectification under Quebec civil law and in equity stems from different legal sources, they share similar principles and lead to similar results. Such similar results are particularly welcome in the tax context, where the same federal tax legislation applies throughout the country. Both have the same purpose: to ascertain that the true agreement between the contracting parties is accurately expressed in the written instruments reflecting either the terms of the agreement or the execution of the obligations themselves. Both are strict: only the expression or transcription of the contract can be amended; the contract itself cannot be. Further, in both legal systems, the true agreement is paramount, not its intended consequences or effects. Although they will not always lead to the same result because of differences between the two legal systems in contract law, they would in this case. Even in equity, PJC Canada's requested amendments would not be permissible: the contracting parties did not reach a prior agreement with definite and ascertainable

au moyen d'obligations suffisamment précises dont les objets, soit les prestations à exécuter, sont déterminés ou déterminables; et, deuxièmement, si les obligations, dans la mesure où elles avaient été correctement exprimées, et les prestations correspondantes, dans la mesure où elles avaient été correctement exécutées, avaient eu l'effet recherché.

En l'espèce, PJC Canada et PJC USA se sont entendus sur une série de prestations précises qu'elles voulaient exécuter, et il n'y a eu aucune erreur dans la façon d'exprimer ou d'exécuter cette entente. Cette dernière a simplement eu pour PJC Canada des effets imprévus et indésirables sur le plan fiscal. L'erreur résidait dans les transactions dont les parties ont convenu, non dans la façon dont elles ont été exprimées. Si PJC Canada et PJC USA s'étaient arrêtées à la question du RÉATB et avaient convenu d'un montage transactionnel qui, s'il avait été constaté et exécuté correctement, avait permis de réaliser l'objectif de neutraliser l'effet des fluctuations monétaires tout en évitant de produire du RÉATB, il serait approprié d'autoriser la modification des documents écrits afférents à ces transactions s'ils présentaient une transcription erronée de cette volonté commune. Permettre la modification des documents écrits reviendrait non seulement à consacrer une planification fiscale rétroactive, mais à créer un précédent non souhaitable. Les contribuables pourraient se protéger des conséquences fiscales imprévues et, eux et leurs conseillers fiscaux, des inattentions ou erreurs qu'ils pourraient commettre dans la planification des transactions.

Bien que la réparation en droit civil québécois et celle en equity tirent leur origine de sources juridiques différentes, elles partagent des principes semblables et mènent à des résultats semblables. Ceux-ci sont particulièrement les bienvenus dans le contexte fiscal, puisque les mêmes lois fiscales fédérales s'appliquent dans l'ensemble du pays. Les deux recours ont le même objectif : vérifier si l'entente véritable intervenue entre les parties contractantes est exprimée avec justesse dans les instruments écrits qui, soit reflètent les conditions de l'entente, soit constituent l'exécution des obligations elles-mêmes. Les deux sont d'application stricte : la modification ne peut porter que sur l'expression ou la transcription du contrat; le contrat lui-même ne peut être reformulé. En outre, que ce soit dans un système juridique ou dans l'autre, c'est la véritable entente qui prime, et non pas ses conséquences ou ses effets voulus. Même s'ils ne produiront pas toujours le même résultat, parce que les principes du droit des contrats propres à chacun des deux systèmes

terms that included the new transactions that PJC Canada now wish to insert in the original agreement.

*Per* Abella and Côté JJ. (dissenting): The liberal and generous approach to rectification applied in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 (“AES”), should be followed. Departing from this approach limits the availability of an important recourse for taxpayers in the presence of an error made in good faith by them or their tax advisors and is incongruous with the realities of modern commerce. However, a mere intention to avoid taxation can never suffice to ground a request for rectification under art. 1425 C.C.Q. Although convergence between Quebec civil law and the common law of the other provinces is desirable from a tax policy perspective, retreating from the interpretation of art. 1425 C.C.Q. adopted in AES in order to achieve harmony with rectification in equity as considered by the majority in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720, is inconsistent with the law of contract in Quebec.

PJC Canada’s motion for rectification is both necessary and legitimate. There was clearly a gap between the common and continuing intention of the parties and the operations implemented to carry out that intention. The evidence shows that tax neutrality was a *sine qua non* of the parties’ envisaged transactional scheme. The object of the agreement consisted in tax-neutral reciprocal loans creating net liabilities in U.S. dollars. Failing to consider that the loans had to be tax-neutral in order for the agreement to make commercial sense is inimical to the overall scheme of the agreement. Tax neutrality was at its very core.

The object of the contract as defined in art. 1412 C.C.Q. transcends the particular prestations of the agreement. As such, rectification cannot be available only where the prestation, as expressed in the written document, was specifically envisaged by the parties from the outset. In AES, this Court recognized that even an oral declaration of the parties’ will can depart from their

juridiques sont différents, ils le feraient en l’espèce. Même suivant les principes de l’équity, les modifications demandées par PJC Canada ne seraient pas permises : les parties contractantes n’ont conclu aucune entente préalable dont les conditions étaient déterminées et déterminables et qui incluait les deux nouvelles transactions que PJC Canada souhaite maintenant ajouter à l’entente originale.

*Les* juges Abella et Côté (dissidentes) : Il y a lieu d’adopter, à l’égard de la rectification, l’approche libérale et généreuse appliquée dans l’arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 (« AES »). Écarter cette approche limite l’exercice par les contribuables d’un recours important dans les cas d’erreur de bonne foi commise par eux ou par leurs conseillers fiscaux. Cela est en outre incompatible avec les réalités du commerce moderne. Toutefois, une simple intention d’éviter l’imposition n’est jamais suffisante pour légitimer une demande en rectification fondée sur l’art. 1425 C.c.Q. Même si la convergence entre le droit civil québécois et la common law des autres provinces est souhaitable d’un point de vue de politique fiscale, renoncer à l’interprétation de l’art. 1425 C.c.Q. préconisée dans l’arrêt AES dans un effort d’harmonisation avec le recours en rectification en equity tel que l’envisagent les juges majoritaires dans *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720, est incompatible avec le droit des contrats au Québec.

La requête en rectification de PJC Canada est à la fois nécessaire et légitime. Il existe un écart évident entre, d’une part, l’intention commune et continue des parties et, d’autre part, les opérations exécutées dans le but de donner effet à cette intention. La preuve démontre que la neutralité fiscale était une condition *sine qua non* de la structure transactionnelle envisagée par les parties. L’objet de l’entente consistait en des prêts réciproques neutres sur le plan fiscal, créant un passif net en dollars US. Ne pas considérer que les prêts devaient être neutres sur le plan fiscal pour que l’entente soit logique sur le plan commercial va à l’encontre de l’économie générale de cette dernière. La neutralité fiscale était au cœur même de l’entente en cause.

L’objet du contrat, au sens de l’art. 1412 C.c.Q., transcende les prestations particulières de l’accord. Ainsi, la rectification ne peut pas être possible seulement si la prestation, telle qu’elle est exprimée dans le document écrit, constate ce que les parties avaient expressément envisagé au départ. Dans AES, la Cour a reconnu que même l’expression orale de la volonté des parties peut ne pas

common intention and that rectification is not limited to the correction of clerical errors. Further, that the tax advisors' error in this case was one of omission, insofar as they neglected to consider FAPI, as opposed to one of commission (like miscalculating the ACB of shares), is not a principled ground on which to distinguish this case from *AES*. This distinction is at odds with the proposition that, if an expression of common intention contains an error, particularly one that can, as here, be attributed to the taxpayer's professional advisor, the court must, once the error is proved, ensure that it is remedied. It is also at odd with the recognition in *AES* of a court's power to fill gaps in the text in interpreting the parties' common intention.

The additional transactions or prestations envisioned by the parties were sufficiently determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, as understood by this Court in *AES*. Indeed, under the terms of the February 7, 2005 loan agreement between PJC Canada and PJC USA, the principal could be repaid only by mutual consent of the parties. The insertion of intermediate steps involving the repayment of a demand loan therefore amounts to little more than judicial recognition of a partial discharge of an obligation that was determinable even on the terms of the parties' original instrument. The prestations here entailed the provision of reciprocal debt financing, on the one hand, and partial repayment of that debt, on — and only on — mutual agreement of the parties. The prestations were therefore determinate and the corresponding obligation to repay was determinable.

PJC Canada's request for rectification is not intended to rewrite the tax history of the transactions, but rather to fill in the gaps by adding two intermediate steps which maintain tax neutrality. The desired changes do not alter the nature of the original structure of the operation contemplated at the outset. The agreement was not a tax planning transaction. There is nothing here to suggest bad faith or an abuse of right on the part of PJC Canada. The tax advisors' fault of omission was committed in good faith following the exercise of reasonable diligence by PJC Canada.

Nothing in PJC Canada's request engaged the rights of third parties and there was no offense to the rules of

réfléter leur intention commune et que la rectification ne permet pas seulement de corriger les erreurs d'écriture. En outre, que l'erreur commise par les conseillers fiscaux en l'espèce en soit une d'omission — dans la mesure où ils ont négligé de tenir compte du RÉATB — plutôt que de commission — en calculant erronément le PRB des actions, par exemple — n'est pas une raison de principe qui justifie de distinguer la présente cause de l'affaire *AES*. Cette distinction est en contradiction avec la proposition selon laquelle, si l'expression d'une intention commune est entachée d'une erreur, notamment d'une erreur imputable comme ici au conseiller professionnel du contribuable, une fois cette erreur établie, le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie. Cette distinction est également en contradiction avec la reconnaissance, dans *AES*, du pouvoir qu'ont les tribunaux de combler des vides dans le texte en interprétant l'intention commune des parties.

Les transactions ou prestations additionnelles envisagées par les parties étaient suffisamment déterminables au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 1373 *C.c.Q.* tel qu'il est interprété par la Cour dans l'arrêt *AES*. D'ailleurs, il appert des modalités du contrat de prêt intervenu entre PJC Canada et PJC USA le 7 février 2005 que le capital ne pouvait être remboursé qu'advenant le consentement mutuel des parties. L'insertion d'étapes intermédiaires impliquant le remboursement d'un prêt à demande ne constitue guère plus qu'une reconnaissance judiciaire de l'acquittement partiel d'une obligation, obligation que même les modalités de l'entente originale des parties permettent de déterminer. Les prestations supposaient le financement réciproque de la dette ainsi que le remboursement partiel de cette dette advenant — et uniquement advenant — le consentement mutuel des parties. Les prestations étaient donc déterminées et l'obligation de remboursement correspondante était déterminable.

PJC Canada ne demande pas de réécrire l'histoire fiscale des transactions, mais plutôt d'en combler les vides en y ajoutant deux étapes intermédiaires qui préservent la neutralité fiscale. Les modifications souhaitées ne changent pas la nature de la structure originale de l'opération envisagée au départ. L'entente ne constituait pas une planification fiscale. Rien ne laisse supposer que PJC Canada a fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus de droit. L'erreur d'omission des conseillers fiscaux est survenue en toute bonne foi, après que PJC Canada eut fait preuve de diligence raisonnable.

Rien dans la demande de PJC Canada ne portait atteinte aux droits de tiers et il n'y a eu aucune violation

evidence involved. In the absence of third party reliance, granting PJC Canada's request promotes, rather than undermines, commercial certainty because it advances the contractual expectations of the parties. Since PJC Canada and PJC USA are in agreement as to their common intention, the concern for an illegitimate *ex post* rewriting of the initial bargain is absent here. Further, rectifying the agreement, in line with the innocent party's duty to mitigate under art. 1479 *C.C.Q.*, is preferable to the promotion of claims against that party's advisors.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368.

By Côté J. (dissenting)

*Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838, aff'g 2011 QCCA 394; *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Walls v. Canada*, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684; *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) v. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, CQLR, c. S-31.1, ss. 458, 459.

des règles de preuve. En l'absence d'argument fondé sur des droits de tiers, faire droit à la requête de PJC Canada favorise, plutôt qu'elle ne l'affaiblit, la stabilité commerciale parce que les attentes contractuelles des parties s'en trouvent réalisées. Puisque PJC Canada et PJC USA s'entendent quant à leur intention commune, il n'y a pas, en l'espèce, de risque de réécrire illégitimement l'entente initiale a posteriori. En outre, il est préférable de procéder à la rectification de l'entente, conformément à l'obligation de limiter les dommages incombant à la partie innocente suivant l'art. 1479 *C.c.Q.* plutôt que d'inciter cette partie à poursuivre ses conseillers.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêt appliqué :** *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838, conf. 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045; *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Walls c. Canada*, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) c. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1013.

*Civil Code of Lower Canada*, art. 1013.  
*Civil Code of Québec*, arts. 6, 7, 1371, 1373, 1374, 1375, 1378, 1385, 1410, 1412, 1425, 1479.  
*Code Napoléon*, art. 1156.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 86, 91(1), 95(1) “foreign accrual property income”.  
*Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, ss. 541 to 543.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glistler and James Lee. London: Sweet & Maxwell, 2015.  
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.  
Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.  
*Snell's Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.  
*Snell's Equity*, 33rd ed., by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015.  
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Giroux and Schrager JJ.A.), 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, [2015] AZ-51175618, [2015] Q.J. No. 4127 (QL), 2015 CarswellQue 3542 (WL Can.), setting aside a decision of Chabot J., 2012 QCCS 6917, [2012] AZ-50931255, [2012] J.Q. n° 19046 (QL), 2012 CarswellQue 14611 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Dominic Belley and Jonathan Lafrance*, for the appellant.

*Daniel Bourgeois and Eric Noble*, for the respondent.

*Code civil du Québec*, art. 6, 7, 1371, 1373, 1374, 1375, 1378, 1385, 1410, 1412, 1425, 1479.  
*Code Napoléon*, art. 1156.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 86, 91(1), 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens ».  
*Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 541 à 543.  
*Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 458, 459.

#### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
*Hanbury and Martin Modern Equity*, 20th ed., by Jamie Glistler and James Lee, London, Sweet & Maxwell, 2015.  
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed., Toronto, Carswell, 2010.  
Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.  
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012.  
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.  
*Snell's Equity*, 31st ed., by John McGhee, ed., London, Sweet & Maxwell, 2005.  
*Snell's Equity*, 33rd ed., by John McGhee, London, Sweet & Maxwell, 2015.  
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Giroux et Schrager), 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, [2015] AZ-51175618, [2015] Q.J. No. 4127 (QL), 2015 CarswellQue 3542 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Chabot, 2012 QCCS 6917, [2012] AZ-50931255, [2012] J.Q. n° 19046 (QL), 2012 CarswellQue 14611 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Dominic Belley et Jonathan Lafrance*, pour l'appelante.

*Daniel Bourgeois et Eric Noble*, pour l'intimé.

*Pierre Zemaitis and Christian Boutin*, for the interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

[1] WAGNER J. — This is one of two companion appeals dealing with requests to modify written contracts, documents or instruments after they generated unintended tax consequences. At issue in this appeal is whether, under Quebec civil law, the general intention of contracting parties that an agreement be tax-neutral is sufficient to authorize the modification of the written documents underlying the agreement so they reflect that intention.

[2] The appellant, a Quebec corporation, wanted to resolve an accounting issue without creating adverse tax consequences. To that end, the appellant and its subsidiary executed a transactional scheme recommended by its professional advisors. The transactions, however, triggered a particular tax consequence that the parties and their advisors had not foreseen, increasing the amount the appellant should have included in its income for tax purposes. Years later, when faced with an assessment for unpaid income tax after an audit by federal tax authorities, the appellant filed a motion to institute proceedings (“motion”) in the Quebec Superior Court for “rectification” of the documents relating to the transactions, in accordance with art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). That article provides that contractual interpretation is most concerned with the common intention of the contracting parties, as opposed to the literal expression of that intention.

[3] The Quebec Superior Court granted the appellant’s motion, but the Quebec Court of Appeal overturned this decision. It saw the appellant’s request as an attempt to rewrite the tax history of the agreement. It held that the appellant’s intention that

*Pierre Zemaitis et Christian Boutin*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

[1] LE JUGE WAGNER — Le présent pourvoi est l’un des deux pourvois connexes concernant des demandes en modification de contrats, de documents ou d’instruments écrits après qu’ils eurent produit des conséquences fiscales indésirables. En l’espèce, la Cour doit déterminer si, en droit civil québécois, l’intention générale des parties contractantes selon laquelle une entente sera fiscalement neutre suffit pour permettre la modification des documents écrits au soutien de cette entente afin qu’ils reflètent cette intention.

[2] L’appelante, une société commerciale québécoise, souhaitait régler un problème de comptabilité sans produire d’incidences fiscales défavorables. À cette fin, sa filiale et elle ont convenu d’un montage transactionnel recommandé par leurs conseillers professionnels. Or, ces transactions ont eu une incidence fiscale particulière que les parties et leurs conseillers n’avaient pas prévue : une augmentation du montant que l’appelante aurait dû inclure dans son revenu à des fins d’imposition. Quelques années plus tard, après avoir fait l’objet d’une vérification par les autorités fiscales fédérales, l’appelante a reçu un avis de cotisation pour des impôts non payés; elle a alors déposé en Cour supérieure du Québec une requête introductive d’instance (« requête ») en vue d’obtenir la « rectification » des documents afférents aux transactions, en application de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Suivant cette disposition, l’interprétation du contrat est marquée par l’intention commune des parties contractantes, plutôt que par l’expression littérale de cette intention.

[3] La Cour supérieure du Québec a accueilli la requête présentée par l’appelante, mais la Cour d’appel du Québec a infirmé cette décision, considérant la demande de l’appelante comme une tentative de réécrire l’histoire fiscale de l’entente. Elle

the transactions have no adverse tax consequences was insufficiently determinate to serve as the basis for modifying the documents to avoid the unintended and unforeseen tax consequence they had produced.

[4] I would dismiss the appeal. I agree with the Court of Appeal that a taxpayer's intention that the agreement be tax-neutral which is not clearly defined and not related to obligations whose objects are sufficiently determinate or determinable cannot permit the documents recording and implementing the transactions to be amended to give effect to that intention, in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* The written or oral expression of a contract can be amended if there is a discrepancy between it and the contracting parties' true agreement. It cannot be amended where there is no such discrepancy but that true agreement merely produces unintended or unanticipated consequences. Amendments must align the written documents with the true agreement they are meant to record and implement, not with the contracting parties' motivations for entering into the agreement or their expectations as to its consequences.

[5] The result in this appeal is bolstered by important policy considerations regarding the modification of written documents in the tax context. It also aligns with the result that would be reached in the common law provinces under the equitable remedy of rectification, which is the focus of the companion appeal, *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 ("*Fairmont*"). Although the equitable remedy and art. 1425 *C.C.Q.* stem from different legal sources, they share similar principles and lead to similar results. Such similar results are particularly welcome in the tax context, where the same federal tax legislation applies throughout the country.

a conclu que l'intention de l'appelante — soit que les transactions n'aient aucune conséquence fiscale défavorable — n'était pas suffisamment déterminée pour justifier que les documents soient modifiés de manière à éviter la conséquence fiscale inattendue qu'ils avaient produite.

[4] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je conviens avec la Cour d'appel que l'intention d'un contribuable de réaliser une entente neutre sur le plan fiscal — une intention qui n'est pas clairement définie ni liée à des obligations aux objets suffisamment déterminés ou déterminables — ne peut permettre la modification, en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, des documents constatant et exécutant les transactions de manière à ce qu'ils reflètent cette intention. Le libellé d'un contrat, ou son expression verbale, peut être modifié s'il présente un écart par rapport à l'entente véritable intervenue entre les parties. Il ne peut être modifié si cet écart n'existe pas, mais que la véritable entente intervenue entre les parties a simplement produit des conséquences indésirables ou imprévues. Les modifications doivent faire concorder les documents écrits avec l'entente véritable qu'ils sont censés constater et exécuter, non pas avec les raisons ayant motivé les parties contractantes à conclure l'entente ou avec les attentes qu'elles pouvaient avoir sur ses conséquences.

[5] D'importantes considérations de principe relatives à la modification de documents écrits dans le contexte fiscal viennent renforcer l'issue du présent appel. En outre, ce résultat correspond à celui auquel permettrait d'arriver, dans les provinces de common law, la réparation en equity que constitue la rectification, qui est au cœur du pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 (« *Fairmont* »). Bien que la réparation en equity et l'art. 1425 *C.c.Q.* tirent leur origine de sources juridiques différentes, ils partagent des principes semblables et mènent à des résultats semblables, qui sont particulièrement les bienvenus dans le contexte fiscal, puisque les mêmes lois fiscales fédérales s'appliquent dans l'ensemble du pays.

## I. Facts

[6] The appellant, Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”), is incorporated and headquartered in Quebec. At the time of the agreement in question, it was the sole shareholder of Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (“PJC USA”), which is incorporated under the laws of Delaware.

[7] In 2004, PJC USA acquired a chain of pharmacies in the United States as an investment. The value of this investment, as recorded on PJC Canada’s balance sheets, varied from quarter to quarter due to fluctuations in U.S. dollar to Canadian dollar exchange rates until the acquisition is completed. Although these value fluctuations had no tax consequences until that time, they had to be recorded as gains or losses and they thus negatively affected the perceptions of PJC Canada’s investors. PJC Canada consulted professional advisors to find ways to neutralize this effect on perceptions without adverse tax consequences. Its advisors recommended two possible scenarios, one of which PJC Canada selected and executed in 2005:

- (i) Feb. 7, 2005: PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, with interest at London Interbank Offered Rate (“LIBOR”) plus 2.5 percent.
- (ii) Feb. 25, 2005: PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million.
- (iii) Feb. 25, 2005: PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

[8] The above transactional scheme succeeded in neutralizing the effect of the exchange rate fluctuations, but they did not succeed in avoiding tax consequences. In 2010, the Canada Revenue Agency (“CRA”) audited PJC Canada and assessed it for CAN\$2.2 million of unpaid income tax for the years 2005, 2006 and 2007. The CRA concluded that because PJC USA was a controlled foreign affiliate of

## I. Les faits

[6] L’appelante, Le Groupe Jean Coutu (PJC) Inc. (« PJC Canada »), est une société constituée au Québec où elle a en outre son siège social. Au moment où l’entente en cause en l’espèce a été conclue, PJC Canada était l’unique actionnaire de Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (« PJC USA »), une société constituée sous le régime des lois du Delaware.

[7] En 2004, PJC USA a acquis une chaîne de pharmacies américaines à titre d’investissement. La valeur de cet investissement, selon le bilan financier de PJC Canada, variait d’un trimestre à l’autre en raison des fluctuations du taux de change des devises américaines et canadiennes jusqu’à ce que l’acquisition soit achevée. Bien que ces variations n’aient eu aucune conséquence fiscale jusqu’à ce moment-là, elles devaient être consignées en tant que gains ou pertes, ce qui était perçu négativement par les investisseurs de PJC Canada. Cherchant un moyen de neutraliser cette perception négative, et ce sans conséquences fiscales défavorables, PJC Canada a alors consulté des conseillers professionnels. Ces derniers lui ont recommandé deux scénarios. Elle en a choisi un et l’a exécuté en 2005 :

- (i) 7 févr. 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au taux interbancaire offert à Londres (« TIOL »), plus 2,5 pour 100.
- (ii) 25 févr. 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US.
- (iii) 25 févr. 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

[8] Ce montage transactionnel a permis de neutraliser l’effet des fluctuations du taux de change, mais il n’a pu empêcher les conséquences fiscales. En 2010, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a procédé à une vérification de PJC Canada et a établi qu’elle devait la somme de 2,2 millions de dollars CAN au titre de l’impôt sur le revenu pour les années 2005, 2006 et 2007. L’ARC a conclu

PJC Canada the interest it had earned during those years on the US\$70 million loan it had advanced to PJC Canada constituted foreign accrual property income (“FAPI”), as defined by s. 95(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and was taxable as income of PJC Canada pursuant to s. 91(1) of that Act. PJC Canada’s advisors had neither foreseen nor raised the FAPI problem.

## II. Judicial History

### A. *Quebec Superior Court (Chabot J.), 2012 QCCS 6917*

[9] After the CRA audit, PJC Canada brought a motion in the Quebec Superior Court for rectification of the documents related to the agreement and for declaratory relief, contending that its intention that the agreement be tax-neutral was not reflected in the documents. Although the term is perhaps a useful shorthand, rectification is an equitable remedy under the common law, not a Quebec civil law remedy. The parties and the courts below in fact used the term to refer to the correction of an inconsistency between the contracting parties’ common original intention and the expression of that intention in written or oral form, by way of contractual interpretation in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* Relying on that article, PJC Canada sought to correct the documents recording and implementing the transactional scheme outlined above by inserting new transactions (iii) and (iv) below, such that the interest payable by PJC Canada to PJC USA would be offset by interest payable by PJC USA to PJC Canada, reducing FAPI to zero:

- (i) Feb. 7, 2005: PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, with interest at LIBOR plus 2.5 percent. (unchanged)

que, puisque PJC USA était une filiale de PJC Canada contrôlée à l’étranger, l’intérêt qu’elle a perçu au cours de ces années sur la somme de 70 millions de dollars US qu’elle avait prêtée à PJC Canada constituait du revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB ») au sens du par. 95(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), imposable à titre de revenu de PJC Canada suivant le par. 91(1) de cette loi. Les conseillers de PJC Canada n’avaient ni prévu ni soulevé le problème de RÉATB.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure du Québec (le juge Chabot), 2012 QCCS 6917*

[9] Après la vérification de l’ARC, PJC Canada a déposé en Cour supérieure du Québec une requête en rectification des documents relatifs à l’entente et en jugement déclaratoire. Elle soutenait que les documents en cause ne reflétaient pas son intention que l’entente soit neutre sur le plan fiscal. Bien que le terme rectification puisse s’avérer une abréviation utile, la rectification est une réparation en equity dans le système de common law, et non une réparation en droit civil québécois. Les parties et les tribunaux d’instances inférieures ont effectivement employé ce terme pour désigner la correction d’une incompatibilité entre l’intention commune qu’avaient les parties contractantes à l’origine et l’expression de cette intention sous forme écrite ou verbale, par une interprétation du contrat selon l’art. 1425 *C.c.Q.* S’appuyant sur cette disposition, PJC Canada a demandé que les documents constatant et exécutant le montage transactionnel décrit précédemment soient corrigés par l’ajout des nouvelles transactions (iii) et (iv) figurant ci-après, de sorte que l’intérêt payable par PJC Canada à PJC USA soit compensé par l’intérêt payable par PJC USA à PJC Canada, et que le RÉATB soit réduit à néant :

- (i) 7 févr. 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100. (inchangé)

- |   |   |
|---|---|
| (ii) Feb. 25, 2005: PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million. (unchanged)  | (ii) 25 févr. 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US. (inchangé) |
| (iii) Feb. 25, 2005: PJC USA pays back US\$70 million of the US\$120 million loan referred to above. ( <i>new</i> ) | (iii) 25 févr. 2005 : PJC USA rembourse 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US susmentionné. ( <i>nouveau</i> )  |
| (iv) Feb. 25, 2005: PJC Canada loans US\$70 million to PJC USA. ( <i>new</i> )                                      | (iv) 25 févr. 2005 : PJC Canada prête 70 millions de dollars US à PJC USA. ( <i>nouveau</i> )   |
| (v) Feb. 25, 2005: PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent. (unchanged) | (v) 25 févr. 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100. (inchangé)                 |

[10] The application judge granted PJC Canada's motion. He found that the evidence demonstrated that the clear intention of the parties was to fix the exchange rate fluctuation problem without generating adverse tax consequences. Because such consequences had been generated in the form of FAPI, he held that there was a disparity between the common intention of the parties (*negotium*) and the legal documents drawn up to give effect to that intention (*instrumentum*). He held that he could therefore correct the series of documents to reflect the parties' initial common intention, even if the parties had never originally contemplated the requested corrections. Furthermore, he noted that PJC Canada's failure to consider FAPI was not due to negligence or lack of diligence. He also determined that PJC Canada's request did not constitute an attempt to rewrite the tax history of the agreement, but rather served to correct unforeseen and unwarranted tax consequences. As such, in his opinion, the CRA's rights were not affected by granting the request.

[11] In coming to the above determinations, the application judge did not have the benefit of this Court's reasons in the companion appeals of *AES* and *Riopel*, which were heard together and disposed of in one judgment: *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838. Therefore, no deference is owed to the application judge on his findings.

[10] Le juge saisi de la demande a accueilli la requête de PJC Canada. Selon lui, la preuve démontre que les parties avaient l'intention claire de régler le problème de fluctuation du taux de change sans conséquences fiscales défavorables. Comme de telles conséquences s'étaient produites sous la forme de RÉATB, il a conclu à une divergence entre l'intention commune des parties (*negotium*) et les documents juridiques rédigés en vue de donner effet à cette intention (*instrumentum*). Il a donc estimé pouvoir corriger la série de documents de manière à refléter l'intention commune initiale des parties, même si ces dernières n'avaient jamais envisagé les corrections demandées. Il a aussi noté que PJC Canada n'avait pas fait preuve de négligence ni manqué de diligence en n'envisageant pas la possibilité d'un RÉATB. De plus, il a conclu que PJC Canada ne tentait pas par sa demande de réécrire l'histoire fiscale de l'entente, mais souhaitait plutôt en corriger les conséquences fiscales imprévues et indésirables. À son avis, faire droit à la requête ne touchait aucunement les droits de l'ARC.

[11] Pour tirer les conclusions mentionnées précédemment, le juge saisi de la demande n'avait pas pu prendre connaissance des motifs de la Cour dans les affaires connexes *AES* et *Riopel*, qui ont été instruites ensemble et ont fait l'objet d'une seule décision : *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838. En conséquence, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers les conclusions de ce juge.

B. *Quebec Court of Appeal (Chamberland, Giroux and Schrager J.J.A.)*, 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82

[12] The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the application judge had committed a palpable and overriding error in finding that the parties were not seeking to rewrite the tax history of the agreement.

[13] Unlike the application judge, the Court of Appeal was able to benefit from the reasons of this Court in *AES*. According to the Court of Appeal, this Court's judgment in those cases did not overturn all the previous case law in tax matters, which indicates that parties cannot rewrite the history of their agreement and change the transactional scheme because of unintended tax consequences. Rather, the Court of Appeal determined that it is authority for the proposition that parties who choose to carry out a legitimate corporate transaction for the purpose of avoiding, deferring or minimizing tax and who make an error in giving effect to that transaction may correct that error to achieve the tax consequence originally and specifically intended and agreed upon. Parties can restore their agreement to what it should have been where they made a mistake in expressing the transaction in writing, not where they made a mistake in the transaction itself. The Court of Appeal held that the general intent of PJC Canada that the transactional scheme it undertook to be tax-neutral was insufficiently determinate to serve as the basis of a modified agreement that a court should recognize with retroactive effect to cancel unintended tax consequences.

### III. Issue and Positions of the Parties

[14] This appeal raises the following key issue: Where parties agree to undertake one or several transactions with a general intention that tax consequences thereof be neutral, but where unintended and unforeseen tax consequences result, does art. 1425 *C.C.Q.* allow the written documents recording and implementing their agreement to be

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Giroux et Schrager)*, 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82

[12] La Cour d'appel a accueilli l'appel. Pour elle, le juge saisi de la demande avait commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les parties ne tentaient pas de réécrire l'histoire fiscale de l'entente.

[13] Contrairement au juge saisi de la demande, la Cour d'appel a pu prendre connaissance des motifs de la Cour dans l'arrêt *AES*. À son avis, cette décision n'a pas infirmé l'ensemble de la jurisprudence antérieure en matière fiscale, selon laquelle les parties ne peuvent réécrire l'histoire de leur entente et modifier le montage de leurs transactions à cause de conséquences fiscales indésirables. La Cour d'appel a plutôt jugé que l'arrêt *AES* était la proposition selon laquelle les parties qui choisissent d'effectuer une transaction commerciale légitime afin d'éviter, de reporter ou de réduire l'impôt qu'elles devront payer et qui commettent une erreur au moment d'y donner effet peuvent corriger cette erreur afin de produire la conséquence fiscale dont elles avaient initialement et expressément convenu. Cela dit, selon la Cour d'appel, les parties peuvent certes rétablir l'entente qui aurait dû être conclue, n'eût été l'erreur commise dans l'expression écrite de la transaction, mais pas l'erreur commise dans la transaction elle-même. La Cour d'appel a donc conclu que l'intention générale de PJC Canada que le montage transactionnel dont elle avait convenu devait être neutre sur le plan fiscal n'était pas suffisamment déterminée pour justifier la modification d'une entente qu'un tribunal devrait reconnaître avec effet rétroactif pour annuler ses conséquences fiscales indésirables.

### III. Question en litige et thèse des parties

[14] Le pourvoi soulève la question clé suivante : lorsque des parties conviennent de réaliser une ou plusieurs transactions avec l'intention générale que les conséquences fiscales de ces dernières soient neutres, mais que la transaction ou la série de transactions produit des conséquences fiscales indésirables et imprévues, l'art. 1425 *C.c.Q.* permet-il

amended with retroactive effect to make them consistent with that intention of tax neutrality?

[15] PJC Canada asserts that the answer to the above question is yes. It makes three main arguments in support of its position that the court's decision to grant its motion should be restored. First, it argues that, in line with contract law principles as explained in *AES*, rectification was warranted. It claims that the common intention that it and PJC USA had was precise and unequivocal, as recognized by the application judge: to neutralize the effect of exchange rate fluctuations without generating adverse tax consequences. It says that this intention was erroneously expressed in the documents underlying the transactions executed in 2005, and should thus be corrected by inserting the two proposed transactions with retroactive effect. According to PJC Canada, the fact that it did not conceptualize these transactions at the time of contract formation does not bar rectification. Second, PJC Canada argues that the Court of Appeal's conclusion that the motion was an attempt to rewrite the tax history of the agreement is fatally flawed because it is based on a factual error. Finally, PJC Canada asks this Court to adopt certain guiding principles that it proposes should govern rectification requests under art. 1425 *C.C.Q.*, adding that its own request conforms to these principles.

[16] The respondent, the Attorney General of Canada, counters that rectification is not available in the instant appeal, for two reasons based on evidence. First, the respondent argues that there is no evidence demonstrating that PJC Canada and PJC USA reached an oral agreement before accepting the written documents relating to the transactions, which means that the written documents are the manifestation of their exchange of consents and thus an accurate reflection of the juridical operation envisaged and agreed on by them. Second, and

de modifier avec effet rétroactif les documents écrits constatant et exécutant leur entente de façon à ce qu'ils soient conformes à leur intention de neutralité fiscale?

[15] PJC Canada affirme que la question appelle une réponse affirmative. Elle avance trois principaux arguments à l'appui de sa position selon laquelle la décision de première instance d'accueillir sa requête doit être rétablie. Premièrement, elle soutient que, conformément aux principes du droit des contrats qui sont expliqués dans l'arrêt *AES*, la rectification des documents était justifiée. Elle prétend que l'intention qu'elle et PJC USA avaient était précise et non équivoque, comme l'a reconnu le juge saisi de la demande : il s'agissait de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change sans produire de conséquences fiscales défavorables. PJC Canada affirme en outre que les documents constatant les transactions conclues en 2005 représentaient une expression erronée de cette intention, et qu'ils devraient donc être corrigés, avec effet rétroactif, par l'ajout des deux transactions proposées. Selon PJC Canada, le fait qu'elle n'avait pas envisagé ces transactions au moment de la formation du contrat ne fait pas obstacle à la rectification. Deuxièmement, PJC Canada plaide que la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la requête en rectification constituait une tentative de réécrire l'histoire fiscale de l'entente est entachée d'un vice fatal parce qu'elle est fondée sur une erreur factuelle. Enfin, PJC Canada demande à la Cour d'adopter certains principes directeurs qui, selon elle, devraient régir les demandes en rectification fondées sur l'art. 1425 *C.c.Q.*, ajoutant que sa propre demande respecte ces principes.

[16] L'intimé, le procureur général du Canada, réplique qu'il est impossible de procéder par voie de rectification dans le présent pourvoi, et ce, pour deux raisons fondées sur la preuve. Premièrement, selon lui, aucun élément de preuve n'établit que PJC Canada et PJC USA ont conclu une entente verbale avant d'accepter les documents écrits afférents aux transactions, de sorte que ces documents écrits représentent la manifestation de l'échange de consentement intervenu entre elles et reflètent donc exactement l'opération juridique envisagée

in the alternative, the respondent asserts that even if there was an oral agreement, there was no error in the written documents transcribing it that would allow for rectification, because the documents reflected exactly what the parties had agreed. The respondent says that rectification does not allow parties to add further transactions they never initially considered, and that PJC Canada is confusing the parties' objectives in entering into the contract — neutralizing the exchange rate problem without generating adverse tax consequences — with common intention, which pertains to the transactions on which they agreed. However, the respondent acknowledges that the Court of Appeal made the factual error identified by PJC Canada but submits that it is immaterial. Finally, the respondent argues that there is no need for this Court to adopt the guiding principles PJC Canada proposes, as the current jurisprudence offers sufficient guidance.

#### IV. Analysis

A. *A General Intention of Tax Neutrality Related to Obligations Whose Objects Are Not Determinate or Determinable Does Not Permit the Modification of Written Instruments in Accordance With Article 1425 C.C.Q.*

##### (1) Contracts Under Quebec Civil Law

[17] In this Court's recent decision in *AES*, LeBel J. thoroughly canvassed the principles of contract formation under Quebec civil law, and he did so in a similar context, in which taxpayers were asking the courts to authorize and recognize amendments to written documents in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* after transactions implemented by those documents triggered unintended tax results. LeBel J.'s reasons are thus highly instructive in the instant appeal. Article 1425 *C.C.Q.* reads: "The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract."

et conclue par elles. Deuxièmement, et subsidiairement, pour l'intimé, même s'il y avait eu entente verbale, les documents écrits la constatant ne contiennent aucune erreur qui justifierait une rectification, parce qu'ils constatent précisément ce dont les parties avaient convenu. L'intimé précise que la rectification ne permet pas aux parties d'ajouter des transactions qu'elles n'avaient jamais envisagées au départ, et que PJC Canada confond l'objectif des parties en concluant le contrat — neutraliser le problème de taux de change sans produire de conséquences fiscales défavorables — avec leur intention commune, qui touche aux transactions dont elles ont convenu. L'intimé reconnaît toutefois que la Cour d'appel a commis l'erreur factuelle relevée par PJC Canada, mais il plaide qu'elle est sans importance. Enfin, l'intimé soutient qu'il n'est pas nécessaire que la Cour adopte les principes directeurs proposés par PJC Canada parce que la jurisprudence actuelle a établi des paramètres d'analyse suffisants.

#### IV. Analyse

A. *Une intention générale de neutralité fiscale relative à des obligations aux objets non déterminés ou déterminables ne permet pas de modifier des documents écrits en application de l'art. 1425 C.c.Q.*

##### (1) Les contrats en droit civil québécois

[17] Dans le récent arrêt *AES* de la Cour, le juge LeBel a examiné en profondeur les principes de la formation des contrats en droit civil québécois, et ce, dans un contexte semblable à celui de l'espèce, où des contribuables demandaient aux tribunaux d'autoriser et de reconnaître, en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, les modifications apportées à des documents écrits après que les transactions constatées par ces documents eurent produit des conséquences fiscales indésirables. Les motifs du juge LeBel sont donc très utiles pour juger du présent pourvoi. L'article 1425 *C.c.Q.* prévoit que « [d]ans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. »

[18] Under Quebec civil law, a contract is an agreement of wills that is formed by the exchange of consents. The agreement or contract lies in the common intention of the parties, not in the oral or written declaration of that intention, which is their declared will. See *AES*, at paras. 32 and 48; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at p. 400; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 82; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at para. 173. Written documents can thus be amended with retroactive effect to make them consistent with the true contract or agreement between the parties (*AES*; Lluelles and Moore, at para. 1574) as was the case in *AES*. There are, however, certain principles surrounding obligations and the formation of contracts which must be kept in mind when parties rely on art. 1425 *C.C.Q.* and ask courts to modify the documents expressing their common intention. I will review them below.

[19] According to art. 1371 *C.C.Q.*, “[i]t is of the essence of an obligation that there be persons between whom it exists, a prestation which forms its object, and, in the case of an obligation arising out of a juridical act, a cause which justifies its existence.” The object of an obligation is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something under art. 1373 *C.C.Q.* The object of the prestation is the thing that the prestation relates to. See Lluelles and Moore, at para. 1049. Further, art. 1373 provides that the prestation has to be “possible and determinate or determinable” and “neither forbidden by law nor contrary to public order”, whereas art. 1374 *C.C.Q.* reads that “[t]he prestation may relate to any property, even future property, provided that the property is determinate as to kind and determinable as to quantity.” See Baudouin and Jobin, at pp. 34-35; Lluelles and Moore, at para. 1049.3. Such a requirement about the nature of the prestation, whether it relates to property or not, is necessary because parties must know the extent of their rights and obligations under the contract.

[18] En droit civil québécois, un contrat est un accord de volonté qui se réalise par l'échange des consentements. L'accord ou le contrat se trouve dans la volonté commune des parties, non pas dans la déclaration, orale ou écrite, de cette volonté, qui est leur volonté déclarée. Voir *AES*, par. 32 et 48; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, p. 400; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 82; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 173. Les documents écrits peuvent donc être modifiés avec effet rétroactif de façon à les rendre compatibles avec le contrat ou l'entente véritable qui est intervenue entre les parties (*AES*; Lluelles et Moore, par. 1574) comme c'était le cas dans l'affaire *AES*. Il convient, cependant, de garder à l'esprit certains principes relatifs aux obligations et à la formation des contrats lorsque des parties s'appuient sur l'art. 1425 *C.c.Q.* et s'adressent aux tribunaux en vue de modifier les documents exprimant leur intention commune. Je les examinerai ci-après.

[19] Aux termes de l'art. 1371 *C.c.Q.*, « [i]l est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe, une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence. » L'objet de l'obligation contractuelle est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose comme le prévoit l'art. 1373 *C.c.Q.* L'objet de la prestation est la chose sur laquelle porte la prestation. Voir Lluelles et Moore, par. 1049. De plus, l'art. 1373 prévoit que la prestation doit être « possible et déterminée ou déterminable » en plus de n'« être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public »; l'art. 1374 *C.c.Q.* pour sa part prévoit que « [l]a prestation peut porter sur tout bien, même à venir, pourvu que le bien soit déterminé quant à son espèce et déterminable quant à sa quotité. » Voir Baudouin et Jobin, p. 34-35; Lluelles et Moore, par. 1049.3. Cette condition sur la nature de la prestation, qu'elle porte sur un bien ou non, est nécessaire, puisque les parties doivent connaître l'étendue des droits et des obligations que leur confère ou impose le contrat.

[20] Article 1378 para. 1 *C.C.Q.* defines a contract as “an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation”. A contract has a cause, which art. 1410 *C.C.Q.* defines as “the reason that determines each of the parties to enter into the contract”. It also has an object upon which the parties must agree, which art. 1412 *C.C.Q.* defines as “the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract”. See also *AES*, at para. 30; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 272; Lluellas and Moore, at paras. 1049 and 1051. In other words, the underlying purpose or motivation behind the parties entering into the contract is the cause of the contract, not to be confused with its object, which is the juridical operation they agree on: Pineau, Burman and Gaudet, at pp. 285-90; Lluellas and Moore, at paras. 1061 and 1061.2.

[21] As the above discussion shows, “for a contract to exist and become a legal reality, the parties’ undertakings must be sufficiently precise to establish the details of the contemplated operation”: *AES*, at para. 31. Importantly, LeBel J. explained that, because an intention of tax minimization can be neither the object of a contract nor the object of an obligation under a contract, it cannot serve as a basis for modifying the written documents or instruments expressing the contract:

Taxpayers should not view this recognition of the primacy of the parties’ internal will — or common intention — as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail. A taxpayer’s intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.*. Absent a more precise and more clearly defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it. As

[20] Le premier alinéa de l’art. 1378 *C.c.Q.* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». Un contrat a une cause, que l’art. 1410 *C.c.Q.* définit comme « la raison qui détermine chacune des parties à le conclure ». Il a également un objet dont les parties doivent convenir, et que l’art. 1412 *C.c.Q.* définit comme « l’opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu’elle ressort de l’ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître ». Voir aussi *AES*, par. 30; Pineau, Burman et Gaudet, p. 272; Lluellas et Moore, par. 1049 et 1051. Autrement dit, la raison qui a incité les parties à conclure le contrat est la cause du contrat, qu’il ne faut pas confondre avec son objet, qui est l’opération juridique sur laquelle elles s’entendent : Pineau, Burman et Gaudet, p. 285-290; Lluellas et Moore, par. 1061 et 1061.2.

[21] Comme le montre l’analyse qui précède, « l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présupposent que les engagements des parties sont suffisamment précis pour établir les paramètres de l’opération envisagée » : *AES*, par. 31. Fait important, le juge LeBel a expliqué que l’intention de réduire l’impôt à payer ne peut faire l’objet d’un contrat ou d’une obligation contractuelle, de sorte qu’elle ne saurait justifier la modification des documents écrits constatant le contrat :

En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu’il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d’échec de ces planifications. L’intention d’un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l’objet de l’obligation au sens de l’art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l’objet du contrat au sens de l’art. 1412 *C.c.Q.*. En l’absence d’un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne serait formé. L’article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l’intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater.

I mentioned above, the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that, according to evidence that the [Agence du revenu du Québec] did not contradict, they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable. These agreements provided, for the corporations in question, for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties. The subsequent amendments did not alter the nature of the structures contemplated at the outset. All they did was amend writings that were supposed to give effect to the common intention, an intention that had been clearly defined and that related to obligations whose objects were determinate or determinable. [Emphasis added; para. 54.]

[22] Although LeBel J. spoke of reducing tax liability, in my view his comments apply equally to the general intention of contracting parties to achieve tax neutrality. By general intention, I mean that contracting parties have no specific tax consequence in mind (beyond a broad intention that no adverse tax consequences result) and have not agreed on a particular prestation or set of prestations that would, if expressed correctly, yield the intended consequence.

[23] A taxpayer's general intention of tax neutrality cannot form the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.*, because it is insufficiently precise. It entails no sufficiently precise agreed-on juridical operation. Nor can such a general intention in itself relate to prestations that are determinate or determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.* It says nothing about what one party is bound to do or not do for the benefit of the other. Therefore, a general intention of tax neutrality, in the absence of a precise juridical operation and a determinate or determinable prestation or prestations, cannot give rise to a common intention that would form part of the original agreement (*negotium*) and serve as a basis for modifying the written documents expressing that agreement (*instrumentum*). As a result, art. 1425 *C.C.Q.* cannot be relied on to give effect to a general intention of tax neutrality where the writings recording the

Comme je l'ai souligné plus haut, dans les deux appels, les ententes entre les parties s'étaient valablement formées, puisqu'elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables, selon une preuve que l'[Agence du revenu du Québec] n'a jamais contredite. Ces ententes prévoyaient, pour les sociétés concernées, la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs des parties impliquées. Les modifications apportées par la suite ne changeaient pas la nature de la structure envisagée au départ. Elles se bornaient à modifier les écrits qui étaient censés donner effet à l'intention commune — intention clairement établie et portant sur des obligations aux objets déterminés ou déterminables. [Je souligne; par. 54.]

[22] Le juge LeBel parlait de la réduction des obligations fiscales, mais j'estime que ses commentaires peuvent tout autant s'appliquer à l'intention générale des parties contractantes d'assurer la neutralité fiscale d'une opération. Ce que j'entends par intention générale, c'est que les parties contractantes n'ont aucune conséquence fiscale précise en tête (sinon l'intention générale que l'opération ne produise aucune conséquence fiscale défavorable), et qu'elles n'ont convenu d'aucune prestation particulière, ou série de prestations, qui, correctement exprimée, produit la conséquence voulue.

[23] L'intention générale de neutralité fiscale d'un contribuable ne saurait constituer l'objet d'un contrat au sens de l'art. 1412 *C.c.Q.*, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise. Elle ne suppose aucune opération juridique suffisamment précise sur laquelle les parties se seraient entendues. Une telle intention générale ne peut pas non plus en elle-même avoir trait à des prestations déterminées ou déterminables comme l'exige l'art. 1373 *C.c.Q.* Elle ne dit rien de ce qu'une partie s'est engagée envers l'autre à faire ou à ne pas faire. En conséquence, une intention générale de neutralité fiscale ne peut, en l'absence d'une opération juridique précise et d'une prestation, ou de prestations, déterminée ou déterminable, donner lieu à une intention commune emportant formation de l'entente originale (*negotium*) et justifier la modification des documents écrits constatant cette entente (*instrumentum*). C'est pourquoi on ne saurait s'appuyer sur l'art. 1425 *C.c.Q.* pour donner effet à

contracting parties' common intention produce unintended and unforeseen tax consequences.

[24] In my opinion, when unintended tax consequences result from a contract whose desired consequences, whether in whole or in part, are tax avoidance, deferral or minimization, amendments to the expression of the agreement in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* can be available only under two conditions. First, if the unintended tax consequences were originally and specifically sought to be avoided, through sufficiently precise obligations which objects, the prestations to execute, are determinate or determinable; and second, when the obligations, if properly expressed and the corresponding prestations, if properly executed, would have succeeded in doing so. This is because contractual interpretation focuses on what the contracting parties actually agreed to do, not on what their motivations were in entering into an agreement or the consequences they intended it to have.

[25] Such a reading of arts. 1412 and 1373 *C.C.Q.* doesn't mean that amendments to the expression of the agreement in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* can be available only to correct clerical errors. It upholds, however, the requirements stipulated in the *C.C.Q.* according to which the object of a contract needs to be precise and the object of an obligation sufficiently determinate or determinable to be recognized as the common intention of the parties to be sought when interpreting a contract.

(2) Application of the Above Principles to the Instant Appeal

(a) *The Appellant's Motion Should Not Have Been Granted*

[26] In my view, the Court of Appeal was right to allow the appeal. Article 1425 *C.C.Q.* does not allow PJC Canada and PJC USA to retroactively

une intention générale de neutralité fiscale lorsque les écrits constatant l'intention commune des parties contractantes produisent des conséquences fiscales imprévues et indésirables.

[24] À mon avis, lorsqu'un contrat, dont l'effet voulu est, en tout ou en partie, d'éviter, de reporter ou de minimiser l'impôt payable, produit des conséquences fiscales indésirables, l'expression de l'entente ne pourra être modifiée sur le fondement de l'art. 1425 *C.c.Q.* qu'à deux conditions. Premièrement, si les parties à l'entente cherchaient expressément au départ à éviter ces conséquences fiscales au moyen d'obligations suffisamment précises dont les objets, soit les prestations à exécuter, sont déterminés ou déterminables; et, deuxièmement, si les obligations, dans la mesure où elles avaient été correctement exprimées, et les prestations correspondantes, dans la mesure où elles avaient été correctement exécutées, avaient eu l'effet recherché. Il en est ainsi parce que l'interprétation des contrats est axée sur ce que les parties contractantes ont vraiment convenu de faire, et non sur les raisons qu'elles avaient de conclure le contrat ou sur les conséquences qu'elles voulaient que ce contrat produise.

[25] Une telle interprétation des art. 1412 et 1373 *C.c.Q.* ne signifie pas que l'expression d'une entente ne pourra être modifiée sur le fondement de l'art. 1425 *C.c.Q.* que pour corriger les erreurs d'écriture. Elle consacre, cependant, les exigences du *C.c.Q.* suivant lesquelles l'objet d'un contrat doit être précis et celui d'une obligation doit être suffisamment déterminé ou déterminable pour qu'on y retrouve l'intention commune des parties recherchée au moment de l'interprétation d'un contrat.

(2) Application au présent pourvoi des principes énoncés précédemment

a) *La requête de l'appelante n'aurait pas dû être accueillie*

[26] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel. L'article 1425 *C.c.Q.* ne permet pas à PJC Canada et à PJC USA de modifier avec effet

amend the documents recording and implementing their agreement in the circumstances of this case. There was no error in the way their agreement was expressed. Moreover, they did not turn their minds to FAPI or a particular means of avoiding it, but merely had a general intention that their agreement be tax-neutral.

[27] PJC Canada emphasizes the application judge's finding that it and PJC USA had the common intention of both neutralizing the effect of exchange rate fluctuations and generating no tax consequences. It accordingly argues that it did not need to conceptualize the precise set of prestations or transactions required to give effect to its intention of tax neutrality. I disagree.

[28] As outlined above, a general intention of tax neutrality, not related to obligations whose objects are determinate or determinable, cannot, on its own, give rise to a common intention that would form part of the original contract and permit the requested modifications. One should not confuse the notion of a contract, which is an agreement of wills for the purpose of carrying out juridical operation, with its consequences: *AES*, at para. 28; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 271-72. As Professors Lluellas and Moore put it:

[TRANSLATION] The object of a contract must not be confused with its effect. . . . Unlike the former Code — and most other civil law legislation — the *Civil Code of Québec* makes a clear distinction between the object of a contract (art. 1412), the object of an obligation (art. 1373) and the effect of a contract (art. 1433). [para. 1050]

The intention that no adverse tax consequences result from a contract is more accurately described as the intended consequence of the contract, while the intention of neutralizing the effect of exchange rate fluctuations is more accurately described as the cause of the contract: art. 1410 *C.C.Q.* Neither constitutes a contract, the object of a contract or the object of an obligation, and neither can ground the retroactive modification of documents that accurately record and implement what both parties actually agreed to do.

rétroactif les documents constatant et exécutant leur entente dans les circonstances de l'espèce. L'expression de cette entente ne comportait aucune erreur. Qui plus est, les parties contractantes n'avaient pas songé à la question du RÉATB ou à un moyen particulier pour l'éviter; ils n'avaient que l'intention générale que l'entente soit neutre sur le plan fiscal.

[27] PJC Canada insiste sur le fait que, pour le juge saisi de la demande, leur intention commune à elle et à PJC USA était de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change et de ne produire aucune conséquence fiscale. Elle affirme donc qu'elle n'avait pas à songer à la série de prestations ou transactions nécessaires pour donner effet à son intention de neutralité fiscale. Je ne suis pas d'accord.

[28] Comme je l'ai mentionné, une intention générale de neutralité fiscale qui n'est pas liée à des obligations aux objets déterminés ou déterminables ne peut, en elle-même, donner lieu à une intention commune emportant formation du contrat original et permettre les modifications demandées. Il ne faut pas confondre le contrat, qui est un accord de volonté sur la réalisation d'une opération juridique, avec ses conséquences : *AES*, par. 28; Pineau, Burman et Gaudet, p. 271-272. Comme l'indiquent les professeurs Lluellas et Moore :

L'objet du contrat ne doit pas davantage être confondu avec son effet. [ . . . ] Contrairement au Code antérieur — et à la plupart des autres législations civilistes —, le *Code civil du Québec* distingue nettement l'objet du contrat (art. 1412), de l'objet de l'obligation (art. 1373) et de l'effet du contrat (art. 1433). [par. 1050]

Ainsi, il serait plus exact de dire que l'intention selon laquelle aucune conséquence fiscale défavorable ne doit découler du contrat est la conséquence recherchée par les parties au contrat, et que l'intention de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change est la cause du contrat : art. 1410 *C.c.Q.* Ni l'une ni l'autre ne constitue un contrat, l'objet d'un contrat ou l'objet d'une obligation, et ni l'une ni l'autre ne peut justifier que l'on modifie avec effet rétroactif des documents qui constatent et exécutent avec exactitude ce que les deux parties avaient vraiment convenu de faire.

[29] Written documents can be modified in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* so that they accurately reflect the true agreement between the parties. The agreement itself cannot be modified to achieve whatever results the parties may have desired or expected in entering into it. PJC Canada and PJC USA agreed on the precise set of prestations they wanted to execute, and there was no error in the way their agreement was expressed or executed. It simply resulted in unforeseen and undesirable tax consequences for PJC Canada. In the words of the respondent, there was a mistake in the transactions agreed to, not in the way they were expressed.

[30] *AES* and *Riopel* provide a useful contrast and illustrate the importance of agreeing on precise transactional scheme to achieve a certain tax result. In those cases, the contracting parties had agreed on a particular set of prestations to defer tax payable. The “agreements provided . . . for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties”, namely tax deferral on a share exchange using rollover provisions in the tax legislation (*AES*) and tax deferral on a corporate amalgamation as part of a detailed tax plan, again under particular tax provisions (*Riopel*): *AES*, at para. 54 (emphasis added). Because of mistakes in the documents recording and implementing the contracting parties’ agreements, tax was not deferred. In the *AES* case, the mistake consisted of a miscalculation in the adjusted cost base (“ACB”) of the transferred shares — the procedure agreed to by the parties required the issuance and delivery of a note for an amount precisely equal to the shares’ ACB. In the *Riopel* case, the mistake was that the parties’ tax advisors reversed the order of certain transactions, contrary to the detailed tax plan to which the parties had verbally agreed.

[29] Des documents écrits peuvent être modifiés en application de l’art. 1425 *C.c.Q.* pour qu’ils reflètent avec exactitude l’entente véritable intervenue entre les parties. Par contre, l’entente comme telle ne peut être modifiée pour atteindre les résultats, quels qu’ils soient, que les parties peuvent avoir voulu ou escomptés en la concluant. PJC Canada et PJC USA se sont entendues sur la série de prestations précises qu’elles voulaient exécuter, et il n’y a eu aucune erreur dans la façon d’exprimer ou d’exécuter cette entente. Cette dernière a simplement eu pour PJC Canada des effets imprévus et indésirables sur le plan fiscal. Comme le dit l’intimé, l’erreur réside dans les transactions dont les parties ont convenu, non dans la façon dont elles ont été exprimées.

[30] Les affaires *AES* et *Riopel* offrent un contraste utile et montrent l’importance de l’entente sur le montage transactionnel précis qui permettra d’obtenir un certain résultat sur le plan fiscal. Dans ces affaires, les parties contractantes s’étaient entendues sur une série de prestations visant à reporter l’impôt payable. Les « ententes prévoyaient [. . .] la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs visés par les parties impliquées », soit un report de l’impôt découlant d’un transfert d’actions faisant appel aux dispositions de roulement des lois fiscales (*AES*), et un report de l’impôt consécutif à une planification fiscale détaillée comportant une fusion de sociétés commerciales, fondée encore là sur certaines dispositions fiscales (*Riopel*) : *AES*, par. 54 (je souligne). À cause d’erreurs dans les documents constatant et exécutant les accords conclus entre les parties contractantes, l’impôt n’a pas été reporté. Dans l’affaire *AES*, l’erreur résidait dans le calcul du prix de base rajusté (« PBR ») des actions transférées — la procédure acceptée par les parties prévoyait l’émission et la remise d’un billet égal au montant exact du PRB. Dans l’affaire *Riopel*, l’erreur tenait au fait que les conseillers fiscaux des parties avaient inversé l’ordre de certaines transactions, contrairement à la planification fiscale détaillée sur laquelle les parties s’étaient entendues verbalement.

[31] In contrast, in the appeal here, the parties to the contract did not originally and specifically agree upon a juridical operation for the purpose of turning their general intention to neutralize tax consequences into a series of specific obligations and prestations. This general intention of the parties was not sufficiently precise to establish the details of a contemplated operation: *AES*, at para. 31. The parties did not agree to carry out, for example, a detailed tax plan: *AES*, at para. 36. There is no defective act that expressed incorrectly what they would have specifically agreed to: *AES*, at para. 38. There is no gap to fill in the text in order to give effect to the parties' common intention, as such intention was never clearly defined and related to obligations whose objects, the prestations, are determinate or determinable: *AES*, at paras. 48, 52 and 54. There is no agreement of will not implemented properly: *AES*, at para. 37. The determinate scenario agreed on by PJC Canada and PJC USA was drawn up properly, but because it was drawn up properly, it produced unintended and unforeseen tax consequences.

[32] In line with the above, if PJC Canada and PJC USA had turned their minds to FAPI and had agreed to a transactional scheme that, if recorded and implemented properly, would have accomplished the goal of neutralizing currency fluctuations while also preventing the generation of FAPI, it would be appropriate to permit the written documents related to the transactions to be amended if that common intention was improperly transcribed in them. But this is not what happened.

[33] PJC Canada says that it is enough that FAPI was determinable at the time of contract formation, like the ACB of the shares in *AES*. It is true that prestations do not need to be determined at the moment of the contract's formation, as long as they are determinable, meaning that the parties agree on pre-determined and objective criteria for determining them. See Pineau, Burman and Gaudet, at p. 274; Lluellas and Moore, at paras. 1049.8 to 1049.13. Yet there is a fundamental difference between a

[31] Par contre, dans le présent pourvoi, les parties au contrat n'avaient pas convenu spécifiquement à l'origine d'une série d'obligations et de prestations précises qui constitueraient l'opération juridique en vue de mettre en œuvre leur intention générale de neutraliser les conséquences fiscales. Cette intention générale des parties n'était pas suffisamment précise pour établir les paramètres de l'opération envisagée : *AES*, par. 31. Les parties ne se sont pas entendues pour réaliser, à titre d'exemple, une planification fiscale détaillée : *AES*, par. 36. Il n'y a pas d'acte erroné exprimant incorrectement ce sur quoi elles se seraient précisément entendues : *AES*, par. 38. Il n'y a pas de vide à combler dans le texte afin de donner effet à l'intention commune des parties, car cette intention n'a jamais été clairement établie et liée à des obligations dont les objets, les prestations, étaient déterminés ou déterminables : *AES*, par. 48, 52 et 54. Aucun accord de volonté n'a été exécuté erronément : *AES*, par. 37. Le scénario déterminé dont avaient convenu PJC Canada et PJC USA a été élaboré correctement, mais parce qu'il a été élaboré correctement, il a produit des conséquences fiscales indésirables et imprévues.

[32] En conséquence, si PJC Canada et PJC USA s'étaient arrêtées à la question du RÉATB et avaient convenu d'un montage transactionnel qui, s'il avait été constaté et exécuté correctement, aurait permis de réaliser l'objectif de neutraliser l'effet des fluctuations monétaires tout en évitant de produire du RÉATB, il serait approprié d'autoriser la modification des documents écrits afférents à ces transactions s'ils présentaient une transcription erronée de cette volonté commune. Ce n'est toutefois pas ce qui s'est passé.

[33] PJC Canada soutient qu'il suffit que le RÉATB ait été déterminable au moment de la formation du contrat, comme l'était le PBR des actions dans l'affaire *AES*. Il est vrai qu'il n'est pas nécessaire que la prestation soit déterminée au moment de la formation du contrat, pourvu qu'elle soit déterminable, c'est-à-dire que les parties conviennent de critères de détermination de la prestation qui soient prédéterminés et objectifs. Voir Pineau, Burman et Gaudet, p. 274; Lluellas

contract under which one of a party's prestations — necessary for obtaining the intended tax result — is to issue and deliver a note in an objectively calculable amount equal to the ACB of transferred shares, and a contract under which there is no obligation addressing FAPI, and no prestations agreed on that would prevent its fiscal consequences. Parties to a contract must know their rights and obligations under it.

[34] Although I agree with PJC Canada that modifications to written documents expressing parties' agreement can include the insertion of transactions, this is possible only where doing so would bridge the gap between the contracting parties' common intention and the written expression thereof. This would be the case if, for instance, PJC Canada and PJC USA had agreed on a transactional scheme that would successfully avoid the generation of FAPI but, for some reason, one or more of the transactions agreed on was mistakenly omitted. There is no such gap in the instant appeal.

[35] That being said, the comparison between what was required to do in *AES* to implement the correction and what would be required in the present case if the parties' motion is granted, is irrelevant. It is not the nature of the modifications contemplated by the parties in the present case that thwart their request, but the fact that their intention was not initially, sufficiently defined and does not relate to obligations whose objects are determinate or determinable, as to justify such modifications under art. 1425 *C.C.Q.*

(b) *The Court of Appeal's Factual Error Is Inconsequential*

[36] The Court of Appeal stated that the rectification sought by PJC Canada was to implement the second of the two scenarios that its professional advisors had suggested and that PJC Canada had

et Moore, par. 1049.8 à 1049.13. Il existe pourtant une différence fondamentale entre un contrat selon lequel une des prestations à laquelle une partie est tenue — pour obtenir le résultat fiscal voulu — consiste en l'émission et la remise d'un billet égal au montant objectivement calculable du PBR des actions transférées, et un contrat en vertu duquel il n'existe ni obligation concernant un RÉATB, ni prestations dont les parties auraient convenu pour empêcher que ne surviennent les conséquences fiscales. Les parties à un contrat doivent connaître les droits que ce contrat leur confère et les obligations qu'il leur impose.

[34] Bien que je convienne avec PJC Canada que l'on peut modifier des documents écrits constatant l'entente entre les parties en y ajoutant des transactions, cela n'est possible que si, ce faisant, on comble l'écart entre l'intention commune des parties contractantes et son expression écrite. Ce serait le cas si, par exemple, PJC Canada et PJC USA avaient convenu d'un montage transactionnel qui aurait permis d'éviter la production de RÉATB mais que, pour une raison quelconque, on avait par erreur omis de consigner une ou plusieurs de ces transactions dans le contrat. Un tel écart n'existe pas en l'espèce.

[35] Cela étant dit, la comparaison entre ce qu'il fallait faire dans *AES* pour corriger l'entente et ce qu'il faudrait faire en l'espèce si la requête des parties était accueillie n'est pas pertinente. Ce n'est pas la nature des modifications qu'envisagent les parties en l'espèce qui fait échec à leur demande, mais le fait que leur intention n'était pas suffisamment précise à l'origine et qu'elle n'avait pas trait à des obligations aux objets déterminés ou déterminables, ce qu'il aurait fallu pour que ces modifications soient possibles en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*

(b) *L'erreur factuelle de la Cour d'appel est sans conséquence*

[36] La Cour d'appel a déclaré que la rectification recherchée par PJC Canada consistait en la mise en œuvre du deuxième scénario proposé par ses conseillers professionnels qu'elle avait rejeté au

originally declined to pursue: para. 37. Both parties agree that this statement is incorrect. The scenarios that PJC Canada's advisors presented did not include the transactions that PJC Canada now seeks to insert retroactively.

[37] In my opinion, this erroneous factual conclusion is of no consequence. On my reading of the court's reasons, it did not base its decision on this factual misconception. Rather, its reasons demonstrate that it determined that PJC Canada and PJC USA had intended to implement the very agreement that was in fact implemented. The court correctly held that the two parties could not seek to rewrite the tax history of their agreement, since a general intention to reduce tax liability was insufficiently determinate to serve as the basis for rectification in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* In any event, the fact that PJC Canada admits it never initially considered the new transactions it now seeks to implement does not help its position, as the above discussion reveals.

(c) *Other Arguments*

[38] Given my conclusion that the intention of PJC Canada and PJC USA that the agreement be tax-neutral does not allow the documents underlying the transactional scheme to be amended, there is no need to address the respondent's first, evidentiary argument.

[39] There is also no need for this Court to address or adopt the appellant's proposed guidelines. In my view, contract principles under Quebec civil law, together with this Court's reasons in the instant appeal and in *AES*, provide sufficient guidance to taxpayers and lower courts regarding the amendment of written contracts, documents or instruments in accordance with art. 1425 *C.C.Q.*

B. *Tax Policy Considerations Reinforce the Result in This Appeal*

[40] My conclusion in the instant appeal finds additional support in two significant tax policy concerns.

départ : par. 37. Les deux parties conviennent que cette déclaration est erronée. Les transactions que PJC Canada cherche maintenant à introduire avec effet rétroactif ne faisaient pas partie des scénarios présentés par ses conseillers.

[37] À mon avis, cette conclusion factuelle erronée est sans conséquence. Selon la lecture que je fais de ses motifs, la Cour d'appel n'a pas fondé sa décision sur cette erreur factuelle. Il ressort plutôt de ses motifs que, pour elle, PJC Canada et PJC USA entendaient réaliser l'entente qui a en fait été réalisée. Elle a eu raison de conclure que les deux parties ne pouvaient tenter de réécrire l'histoire fiscale de leur entente parce que l'intention générale de réduire leurs obligations fiscales n'est pas une intention suffisamment déterminée pour justifier une rectification fondée sur l'art. 1425 *C.c.Q.* Quoi qu'il en soit, le fait que PJC Canada admette qu'elle n'a jamais envisagé à l'origine les nouvelles transactions qu'elle cherche maintenant à réaliser ne lui est d'aucun secours, comme le montre l'analyse qui précède.

c) *Autres arguments*

[38] Vu ma conclusion selon laquelle l'intention de PJC Canada et de PJC USA, soit que l'entente devait être neutre sur le plan fiscal, ne permet pas de modifier les documents au soutien du montage transactionnel, il est inutile de répondre au premier argument de l'intimé fondé sur la preuve.

[39] Il n'est pas non plus nécessaire que la Cour examine ou adopte les lignes directrices proposées par l'appelante. J'estime, en effet, que les principes de droit civil québécois en matière de contrat combinés aux motifs de la Cour dans le présent pourvoi et dans l'arrêt *AES*, donnent aux contribuables et aux tribunaux d'instances inférieures des indications suffisantes sur la modification des contrats, des documents ou des instruments écrits permise par l'art. 1425 *C.c.Q.*

B. *Des considérations d'ordre fiscal renforcent l'issue du présent pourvoi*

[40] Ma conclusion dans le présent pourvoi trouve en outre appui dans deux importantes considérations de principe et d'ordre fiscal.

[41] First, accepting PJC Canada's position would require this Court to ignore the legal relationships that it and PJC USA originally agreed to create, and actually created, in favour of the tax consequences they sought to achieve. It would thus undermine one of the fundamental principles of our tax system: that tax consequences flow from the legal relationships or transactions established by taxpayers. See P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at p. 578; and V. Krishna, *Income Tax Law* (2nd ed. 2012), at pp. 473 and 475. This tenet is closely related to the Duke of Westminster principle, which is that taxpayers have the right to order their affairs to minimize tax payable: *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19, per Lord Tomlin. Both principles have been affirmed by this Court many times. See e.g. *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paras. 45-46; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540, per Wilson J., and at p. 557, per Estey J.; *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, at para. 88. For instance, in *Shell Canada*, this Court unanimously stated the following, at para. 45:

Unless the Act provides otherwise, a taxpayer is entitled to be taxed based on what it actually did, not based on what it could have done, and certainly not based on what a less sophisticated taxpayer might have done. [Emphasis added.]

Equally, if taxpayers agree to and execute an agreement that produce unintended tax consequences, they must still be taxed on the basis of that agreement and not on the basis of what they "could have done" to achieve their intended tax consequences, had they been better informed. Tax consequences do not flow from contracting parties' motivations or tax objectives.

[42] Second, I believe that allowing the amendment of the written documents in the instant appeal would amount to retroactive tax planning. It would

[41] Premièrement, en retenant la thèse de PJC Canada, la Cour se trouverait à ignorer le rapport juridique que cette dernière et PJC USA ont initialement convenu d'établir, et ont de fait établi, au profit des conséquences fiscales qu'elles cherchaient à produire. Or, cela aurait pour effet de compromettre l'un des principes fondamentaux de notre régime fiscal : soit que les conséquences fiscales découlent des rapports juridiques établis par les contribuables ou des transactions juridiques dont ils ont convenu. Voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7<sup>e</sup> éd. 2010), p. 578; et V. Krishna, *Income Tax Law* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 473 et 475. Ce précepte est étroitement lié au principe tiré de l'arrêt *Duke of Westminster*, à savoir que les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt qu'ils ont à payer : *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), p. 19, le lord Tomlin. Ces deux principes ont été confirmés à maintes reprises par la Cour. Voir p. ex. *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45-46; *Stubart Investments Ltée c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 540, la juge Wilson, et p. 557, le juge Estey; *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795, par. 88. À titre d'exemple, au par. 45 de l'arrêt *Shell Canada*, la Cour à l'unanimité a affirmé ce qui suit :

Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait. [Je souligne.]

De même, si les contribuables concluent et exécutent une entente qui entraîne des conséquences fiscales non souhaitées, ils doivent néanmoins être imposés en fonction de cette entente et non en fonction de ce qu'ils « auraient pu faire » pour produire les conséquences voulues s'ils avaient été mieux informés. Les conséquences fiscales ne découlent pas des motivations ou des objectifs fiscaux des parties contractantes.

[42] Deuxièmement, j'estime que permettre la modification des documents écrits dans le présent pourvoi reviendrait à consacrer une planification

set an undesirable precedent, where taxpayers could point to a common intention to effect their transactions on a tax-neutral basis to immunize themselves from unforeseen tax consequences. Such an intention would be common to many taxpayers and transactions, particularly where the parties are not at arm's length. Allowing a general intention of tax neutrality to serve as a basis for retroactively modifying contracts would effectively enable many taxpayers to look to art. 1425 *C.C.Q.* as a kind of catch-all insurance for their inadvertence or mistakes, or for those of their tax advisors, in planning transactions.

[43] I recognize that “[i]ncome tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply”: *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 1. But when taxpayers agree to certain transactions and later claim that their advisors made mistakes by failing to properly advise them that the transactions they agreed to would produce unintended tax consequences, the appropriate avenue to recoup their ensuing losses is not through the retroactive amendment of their agreement. Rather, if the mistakes are of such a nature as to warrant it, taxpayers can bring a claim against their advisors, who generally have professional liability insurance, and try to prove that claim in the courts.

C. *The Natural Consistency in Outcomes Under Rectification in Quebec Civil Law and Rectification in Equity Is Desirable*

[44] As these reasons and those of my colleague Brown J. in *Fairmont* reveal, rectification under Quebec civil law, as the parties and the courts below referred to it, and the equitable remedy of rectification stem from different legal sources but lead to similar results. Both ultimately have the same purpose: to ascertain that the true agreement between

fiscale rétroactive. La Cour créerait ainsi un précédent non souhaitable, soit que les contribuables puissent invoquer une intention commune que leurs transactions soient fiscalement neutres pour se protéger des conséquences fiscales imprévues. Cette intention pourrait être invoquée par de nombreux contribuables et à l'égard de nombreuses transactions, notamment lorsque les parties ont un lien de dépendance. Reconnaître qu'une intention générale de neutralité fiscale peut justifier la modification avec effet rétroactif d'un contrat permettrait effectivement à de nombreux contribuables de considérer l'art. 1425 *C.c.Q.* comme une assurance générale les protégeant, eux et leurs conseillers fiscaux, des inattentions ou erreurs qu'ils pourraient commettre dans la planification des transactions.

[43] Je reconnais que le « droit de l'impôt sur le revenu est d'une complexité notoire, et [que] de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles » : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 1. Cependant, lorsque des contribuables conviennent de certaines transactions et prétendent ensuite que leurs conseillers ont commis l'erreur de ne pas les avoir prévenus que les transactions en cause produiraient des conséquences fiscales indésirables, ce n'est pas en modifiant leur entente avec effet rétroactif qu'ils pourront recouvrer leurs pertes. En effet, si l'erreur commise est de nature à le justifier, les contribuables pourront plutôt poursuivre leurs conseillers — qui possèdent habituellement une assurance responsabilité professionnelle — et tenter de prouver le bien-fondé de leurs allégations devant les tribunaux.

C. *La cohérence naturelle entre les décisions issues du recours en rectification du droit civil québécois et celles issues du recours en rectification de l'equity est souhaitable*

[44] Comme le révèlent les présents motifs et ceux de mon collègue le juge Brown dans l'arrêt *Fairmont*, le recours en rectification du droit civil québécois — comme l'ont désigné les parties et les juridictions d'instances inférieures — et le recours en rectification qui relève de l'equity découlent de sources juridiques différentes, mais aboutissent à

the contracting parties is accurately expressed in the written instruments reflecting either the terms of the agreement or the execution of the obligations themselves. The civil law accomplishes this goal through contractual interpretation and retroactive amendment of documents, while equity accomplishes it through the correction of written instruments to reflect the true agreement of the parties.

[45] Rectification under Quebec civil law stems from principles of contract formation and interpretation, as codified in the *C.C.Q.*, particularly art. 1425. A similar provision appeared in its predecessor, the *Civil Code of Lower Canada* (art. 1013), and in the *Code Napoléon* (art. 1156), on which the latter was partly based.

[46] Rectification under the common law is not based on legislative or statutory power, but on the equitable jurisdiction of judges. Equity, which is concerned with fairness and justice, provides remedies in particular cases where the rigidity of the common law would lead to unconscionable results. One such possible instance is where a written instrument documenting an agreement between contracting parties fails to accurately reflect that agreement. At common law, the terms of the agreement would be identified by strictly interpreting the terms of the written instrument. Judges, however, can exercise their equitable jurisdiction to give relief from that inflexibility by correcting the written instrument to bring it in line with the true agreement between the parties. Rectification is thus an exception to the parol evidence rule, by which oral evidence is not admissible to alter written instruments. See *Snell's Equity* (31st ed. 2005), by J. McGhee, ed., at pp. 3-5 and 331-32; I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at pp. 630-31; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20th ed. 2015), by J. Glister and J. Lee, at pp. 3-4 and 846-47.

des résultats semblables. Ils ont tous les deux en définitive le même objectif : vérifier si l'entente véritable intervenue entre les parties contractantes est exprimée avec justesse dans les instruments écrits qui, soit reflètent les conditions de l'entente, soit constituent l'exécution des obligations elles-mêmes. Le droit civil atteint cet objectif par l'interprétation du contrat et la modification avec effet rétroactif des documents, tandis que l'équité l'accomplit par la correction des documents écrits afin que ces derniers reflètent l'entente véritable intervenue entre les parties.

[45] En droit civil québécois, la rectification découle des principes relatifs à la formation et à l'interprétation des contrats codifiés dans le *C.c.Q.*, plus particulièrement à l'art. 1425. Une disposition semblable figurait dans le *Code civil du Bas Canada* (art. 1013) qui l'a précédé, et dans le *Code Napoléon* (art. 1156) sur lequel ce dernier était en partie fondé.

[46] En common law, la rectification n'est pas fondée sur l'exercice du pouvoir législatif, mais sur la compétence dont jouissent les juges en equity. Cette dernière, qui s'attache à l'équité et à la justice, offre des réparations dans des cas particuliers où la rigidité de la common law mènerait à des résultats inadmissibles. Le cas où un document écrit constatant une entente intervenue entre les parties contractantes ne reflète pas avec exactitude cette entente en est un exemple. En common law, les modalités de l'entente seraient établies uniquement par une interprétation du libellé de l'instrument écrit. Les juges peuvent toutefois exercer le pouvoir que leur confère l'équité de remédier à ce manque de souplesse, en corrigeant le document écrit de sorte qu'il soit conforme à l'entente véritable intervenue entre les parties. La rectification est donc une exception à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, selon laquelle la preuve testimoniale n'est pas admissible pour modifier un document écrit. Voir *Snell's Equity* (31<sup>e</sup> éd. 2005), par J. McGhee, éd., p. 3-5 et 331-332; I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9<sup>e</sup> éd. 2014), p. 630-631; *Hanbury et Martin Modern Equity* (20<sup>e</sup> éd. 2015), par J. Glister et J. Lee, p. 3-4 et 846-847.

[47] Despite their different origins, both rectification under Quebec civil law and rectification in equity are strict, in the sense that only the expression or transcription of contracts can be amended; contracts themselves cannot be reformulated. See *AES*; Spry, at pp. 630-32; *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at pp. 417-18; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, at p. 375. In both cases, the true agreement is paramount, not its intended consequences or effects. Given these commonalities, it is not surprising that, when faced with the same facts, courts in both legal systems will generally reach similar results when asked to recognize amendments to the expression of the parties' common intention in accordance with art. 1425 *C.C.Q.* or to rectify written instruments on equitable grounds. I will briefly examine the instant case and *Fairmont* to illustrate this consistency in results.

[48] In the instant appeal, the contracting parties agreed to three original transactions, which were accurately expressed in the related written documents. The appellant's requested amendments — inserting two transactions the contracting parties had not previously contemplated, so that their general intention of tax neutrality will be achieved — are not permissible under art. 1425 *C.C.Q.*, nor would they be in equity. The contracting parties did not reach a prior agreement with definite and ascertainable terms that included these two transactions. As such, courts in the common law provinces would view the parties' motion as an attempt to reformulate the agreement they had originally reached, something rectification does not do.

[49] In *Fairmont*, the respondent Fairmont Hotels Inc. ("Fairmont") and two subsidiaries entered into a complex financing arrangement with a Canadian real estate investment trust. Because the financing was in U.S. currency, Fairmont's participation exposed it and its subsidiaries to potential foreign exchange tax

[47] Malgré leur origine différente, la rectification relevant du droit civil québécois et celle relevant de l'équité sont d'application stricte, en ce sens que la modification ne peut porter que sur l'expression ou la transcription du contrat; le contrat lui-même ne peut être reformulé. Voir *AES*; Spry, p. 630-632; *Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par J. McGhee, p. 417-418; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, p. 375. En outre, dans les deux cas, c'est la véritable entente qui prime, et non pas ses conséquences ou ses effets voulus. Compte tenu de ces points communs, il n'est pas surprenant que, saisis des mêmes faits, les tribunaux qui œuvrent dans les deux systèmes juridiques parviennent généralement à un résultat semblable lorsqu'on leur demande d'autoriser la modification de l'expression de l'intention commune des parties en application de l'art. 1425 *C.c.Q.* ou de rectifier des instruments écrits sur le fondement des règles d'équité. J'examinerai brièvement la présente cause et l'affaire *Fairmont* pour illustrer cette cohérence dans les résultats.

[48] Dans l'affaire qui nous occupe, les parties contractantes ont consenti à trois transactions initiales qui ont été exprimées avec exactitude dans les documents écrits y afférents. Les modifications demandées par l'appelante — soit l'ajout de deux transactions que les parties contractantes n'avaient pas envisagées auparavant, de façon à réaliser leur intention générale de neutralité fiscale — ne sont pas permises par l'art. 1425 *C.c.Q.*, et ne le seraient pas non plus en équité. Les parties contractantes n'ont conclu aucune entente préalable dont les conditions étaient déterminées et déterminables et qui incluait ces deux transactions. C'est pourquoi les tribunaux des provinces de common law considéreraient la requête des parties comme une tentative de reformuler l'entente qu'elles avaient conclue à l'origine, ce que la rectification ne fait pas.

[49] Dans *Fairmont*, l'intimée, Hôtels Fairmont Inc. (« Fairmont »), et deux filiales ont convenu d'un montage financier complexe avec une fiducie canadienne d'investissement immobilier. Comme le financement était conclu en dollars américains, en y participant, Fairmont et ses filiales s'exposaient

liability. The original arrangement fully hedged the exposure of both Fairmont and its subsidiaries to that liability. A few years later, however, Fairmont was acquired by two other companies, causing its goal of foreign exchange tax neutrality to be frustrated. Fairmont and its acquirers thus agreed on a modified plan under which Fairmont, but not its subsidiaries, would be fully hedged against its exposure to foreign exchange tax liability once again. Fairmont's two subsidiaries were not similarly protected under the modified plan. Fairmont intended to resolve this problem in the future, but had no specific plan as to how it would do so. A year after the acquisition and implementation of the modified plan, the financing arrangement with the trust had to be wound up on an urgent basis. To that end, Fairmont redeemed its shares in its subsidiaries, on the incorrect assumption that the subsidiaries' foreign exchange tax neutrality had been secured. This triggered taxable foreign exchange gains, which were discovered after a CRA audit. To avoid that unintended tax liability, Fairmont requested rectification of the corporate resolutions redeeming the shares, asking the courts to convert the share redemption into a loan.

[50] As my colleague Brown J.'s reasons explain, the equitable remedy of rectification was unavailable to Fairmont because it could not show that it had reached a prior agreement with definite and ascertainable terms to secure foreign exchange tax neutrality for its subsidiaries after the modified plan had been put in place. If Fairmont's request had been made under Quebec civil law, in accordance with art. 1425 *C.C.Q.*, it would also have been denied. Although Fairmont had a particular tax consequence in mind (avoiding taxable foreign exchange gains), it did not have an agreement that would successfully ensure such avoidance for its subsidiaries during the wind up of the financing arrangement. A

à de possibles obligations fiscales découlant de la conversion monétaire. Le montage original protégeait entièrement Fairmont et ses filiales d'une telle éventualité. Cependant, quelques années plus tard, Fairmont a été acquise par deux autres sociétés, ce qui est venu contrecarrer l'objectif de neutralité fiscale de la conversion monétaire. Fairmont et les sociétés acquéreuses ont donc convenu d'un plan modifié par lequel Fairmont, mais non ses filiales, était de nouveau totalement protégée contre les obligations fiscales découlant de la conversion monétaire. Le plan modifié n'offrait pas la même protection aux deux filiales de Fairmont. Cette dernière avait l'intention de régler le problème ultérieurement, mais ne savait pas exactement comment elle s'y prendrait. Un an après l'acquisition et la mise en œuvre du plan modifié, l'arrangement financier conclu avec la fiducie a dû être résilié en toute hâte. À cette fin, Fairmont a racheté les actions qu'elle détenait dans ses filiales, présumant à tort que celles-ci bénéficiaient de la neutralité fiscale de la conversion monétaire. Ce rachat a engendré des gains sur change imposables, qui ont été découverts à la suite d'une vérification effectuée par l'ARC. Afin d'échapper à cet impôt indésirable, Fairmont a demandé la rectification des résolutions autorisant le rachat des actions, s'adressant aux tribunaux pour qu'ils transforment en prêt le rachat des actions.

[50] Comme mon collègue le juge Brown l'explique dans ses motifs, Fairmont ne pouvait se prévaloir de la réparation en equity que constitue la rectification parce qu'elle n'était pas en mesure de démontrer qu'elle avait conclu une entente préalable, assortie de modalités déterminées et déterminables, afin que ses filiales bénéficient de la neutralité fiscale de la conversion monétaire après la mise en œuvre du plan modifié. Si la demande de Fairmont avait été présentée en application de l'art. 1425 *C.c.Q.*, c.-à-d. selon le droit civil québécois, elle aurait également été rejetée. Bien que Fairmont eût à l'esprit une certaine conséquence fiscale (éviter les gains sur change imposables),

general intention to avoid a certain tax consequence is, like a general intention of tax neutrality, insufficiently determinate or determinable to constitute an object of an obligation or of a contract under Quebec civil law. The parties did not agree on a set of precise transactions that, if expressed correctly, would have avoided triggering the unintended tax liability for Fairmont's subsidiaries on the wind up of the financing arrangement.

[51] I acknowledge that rectification under Quebec civil law and rectification in equity will not, however, always lead to the same result. This is because of differences between the principles of contract law specific to the two legal systems and variations in the facts from case to case.

[52] Still, the natural convergence in principles and outcomes I have described above is generally desirable, particularly in the tax context. Taxpayers in both Quebec and the common law provinces are subject to the same federal taxation system. They could expect to encounter similar results when they seek to amend documents that express their agreement and lead to unintended tax consequences. And, as in the case of good faith under the civil law and the common law of contracts, this is another example of the two legal systems achieving convergence despite their distinct origins and principles.

#### V. Disposition

[53] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs throughout.

elle n'a pas conclu l'entente qui aurait permis à ses filiales d'y échapper lors de la résiliation du montage financier. Une intention générale d'échapper à une certaine conséquence fiscale, tout comme une intention générale de neutralité fiscale, n'est pas suffisamment déterminée ou déterminable pour être l'objet d'une obligation ou d'un contrat en droit civil québécois. Les parties n'avaient convenu d'aucune série de transactions précises qui, si elles avaient été correctement exprimées, auraient empêché que les filiales de Fairmont n'aient à subir les conséquences fiscales indésirables de la résiliation du montage financier.

[51] Je reconnais que la rectification en droit civil québécois et celle en equity ne produiront toutefois pas toujours le même résultat. Cela tient au fait que les principes du droit des contrats propres à chacun des deux systèmes juridiques sont différents et que les faits sont uniques à chaque cas.

[52] La convergence naturelle des principes et des résultats que j'ai décrite précédemment est néanmoins généralement souhaitable, en particulier dans le contexte fiscal. Les contribuables du Québec et des provinces de common law sont assujettis au même régime fiscal fédéral. Ils devraient pouvoir parvenir à des résultats semblables lorsqu'ils demandent la modification de documents représentant l'expression de l'entente qu'elles ont conclue et produisant des conséquences fiscales indésirables. Tout comme la notion de bonne foi des régimes de droit civil et de common law en matière de contrats, il s'agit là d'un exemple de la convergence qui peut s'établir entre les deux systèmes juridiques, en dépit de leur origine et des principes différents qui les régissent.

#### V. Dispositif

[53] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours.

The reasons of Abella and Côté JJ. were delivered by

[54] CÔTÉ J. (dissenting) — This appeal requires us to interpret and apply the guidelines governing the availability of “rectification” in Quebec civil law as established by this Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 (“AES”). In my view, the proper interpretation of these guidelines and their application to the case before us confirm that the appellant’s motion for rectification is both legitimate and necessary. With respect, I believe that the liberal and generous approach to rectification applied by LeBel J. in *AES* and endorsed by Abella J. in *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 (“*Fairmont*”), should be followed here. Departing from this approach, as the majority has done both in this case and in *Fairmont*, limits the availability of an important recourse for taxpayers in the presence of an error made in good faith by them or their tax advisors. A mere intention to avoid taxation can never suffice to ground a legitimate “rectification” request under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* (“Code” or “C.C.Q.”). But this important restriction does not limit the availability of rectification on the facts of this case. I would accordingly allow the appeal.

### I. Context

[55] In 2004, Jean Coutu Group (PJC) Inc. (“PJC Canada”) acquired 1,800 pharmacies located in the United States on behalf of its subsidiary, Jean Coutu Group (PJC) USA Inc. (“PJC USA”). The value of the investment, as reflected in PJC Canada’s financial statements, varied due to exchange rate fluctuations. These exchange rate fluctuations had to be recorded in PJC Canada’s financial statements as either gains or losses. For example, in November 2004, PJC Canada recorded a loss of \$20.1 million due to currency fluctuations. Although these fluctuations had no tax impact, they

Version française des motifs des juges Abella et Côté rendus par

[54] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — En l’espèce, nous sommes appelés à interpréter et à appliquer les lignes directrices régissant le recours en rectification en droit civil québécois établies par la Cour dans l’arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 (« AES »). À mon avis, l’interprétation et l’application appropriées de ces lignes directrices, dans l’affaire qui nous occupe, confirment que la requête en rectification de l’appelante est à la fois légitime et nécessaire. Soit dit en tout respect, j’estime qu’il y a lieu d’adopter, en l’espèce, à l’égard de la rectification, l’approche libérale et généreuse appliquée par le juge LeBel dans *AES* et adoptée par la juge Abella dans *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 (« *Fairmont* »). Écarter cette approche, comme les juges majoritaires le font dans ce cas-ci et dans *Fairmont*, limite l’exercice par les contribuables d’un recours important dans les cas d’erreur de bonne foi commise par eux ou par leurs conseillers fiscaux. Une simple intention d’éviter l’imposition n’est jamais suffisante pour légitimer une demande en rectification fondée sur l’art. 1425 du *Code civil du Québec* (« Code » ou « C.c.Q. »). Cependant, cette importante restriction ne limite pas le recours à la rectification que permettent les faits de la présente affaire. Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

### I. Contexte

[55] En 2004, Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. (« PJC Canada ») a acquis 1800 pharmacies situées aux États-Unis au nom de sa filiale, Jean Coutu Group (PJC) USA inc. (« PJC USA »). La valeur de cet investissement, selon les états financiers de PJC Canada, variait en raison des fluctuations du taux de change. Ces variations devaient être inscrites aux états financiers de PJC Canada en tant que gains ou que pertes. Par exemple, en novembre 2004, PJC Canada a enregistré une perte de 20,1 millions de dollars à cause des fluctuations du taux de change. Bien que ces dernières n’aient eu aucune incidence

did negatively affect investor sentiment. As a result, PJC Canada consulted its auditors with the aim of developing an accounting solution that could neutralize the adverse effects of the exchange rate fluctuations on its financial statements. It was agreed and clear between the parties that any such solution would also have to be tax-neutral, given that the exchange rate fluctuations themselves gave rise to no immediate tax consequences. To make sure that tax neutrality would be achieved, the parties specifically sought out tax advice with respect to their contemplated financing agreement. Beyond merely intending that their agreement would be tax-neutral, the parties then chose the transactional scheme in light of the advice they received.

[56] In February 2005, on the advice of their tax advisors, PJC Canada and PJC USA took the following steps provided by the agreed transactional scheme in order to neutralize the effects of the exchange rate fluctuations without triggering any tax consequences:

- (i) on February 7, 2005, PJC Canada loaned US\$120 million to PJC USA, with interest at London Interbank Offered Rate (“LIBOR”) plus 2.5 percent, a loan that was payable only by mutual consent of the parties;
- (ii) on February 25, 2005, PJC Canada purchased an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million; and
- (iii) on February 25, 2005, PJC USA loaned US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

[57] In 2010, following an audit of PJC Canada for the 2005, 2006 and 2007 taxation years, the Canada Revenue Agency (“CRA”) concluded that the interest paid by PJC Canada to PJC USA on the US\$70 million loan constituted “foreign accrual property income” (“FAPI”) as defined by s. 95(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

fiscale, elles étaient perçues négativement par les investisseurs. PJC Canada a donc consulté ses vérificateurs en vue d’élaborer une solution comptable qui permettrait de neutraliser les effets négatifs des fluctuations du taux de change dans ses états financiers. Il a été clairement convenu entre les parties que cette solution devait en outre être neutre sur le plan fiscal, puisque les fluctuations du taux de change ne produisaient elles-mêmes aucune conséquence fiscale immédiate. Pour s’assurer de cette neutralité fiscale, les parties ont pris soin de consulter des fiscalistes au sujet de l’entente financière envisagée. Les parties ne se sont pas limitées à simplement exprimer une intention que leur entente soit neutre sur le plan fiscal, elles ont choisi une structure transactionnelle en fonction des conseils qu’elles avaient reçus.

[56] En février 2005, suivant l’avis de leurs conseillers fiscaux, PJC Canada et PJC USA ont mis en œuvre les mesures suivantes prévues par la structure transactionnelle dont elles avaient convenu afin de neutraliser les effets des fluctuations du taux de change, et ce, sans conséquence fiscale :

- (i) le 7 février 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au taux interbancaire offert à Londres (« TIOL »), plus 2,5 pour 100; un prêt remboursable seulement advenant le consentement mutuel des deux parties;
- (ii) le 25 février 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US;
- (iii) le 25 février 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

[57] En 2010, à l’issue d’une vérification visant PJC Canada pour les années d’imposition 2005, 2006 et 2007, l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a conclu que l’intérêt payé par PJC Canada à PJC USA sur le prêt de 70 millions de dollars US constituait du « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (« RÉATB ») au sens du par. 95(1)

(“ITA”), and was taxable as income of PJC Canada pursuant to s. 91(1) of that Act. This resulted in an additional \$2.2 million in taxes.

[58] As the application judge found, although PJC Canada had taken prompt and reasonable measures to ensure that its February 2005 operation would trigger no tax consequences, the tax advisors had not considered FAPI before advising the parties on the appropriate transactional scheme. The parties were therefore under the mistaken impression that their agreement was tax-neutral in every aspect. Only the CRA audit in 2010 revealed that it was not.

[59] Given that the unintended tax consequences were inconsistent with the common and continuing intention of the parties, PJC Canada applied for rectification of the agreement through the addition of two intermediate steps in the transactional scheme between PJC Canada and PJC USA:

- (i) on February 7, 2005, PJC Canada loaned US\$120 million PJC USA, with interest at LIBOR plus 2.5 percent;
- (ii) on February 25, 2005, PJC Canada purchased an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;
- (iii) on February 25, 2005, PJC USA repaid US\$70 million of the US\$120 million loan to PJC Canada;
- (iv) on February 25, 2005, PJC Canada loaned US\$70 million to PJC USA; and
- (v) on February 25, 2005, PJC USA loaned US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.

As a result of these changes, the interest payable by PJC Canada to PJC USA was offset by the interest payable by PJC USA to PJC Canada, thereby avoiding tax consequences.

de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« LIR ») et était imposable à titre de revenu pour PJC Canada en application du par. 91(1) de cette loi. Il en a résulté un impôt additionnel de 2,2 millions de dollars.

[58] Le juge saisi de la demande a conclu que, bien que PJC Canada ait pris des mesures diligentes et raisonnables pour s'assurer que l'opération de février 2005 ne produirait aucune conséquence fiscale, les conseillers fiscaux n'avaient pas envisagé la question du RÉATB avant de donner leur avis aux parties sur la structure transactionnelle à adopter. Les parties avaient donc l'impression erronée que l'accord conclu était à tous égards neutre sur le plan fiscal. Seule la vérification effectuée par l'ARC en 2010 a révélé qu'il ne l'était pas.

[59] Ces conséquences fiscales imprévues ne correspondant pas à l'intention commune et continue des parties, PJC Canada a demandé une rectification de l'accord, soit l'ajout de deux étapes intermédiaires à la structure transactionnelle convenue entre elle et PJC USA :

- (i) le 7 février 2005 : PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100;
- (ii) le 25 février 2005 : PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour la somme de 70 millions de dollars US;
- (iii) le 25 février 2005 : PJC USA rembourse à PJC Canada 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US;
- (iv) le 25 février 2005 : PJC Canada prête 70 millions de dollars US à PJC USA;
- (v) le 25 février 2005 : PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.

Grâce à ces changements, l'intérêt payable par PJC Canada à PJC USA est compensé par l'intérêt payable par PJC USA à PJC Canada, ce qui permet d'éviter les conséquences fiscales.

## II. Analysis

### A. *This Court's Decision in AES*

[60] This appeal centres on the interpretation and application of the guidelines established by LeBel J. in *AES*, in which this Court considered, for the first time, the principles governing the availability of rectification in Quebec civil law. Although *AES* does not provide a complete framework dispositive of all potential rectification requests in Quebec, LeBel J.'s reasons provide the basic guidelines necessary to dispose of the present case.

[61] In *AES*, Services Environnementaux AES inc. ("AES") agreed to transfer 25 percent of its shares in Centre technologique AES inc.'s capital stock to an investor, Groupe Sani-Gestion. In order to facilitate the transaction, AES and Centre technologique entered into a reorganization and tax planning agreement. The parties planned on using rollover provisions set out in s. 86 of the *ITA*, and ss. 541 to 543 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, in order to avoid tax consequences. These provisions allow a taxpayer to defer the tax impact of an exchange of shares if, among other things, the consideration other than shares received at the time of transfer does not exceed the adjusted cost base ("ACB") of the shares. However, AES's advisors miscalculated the ACB of the shares. In reliance on that miscalculation, AES implemented the transfer and was eventually assessed for a taxable capital gain, contrary to the parties' original bargain. The parties applied for rectification of their agreement to avoid the unintended tax consequences.

[62] In *AES*, the Attorney General of Canada argued in this Court that, to the extent it existed in Quebec civil law, rectification was available only to correct clerical errors. LeBel J., writing for the Court, rejected that argument. He found that the parties' requested modifications were both legitimate

## II. Analyse

### A. *L'arrêt AES*

[60] Le présent pourvoi porte sur l'interprétation et l'application des lignes directrices établies par le juge LeBel dans l'arrêt *AES*, dans lequel la Cour s'est pour la première fois penchée sur les principes régissant le recours en rectification en droit civil québécois. Bien que le cadre établi dans cet arrêt ne suffise pas pour statuer sur toutes les demandes en rectification susceptibles d'être présentées au Québec, les motifs du juge LeBel comportent les principes directeurs fondamentaux nécessaires pour disposer de la présente cause.

[61] Dans l'affaire *AES*, Services Environnementaux AES inc. (« AES ») avait convenu de céder 25 pour 100 de ses actions de Centre technologique AES inc. à un investisseur, Groupe Sani-Gestion. Pour faciliter cette transaction, AES et Centre technologique ont conclu une entente de réorganisation et de planification fiscale. Les parties avaient prévu recourir aux dispositions sur le roulement énoncées à l'art. 86 de la *LIR* et aux art. 541 à 543 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, afin d'éviter toute conséquence fiscale. Ces dispositions permettent à un contribuable de différer l'impact fiscal d'un échange d'actions si, entre autres, la contrepartie payée autrement qu'en actions au moment du transfert n'excède pas le prix de base rajusté (« PBR ») des actions reçues. Or, les conseillers d'AES ont commis une erreur dans le calcul du PBR des actions. AES a procédé au transfert en se fondant sur ce calcul erroné et a reçu, par la suite, un avis de cotisation faisant état d'un gain en capital imposable, contrairement à l'entente initiale des parties. Ces dernières ont demandé la rectification de l'entente afin d'éviter les conséquences fiscales indésirables qu'elle avait produites.

[62] Toujours dans *AES*, le procureur général du Canada a soutenu que dans la mesure où il existait en droit civil québécois, le recours en rectification permettait seulement de corriger les erreurs d'écriture. S'exprimant au nom de la Cour, le juge LeBel a rejeté cet argument, concluant que les modifications

and necessary. In doing so, he reasoned that art. 1425 *C.C.Q.* permits a court to give effect to the common intention of the parties by correcting erroneous expressions of that intention (*AES*, at para. 48). According to LeBel J., this follows from the civil law’s distinction between the *negotium*, the common intention of the parties, and the *instrumentum*, the declared will of the parties. Under art. 1385 *C.C.Q.*, the contract lies in the former, not the latter, “despite the importance . . . of the declaration, oral or written” of that common intention (*AES*, at para. 32).

[63] Therefore, *AES* established that art. 1425 *C.C.Q.* allows courts to give effect to the real agreement between the parties, recognizing the fact that their agreement does not necessarily lie in the written document. According to LeBel J., this power extends to the point of filling “gaps in the text” or finding “content in it that can be well hidden” (*AES*, at para. 48).

[64] However, a court’s power to rectify agreements under art. 1425 *C.C.Q.* is subject to certain conditions. The corrections being sought must be necessary and legitimate (*AES*, at para. 51). They must reflect the true intentions of the parties and cannot offend the rules of civil evidence (*AES*, at paras. 49-51). Finally, they must not compromise the interests of third parties (see *AES*, at paras. 33 and 35).

[65] Where parties seek to rectify an agreement producing unintended tax consequences, *AES* clearly established that the “tax authorities do not have an acquired right to benefit from an error made by the parties to a contract after the parties have corrected the error by mutual consent” (para. 52). As a result, tax authorities cannot “rely on acquired rights to have an erroneous writing continue to apply even though the existence of an error has been established” (*AES*, at para. 44).

[66] Nevertheless, LeBel J. insisted that taxpayers “should not view this recognition of the primacy of the parties’ internal will — or common intention

demandées par les parties étaient à la fois légitimes et nécessaires. Selon lui, l’art. 1425 *C.c.Q.* permet au tribunal de donner effet à l’intention commune des parties en corrigeant les erreurs commises dans l’expression de cette intention : *AES*, par. 48. Il en est ainsi, a-t-il précisé, à cause de la distinction en droit civil entre le *negotium* — la volonté commune des parties — et l’*instrumentum* — la volonté déclarée des parties. Aux termes de l’art. 1385 *C.c.Q.*, le contrat se trouve dans la volonté commune, non dans la volonté déclarée, « malgré l’importance [. . .] de la déclaration, orale ou écrite » de cette volonté commune : *AES*, par. 32.

[63] Par conséquent, l’arrêt *AES* établit que l’art. 1425 *C.c.Q.* permet aux tribunaux de donner effet à la véritable entente intervenue entre les parties, tout en reconnaissant que cette entente ne se trouve pas nécessairement dans le document écrit. Selon le juge LeBel, ce pouvoir permet même de combler « des vides dans le texte » ou de retrouver dans celui-ci « des contenus parfois bien dissimulés » : *AES*, par. 48.

[64] Le pouvoir que confère aux tribunaux l’art. 1425 *C.c.Q.* de « rectifier » une entente est néanmoins assujéti à certaines conditions. Les corrections demandées doivent être nécessaires et légitimes : *AES*, par. 51. Elles doivent refléter la volonté réelle des parties, sans contrevenir aux règles de la preuve civile : *AES*, par. 49-51. Enfin, elles ne doivent pas porter atteinte aux intérêts des tiers : voir *AES*, par. 33 et 35.

[65] Lorsque des parties cherchent à corriger une entente qui entraîne des incidences fiscales imprévues, *AES* indique clairement que le « fisc ne possède pas de droit acquis au bénéfice d’une erreur que les parties à un contrat auraient commise, puis corrigée de consentement mutuel » : par. 52. Par conséquent, le fisc ne peut « invoquer des droits acquis au maintien d’un écrit erroné, même si l’existence d’une erreur est établie » : *AES*, par. 44.

[66] Néanmoins, le juge LeBel a insisté sur le fait que les contribuables « ne devraient pas interpréter cette reconnaissance de la primauté de la volonté

— as an invitation to engage in bold tax planning on the assumption that it will always be possible for them to redo their contracts retroactively should that planning fail” (*AES*, at para. 54). He added the following:

A taxpayer’s intention to reduce his or her tax liability would not on its own constitute the object of an obligation within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, since it would not be sufficiently determinate or determinable. Nor would it even constitute the object of a contract within the meaning of art. 1412 *C.C.Q.* Absent a more precise and more clearly defined object, no contract would be formed. In such a case, art. 1425 could not be relied on to justify seeking the common intention of the parties in order to give effect to that intention despite the words of the writings prepared to record it. As I mentioned above, the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that, according to evidence that the [Agence du revenu du Québec] did not contradict, they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable. These agreements provided, for the corporations in question, for the establishment of determinate structures that would, had they been drawn up properly, have made it possible to meet the objectives being pursued by the parties. The subsequent amendments did not alter the nature of the structures contemplated at the outset. All they did was amend writings that were supposed to give effect to the common intention, an intention that had been clearly defined and that related to obligations whose objects were determinate or determinable. [Emphasis added; para. 54.]

[67] In my view, the conditions laid out in *AES* are fulfilled in this case. Given the application judge’s factual findings, the modifications requested by PJC Canada are both necessary and legitimate.

#### B. *Application to the Facts at Hand*

##### (1) Deference Is Owed to the Application Judge

[68] The application judge found:

- (i) that the common intention of the parties was, from the start, (1) to resolve the exchange

interne — ou intention commune — des parties comme une invitation à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses, en se disant qu’il leur sera toujours possible de refaire leurs contrats rétroactivement en cas d’échec de ces planifications » : *AES*, par. 54. Il a ajouté ceci :

L’intention d’un contribuable de réduire ses obligations fiscales ne saurait à elle seule constituer l’objet de l’obligation au sens de l’art. 1373 *C.c.Q.*, compte tenu de son caractère insuffisamment déterminé ou déterminable, ni même l’objet du contrat au sens de l’art. 1412 *C.c.Q.* En l’absence d’un objet plus précis et mieux défini, aucun contrat ne se serait formé. L’article 1425 ne pourrait dans un tel cas être invoqué pour justifier la recherche de l’intention commune des parties afin de lui donner effet, malgré les termes des écrits préparés pour la constater. Comme je l’ai souligné plus haut, dans les deux appels, les ententes entre les parties s’étaient valablement formées, puisqu’elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables, selon une preuve que l’[Agence du revenu du Québec] n’a jamais contredite. Ces ententes prévoyaient, pour les sociétés concernées, la mise en place de structures déterminées qui, si elles avaient été élaborées correctement, auraient permis de réaliser les objectifs des parties impliquées. Les modifications apportées par la suite ne changeaient pas la nature de la structure envisagée au départ. Elles se bornaient à modifier les écrits qui étaient censés donner effet à l’intention commune — intention clairement établie et portant sur des obligations aux objets déterminés ou déterminables. [Je souligne; par. 54.]

[67] À mon avis, en l’espèce, les conditions énoncées dans l’arrêt *AES* sont remplies. Compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande, les modifications demandées par PJC Canada sont à la fois nécessaires et légitimes.

#### B. *Application aux faits de l’espèce*

##### (1) Déférence à l’égard du juge saisi de la demande

[68] Le juge saisi de la demande a conclu ce qui suit :

- (i) Les parties avaient, dès le départ, l’intention commune (1) de régler la question du taux

- |   |  |
|---|--|
| <p>rate problem (2) without tax consequences (2012 QCCS 6917, at para. 21 (CanLII));</p> <p>(ii) that the series of operations that were implemented did not reflect the entirety of this common intention (paras. 25-26);</p> <p>(iii) that the rectification being sought was in conformity with the common intention of the parties (paras. 25-26); and</p> <p>(iv) that the parties were not trying to rewrite their tax history, but rather, were seeking to correct an unintended tax consequence (para. 27).</p> | <p>de change, (2) sans conséquences fiscales (2012 QCCS 6917, par. 21 (CanLII));</p> <p>(ii) La série d'opérations exécutées par les parties ne reflétait pas complètement cette intention commune (par. 25-26);</p> <p>(iii) La rectification demandée concordait avec l'intention commune des parties (par. 25-26);</p> <p>(iv) Les parties ne cherchaient pas à réécrire leur histoire fiscale, mais à corriger une conséquence fiscale imprévue (par. 27).</p> |
|---|--|

It is trite law that findings of fact cannot be reversed “unless it can be established that the trial judge made a ‘palpable and overriding error’” (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10). The one such error the Court of Appeal purported to find was in the application judge’s conclusion that the “parties were not seeking to rewrite the tax history of the transaction” ((iv) above) (2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, at para. 37). On this point, the Court of Appeal reversed the application judge’s finding. It found, instead, that rewriting the tax history of the transaction was “precisely what the parties were seeking to do” on the basis that they had considered and discarded the very same intermediate operations they later asked the Superior Court to recognize (*ibid.*). It was not the application judge, but the Court of Appeal, that erred in making this finding. As the Attorney General of Canada concedes in her factum, PJC Canada and PJC USA never rejected the intermediate operations in question. It follows that the application judge’s findings of fact, summarized above, are unimpugned and accordingly attract deference from this Court in its application of the law to the case at hand.

(2) The Requested Changes Are Necessary

[69] In this case, there was clearly a gap between the common and continuing intention of the parties

Il est de droit constant que les conclusions de fait ne peuvent être infirmées « que s’il est établi que le juge de première instance a commis une “erreur manifeste et dominante” » : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10. La Cour d’appel n’aurait relevé qu’une seule erreur de cette nature, soit lorsque le juge saisi de la demande a conclu que les [TRADUCTION] « parties ne cherchaient pas à réécrire l’histoire fiscale de l’entente » : (iv) précité; 2015 QCCA 838, [2015] 4 C.T.C. 82, par. 37. Sur ce point, la Cour d’appel a infirmé la conclusion du juge saisi de la demande. Elle a plutôt conclu que « c’était exactement ce que les parties cherchaient à faire » — c’est-à-dire réécrire l’histoire fiscale de l’entente — puisqu’elles avaient envisagé et rejeté précisément les opérations intermédiaires qu’elles ont plus tard demandé à la Cour supérieure de reconnaître : *ibid.* Je suis d’avis que ce n’est pas le juge saisi de la demande, mais la Cour d’appel, qui a commis une erreur en tirant cette conclusion. Comme le procureur général du Canada le reconnaît dans son mémoire, PJC Canada et PJC USA n’ont jamais rejeté les opérations intermédiaires en question. Il s’ensuit que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et résumées précédemment ne sont pas contestées et imposent à la Cour de faire preuve de retenue dans son application du droit à la présente affaire.

(2) Les modifications demandées sont nécessaires

[69] En l’espèce, il existe un écart évident entre, d’une part, l’intention commune et continue des

and the operations implemented to carry out that intention. The evidence shows that there was a common and continuing intention not only as to the object of the contract but also its tax effects. From the start, PJC Canada and PJC USA set out to resolve the exchange rate problem without triggering any tax consequences. They diligently sought advice on how to do so. Having relied on that advice, they executed a series of transactions or prestations aimed at creating net liabilities in U.S. dollars so as to nullify the impact of exchange rate fluctuations in PJC Canada's financial statements without generating any tax consequences.

[70] Tax neutrality was therefore a *sine qua non* of the parties' envisaged transactional scheme. This is confirmed both by the circumstances giving rise to their contemplated transactions and by the parties' testimony. As the application judge noted, because the exchange rate effects triggered no immediate tax consequences, it was essential that the financing transactions produce no adverse tax effects. Had there not been an error concerning the applicability of FAPI, the parties would have initially undertaken intermediate steps akin to those they later asked the Superior Court to recognize. These steps would have resulted in the execution of their true common intention from the start.

[71] That the tax advisors' error in this case was one of omission, insofar as they neglected to consider FAPI, as opposed to one of commission (like miscalculating the ACB of shares), is not a principled ground on which to distinguish this case from *AES*. To the contrary, this distinction renders hollow the proposition that, if an expression of common intention contains an error, "particularly one that can, as here, be attributed to the taxpayer's professional advisor, the court must, once the error is proved . . . ensure that it is remedied" (*AES*, at para. 52). This distinction is also at odds with *LeBel J.*'s recognition of a court's power to "fill gaps in the text" in interpreting the parties' common intention (*AES*, at para. 48). It is precisely in

parties et, d'autre part, les opérations exécutées dans le but de donner effet à cette intention. La preuve démontre que l'intention commune et continue des parties portait non seulement sur l'objet du contrat, mais aussi sur ses conséquences fiscales. Dès le départ, PJC Canada et PJC USA ont cherché à résoudre le problème relatif au taux de change, et ce, sans conséquences fiscales. Elles ont diligemment demandé conseil sur la façon d'y parvenir. Se fondant sur ces conseils, elles ont exécuté une série de transactions ou de prestations visant à créer un passif net en dollars américains de manière à neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change dans les états financiers de PJC Canada, sans générer de conséquences fiscales.

[70] La neutralité fiscale était donc une condition *sine qua non* de la structure transactionnelle envisagée par les parties. Tant les circonstances à l'origine de ces transactions que le témoignage des parties permettent de le confirmer. Ainsi que l'a observé le juge saisi de la demande, il était essentiel que les transactions de financement ne produisent aucune incidence fiscale défavorable, puisque les fluctuations du taux de change n'en produisaient aucune dans l'immédiat. N'eût été l'erreur concernant l'application du RÉATB, les parties auraient immédiatement pris des mesures semblables à celles qu'elles ont plus tard demandé à la Cour supérieure de reconnaître. Ces mesures leur auraient permis de mettre en œuvre l'intention commune véritable qu'elles avaient depuis le début.

[71] Que l'erreur commise par les conseillers fiscaux en l'espèce en soit une d'omission — dans la mesure où ils ont négligé de tenir compte du RÉATB — plutôt que de commission — en calculant erronément le PRB des actions, par exemple — n'est pas une raison de principe qui justifie de distinguer la présente cause de l'affaire *AES*. Au contraire, cette distinction fait perdre tout son sens à la proposition selon laquelle, si l'expression d'une intention commune est entachée d'une erreur, « notamment [d']une erreur imputable comme ici au conseiller professionnel du contribuable, une fois cette erreur établie [. . .] le tribunal doit la constater et faire en sorte qu'on y remédie » : *AES*, par. 52. Cette distinction est également en contradiction

a case such as this one — where the tax advisors have made an omission — that this power is properly engaged.

[72] Nor is the concept of the object of the contract, as contained in art. 1412 *C.C.Q.*, so narrow as to exclude the juridical operations envisioned by the parties here. The object of the contract transcends the particular prestations of the agreement. As Professors Lluellas and Moore put it:

[TRANSLATION] To distinguish it from the object of the obligations, the object of a contract could be described as “the juridical operation considered as a whole . . .” It is thus a comprehensive concept that requires one to understand *the overall scheme* of an agreement. . . .

. . . Identifying the core prestation — “the principal juridical operation” — is therefore necessary, but it is insufficient for the purpose of characterizing the object of the agreement: the overall scheme of the agreement must be taken into account in addition to the core prestation. And that scheme will vary from one agreement to another. [Underlining added.]

(*Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at paras. 1051-52)

[73] I do not share the view that rectification is available only where the prestation, as rectified in the written document, was specifically envisaged by the parties from the outset. In practice, this would mean that rectification would be available only to correct clerical errors — an argument that was made and rejected in *AES* (para. 23). This view disregards LeBel J.’s recognition of the fact that even an oral declaration of the parties’ will can depart from their common intention (*ibid.*, at para. 28). Here, the object of the agreement consisted in tax-neutral reciprocal loans creating net liabilities in U.S. dollars. Failing to consider that the loans had to be tax-neutral in order for the agreement to make commercial sense is inimical to the overall scheme of the agreement. Tax neutrality was at the very

avec la reconnaissance, par le juge LeBel, du pouvoir qu’ont les tribunaux de « combler des vides dans le texte » en interprétant l’intention commune des parties : *AES*, par. 48. C’est précisément dans un cas comme celui de l’espèce — où il y a eu omission de la part des conseillers fiscaux — qu’il convient d’exercer ce pouvoir.

[72] En outre, le concept de l’objet du contrat, dont il est question à l’art. 1412 *C.c.Q.*, n’est pas étroit au point d’exclure les opérations juridiques envisagées par les parties en l’espèce. L’objet du contrat transcende les prestations particulières de l’accord. Comme le disent les professeurs Lluellas et Moore :

Pour bien le distinguer de l’objet des obligations, on pourrait présenter l’objet du contrat comme « l’opération juridique considérée dans son ensemble [. . .] » C’est donc une notion globalisante, qui force à se faire une idée de *l’économie générale* d’un accord. . . .

. . . La détermination de la prestation centrale — « l’opération juridique principale » — est donc nécessaire, mais elle est insuffisante pour qualifier l’objet de la convention : l’économie générale de l’accord doit être prise en compte, en plus de la prestation centrale. Et cette économie variera d’un accord à l’autre. [Je souligne.]

(*Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 1051-1052)

[73] Je ne crois pas que la rectification soit possible seulement si la prestation, telle qu’elle est décrite dans le document écrit corrigé, constate ce que les parties avaient expressément envisagé au départ. En pratique, cela voudrait dire que la rectification permettrait seulement de corriger les erreurs d’écriture — un argument qui a été présenté et rejeté dans l’arrêt *AES* : par. 23. Cette affirmation fait abstraction du fait que, pour le juge LeBel, même l’expression orale de la volonté des parties peut ne pas refléter leur intention commune : *ibid.*, par. 28. En l’espèce, l’objet de l’entente consistait en des prêts réciproques neutres sur le plan fiscal, créant un passif net en dollars américains. Ne pas considérer que les prêts devaient être fiscalement neutres pour que l’entente soit logique sur le plan commercial va à

core of the agreement. There is nothing in art. 1412 *C.C.Q.* that prevents a court from giving effect to that agreement.

[74] Further, the additional transactions or prestations envisioned by the parties were sufficiently determinable within the meaning of art. 1373 *C.C.Q.*, as understood by this Court in *AES*. A closer look at the facts of *AES* will prove instructive. Prior to the contemplated reorganization, *AES* held 1,217,029 Class A shares of Centre technologique, and wrongfully believed that the ACB of the shares was \$1,217,029. *AES* exchanged all of its Class A shares for 4,500,000 Class B shares of Centre technologique and a demand note for \$1,217,028. Between December 1998 and September 1999, Centre technologique repaid the demand note in full. In 2000, *AES* was assessed for a capital gain. The motion for rectification brought by *AES* and Centre technologique centred on modification of the terms of the demand note. The parties asked that the Superior Court substitute the amount of \$95,000 for any reference to \$1,217,028, the former being the correct ACB of the transferred shares at the time of the contract. However, to implement the correction, the parties also asked that the transactional documents be modified to include the issuance of 1,122,029 Class C preferred shares (*Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Services environnementaux AES inc.*, 2011 QCCA 394, at paras. 2-3 (CanLII)). In short, they changed a component of the transaction that was based entirely on a debt instrument (the demand note) into separate debt and equity components in order to implement their original intention. The added equity component — the issuance of Class C preferred shares — had never previously been considered by the parties.

[75] For clarity's sake, the factual matrix of *AES* is reproduced in the chart below in comparison with that of the instant case:

l'encontre de l'économie générale de l'entente. La neutralité fiscale était au cœur même de l'entente, et l'art. 1412 *C.c.Q.* n'empêche aucunement les tribunaux de donner effet à cette entente.

[74] Qui plus est, les transactions ou prestations additionnelles envisagées par les parties étaient suffisamment déterminables au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 1373 *C.c.Q.*, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt *AES*. À cet égard, il est utile d'examiner de plus près les faits de l'affaire *AES*. Avant la réorganisation envisagée, *AES* détenait 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique, et croyait à tort que leur PBR s'établissait à 1 217 029 \$. *AES* a cédé toutes ses actions de catégorie A en échange de 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique et d'un billet à demande de 1 217 028 \$. Entre décembre 1998 et septembre 1999, Centre technologique a remboursé ce billet en totalité. En 2000, *AES* a reçu un avis de cotisation faisant état d'un gain en capital. *AES* et Centre technologique ont déposé une requête en rectification qui visait essentiellement à modifier les modalités du billet à demande. Les parties demandaient à la Cour supérieure de remplacer la somme de 1 217 028 \$ par la somme de 95 000 \$, cette dernière valeur correspondant au PBR exact des actions transférées au moment du contrat. Toutefois, afin de mettre en œuvre la correction, les parties ont également demandé à la cour de modifier les contrats pour y inclure l'émission de 1 122 029 actions privilégiées de catégorie C : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Services environnementaux AES inc.*, 2011 QCCA 394, 2011 D.T.C. 5045, par. 2-3. Bref, pour réaliser leur intention originale, elles ont modifié une composante de la transaction qui reposait entièrement sur une dette (le billet à demande) en lui substituant des éléments distincts, soit une dette et des capitaux propres. L'élément de capitaux propres — l'émission d'actions privilégiées de catégorie C — n'avait jamais été envisagé auparavant par les parties.

[75] Pour plus de clarté, les fondements factuels de l'affaire *AES* et de la présente affaire sont reproduits dans le tableau ci-après à des fins de comparaison :

	Original Implementation	Requested Rectification <i>(requested corrections emphasized)</i>
AES	<p>(a) AES transfers 1,217,029 Class A shares of Centre technologique to Centre technologique;</p> <p>(b) Centre technologique transfers 4,500,000 Class B shares of Centre technologique to AES;</p> <p>(c) Centre technologique issues a demand note to AES for \$1,217,028.</p>	<p>(a) AES transfers 1,217,029 Class A shares of Centre technologique to Centre technologique;</p> <p>(b) Centre technologique transfers 4,500,000 Class B shares of Centre technologique to AES;</p> <p>(c) Centre technologique issues a demand note to AES for <b>\$95,000</b>;</p> <p>(d) <b>Centre technologique issues 1,122,029 Class C preferred shares to AES.</b></p>

	Mise en œuvre originale	Rectification demandée <i>(corrections demandées en caractères gras)</i>
AES	<p>a) AES transfère 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique à Centre technologique;</p> <p>b) Centre technologique transfère 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique à AES;</p> <p>c) Centre technologique émet un billet à demande d'une valeur de 1 217 028 \$ à AES.</p>	<p>a) AES transfère 1 217 029 actions de catégorie A de Centre technologique à Centre technologique;</p> <p>b) Centre technologique transfère 4 500 000 actions de catégorie B de Centre technologique à AES;</p> <p>c) Centre technologique émet un billet à demande d'une valeur de <b>95 000 \$</b> à AES;</p> <p>d) <b>Centre technologique émet au nom d'AES 1 122 029 actions privilégiées de catégorie C.</b></p>

Instant case	<p>(a) On Feb. 7, 2005, PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA;</p> <p>(b) On Feb. 25, 2005, PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;</p> <p>(c) On Feb. 25, 2005, PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada.</p>	<p>(a) On Feb. 7, 2005, PJC Canada loans US\$120 million to PJC USA, payable only on mutual consent of the parties, with interest at LIBOR plus 2.5 percent;</p> <p>(b) On Feb. 25, 2005, PJC Canada purchases an additional 10 common shares of PJC USA for US\$70 million;</p> <p>(c) <b><i>On Feb. 25, 2005, PJC USA repays US\$70 million of the US\$120 million loan to PJC Canada;</i></b></p> <p>(d) <b><i>On Feb. 25, 2005, PJC Canada loans US\$70 million to PJC USA;</i></b></p> <p>(e) On Feb. 25, 2005, PJC USA loans US\$70 million to PJC Canada, with interest at LIBOR plus 2.5 percent.</p>	Présent dossier	<p>a) Le 7 févr. 2005, PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA;</p> <p>b) Le 25 févr. 2005, PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour 70 millions de dollars US;</p> <p>c) Le 25 févr. 2005, PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada.</p>	<p>a) Le 7 févr. 2005, PJC Canada prête 120 millions de dollars US à PJC USA, somme qui est remboursable seulement advenant le consentement des parties avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100;</p> <p>b) Le 25 févr. 2005, PJC Canada achète 10 actions ordinaires additionnelles de PJC USA pour 70 millions de dollars US;</p> <p>c) <b><i>Le 25 févr. 2005, PJC USA rembourse à PJC Canada 70 millions de dollars US sur le prêt de 120 millions de dollars US;</i></b></p> <p>d) <b><i>Le 25 févr. 2005, PJC Canada prête à PJC USA 70 millions de dollars US;</i></b></p> <p>e) Le 25 févr. 2005, PJC USA prête 70 millions de dollars US à PJC Canada, avec intérêt au TIOL, plus 2,5 pour 100.</p>
--------------	---	---	-----------------	---	---

[76] Fifteen years after the original agreement in *AES*, this Court granted *AES*'s requested rectification. In doing so, it nullified the original demand note, replaced it with one for lesser value, and added an equity component to the agreement. This was all done for one reason: to give effect to the parties' original intention to maintain tax neutrality. Today, when faced with a similar request from *PJC Canada*, the majority of this Court denies it.

[77] Turning back to art. 1373 *C.C.Q.*, it is difficult to see how the addition of an originally unintended stock issuance in *AES* was any more determinate or determinable than the addition of intermediate debt transactions requested in this case. Indeed, in this case, under the terms of the February 7, 2005 loan agreement between *PJC Canada* and *PJC USA*, the principal could be repaid only by "mutual consent" of the parties. The insertion of intermediate steps involving the repayment of a demand loan amounts to little more than judicial recognition of a partial discharge of an obligation that was determinable even on the terms of the parties' original instrument. The prestations here entailed the provision of reciprocal debt financing, on the one hand, and partial repayment of that debt, on — and only on — mutual agreement of the parties. The prestations were therefore determinate and the corresponding obligation to repay was determinable.

[78] It is instructive to note that with respect to these intermediate steps, the parties here ask less of the Court than was asked in *AES*. Neither step alters the capital structure of the financing scheme or of the parties. This Court went further in *AES*, where, as explained above, rectifying an error concerning s. 86 of the *ITA* required the addition of a previously unelaborated equity transaction to the parties' operation. In the case at bar, rectifying an error concerning s. 95(1) of the *ITA* requires the addition of intermediate debt financing transactions

[76] Quinze ans après l'entente originale dans *AES*, la Cour a accordé à *AES* la rectification demandée. Ce faisant, elle a annulé le billet à demande initial, l'a remplacé par un billet de valeur moindre, et a ajouté à l'entente une émission d'actions. Tout cela fut fait pour une seule raison : donner effet à l'intention originale des parties de préserver la neutralité fiscale de l'opération. Aujourd'hui, alors qu'elle est saisie d'une demande semblable par *PJC Canada*, les juges majoritaires de la Cour la rejettent.

[77] Pour revenir à l'art. 1373 *C.c.Q.*, il est difficile de comprendre en quoi, dans l'affaire *AES*, l'ajout d'une émission d'actions initialement non prévue serait plus déterminé ou déterminable que l'ajout de transactions de prêt intermédiaires qui est demandé en l'espèce. D'ailleurs, dans la présente affaire, il appert des modalités du contrat de prêt intervenu entre *PJC Canada* et *PJC USA* le 7 février 2005 que le capital ne pouvait être remboursé qu'advenant le [TRADUCTION] « consentement mutuel » des parties. L'insertion d'étapes intermédiaires impliquant le remboursement d'un prêt à demande ne constitue guère plus qu'une reconnaissance judiciaire de l'acquittement partiel d'une obligation, obligation que même les modalités de l'entente originale des parties permettent de déterminer. En l'espèce, les prestations supposaient le financement réciproque de la dette ainsi que le remboursement partiel de cette dette qu'advenant — et uniquement advenant — le consentement mutuel des parties. Les prestations étaient donc déterminées et l'obligation de remboursement correspondante était déterminable.

[78] Il importe de souligner que, en ce qui concerne ces étapes intermédiaires, les parties en l'espèce demandent moins à la Cour que ce qui était réclamé dans *AES*. Aucune des étapes n'altère la structure du scénario de financement ou la structure des parties. La Cour est allée plus loin dans *AES* où, comme je l'ai expliqué, la rectification d'une erreur concernant l'art. 86 de la *LIR* passait par l'ajout à l'entente des parties d'une émission d'actions qui n'avaient jamais été envisagée. Ici, la rectification d'une erreur concernant le par. 95(1)

that were determinable even on the original demand loan agreement.

[79] In my view, it follows from the above that granting PJC Canada's motion under art. 1425 *C.C.Q.* is necessary to remedy the discrepancy between the parties' common intention and the expression of that intention through the implementation of the transactional scheme. As I explain below, it is also legitimate in light of this Court's reasons in *AES*.

(3) The Requested Changes Are Legitimate

[80] PJC Canada's request for rectification is not intended to rewrite the tax history of the transactions, but rather to fill in the gaps by adding two intermediate steps which maintain tax neutrality of the agreed upon structural scheme. As the appellant noted, the Court of Appeal's erroneous finding that the parties initially discarded the intermediate steps they are now requesting polluted the entirety of its reasons inasmuch as it determined that the parties had changed their common intention. They did not. The desired changes do not "alter the nature of the structures contemplated at the outset" (*AES*, at para. 54).

[81] Nor would judicial correction of the gaps in this case invite taxpayers "to engage in bold tax planning" (*AES*, at para. 54). Unlike *AES*, in which the parties sought to defer tax through the use of rollover provisions in the *ITA*, the agreement between PJC Canada and PJC USA was not a tax planning transaction. Neither party sought to reduce or defer taxes payable. Rather, the parties sought to remedy the exchange rate fluctuation problem while maintaining tax neutrality. Judicial correction would therefore merely give effect to their constant common intention while respecting the outlines of their original legal operation. Little has changed: the parties are the same, the amount

de la *LIR* passe par l'ajout de transactions intermédiaires de financement par prêt qui étaient déterminables, même en fonction des contrats initiaux de prêts remboursables sur demande.

[79] En raison de ce qui précède, j'estime qu'il est nécessaire d'accueillir la requête présentée par PJC Canada en vertu de l'art. 1425 *C.c.Q.* afin de corriger l'écart entre l'intention commune des parties et l'expression de cette intention par la mise en œuvre de la structure transactionnelle convenue par les parties. Comme je l'explique ci-après, il est également légitime de le faire à la lumière des motifs de la Cour dans l'arrêt *AES*.

(3) Les modifications demandées sont légitimes

[80] Par sa requête en rectification, PJC Canada ne demande pas de réécrire l'histoire fiscale des transactions, mais plutôt d'en combler les vides en y ajoutant deux étapes intermédiaires qui préservent la neutralité fiscale de la structure convenue. Ainsi que l'a souligné l'appelante, la conclusion erronée de la Cour d'appel — suivant laquelle les parties avaient initialement écarté les étapes intermédiaires visées par la présente demande — a vicié l'ensemble de ses motifs, dans la mesure où le tribunal a conclu que les parties avaient modifié leur intention commune, ce que les parties n'ont pas fait. Les modifications souhaitées « ne chang[ent] pas la nature de la structure envisagée au départ » : *AES*, par. 54.

[81] En outre, l'exercice judiciaire qui consiste à combler les vides dans ce cas-ci n'aurait pas pour effet d'inviter les contribuables « à se lancer dans des planifications fiscales audacieuses » : *AES*, par. 54. Contrairement à l'affaire *AES*, où les parties cherchaient à reporter l'impôt payable en recourant aux dispositions de la *LIR* sur le roulement, l'entente entre PJC Canada et PJC USA ne constituait pas une planification fiscale. Aucune des parties ne cherchait à réduire ou à reporter l'impôt payable. Les parties tentaient de remédier à un problème de fluctuation du taux de change tout en préservant la neutralité fiscale de l'opération. La rectification apportée par la Cour consisterait simplement

of money is the same, and the net effect from an accounting standpoint remains the same.

[82] Given that the addition of the two intermediate transactions does not modify the original agreed upon structure of the operation, there is nothing here to suggest bad faith or an abuse of right on the part of the appellant. It is well established that a tax motivation does not taint the legitimacy of the parties' bargain (*Walls v. Canada*, 2002 SCC 47, [2002] 2 S.C.R. 684; see also *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367, at para. 22). The tax advisors' fault of omission was committed in good faith following the exercise of reasonable diligence by PJC Canada. No allegations of fraud or even a hint of bold tax planning have been raised in the context of these proceedings. I should note that a tax advisor's good faith error should not constitute an automatic bar to rectification.

[83] In these circumstances, rectifying the agreement so that it reflects the parties' common and continuing intention does not convert art. 1425 *C.C.Q.* into a "catch-all insurance" policy for their "inadvertence or mistakes" (majority reasons, at para. 42). In Quebec, "[e]very person is bound to exercise his civil rights in . . . good faith" (art. 6 *C.C.Q.*), and "[n]o right may be exercised . . . in an excessive and unreasonable manner" (art. 7 *C.C.Q.*). Further, art. 1375 *C.C.Q.* provides that the parties must conduct themselves in good faith throughout the determination, execution and extinguishment of their obligations. In circumstances where an applicant failed to act diligently, or sought the benefit of an earlier mistake with a view to retroactive tax planning, a court would properly reject such a request for lack of good faith and abuse of right. These concerns are often best left to the application judge, who has the benefit of the full factual record. But no such concerns arose in this case.

à donner effet à leur intention commune et continue, tout en respectant les grandes lignes des opérations juridiques originales. Les modifications sont minimales : les parties sont les mêmes, les montants sont les mêmes et l'effet net sur le plan comptable reste le même.

[82] Puisque l'ajout des deux transactions intermédiaires ne modifie pas la structure originale convenue, rien ne laisse supposer que l'appelante, en l'espèce, a fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus de droit. Il est bien établi qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la légitimité de l'entente des parties : *Walls c. Canada*, 2002 CSC 47, [2002] 2 R.C.S. 684; voir aussi *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 22. L'erreur d'omission des conseillers fiscaux est survenue en toute bonne foi, après que PJC Canada eut fait preuve de diligence raisonnable. Aucune allégation de fraude, ni même une allusion de planification financière audacieuse n'a été formulée en l'espèce. Je souligne que l'erreur de bonne foi commise par un conseiller fiscal ne devrait pas automatiquement faire obstacle au recours en rectification.

[83] Dans les circonstances, rectifier l'entente pour qu'elle reflète l'intention commune et continue des parties ne fait pas de l'art. 1425 *C.c.Q.* une police d'« assurance générale » couvrant les « inattentions ou erreurs » : motifs des juges majoritaires, par. 42. Au Québec, « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » (art. 6 *C.c.Q.*) et « [a]ucun droit ne peut être exercé [. . .] d'une manière excessive et déraisonnable » (art. 7 *C.c.Q.*). En outre, l'art. 1375 *C.c.Q.* prévoit que les parties doivent agir de bonne foi tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution et de son extinction. Dans les cas où le demandeur n'a pas agi avec diligence, ou cherche à profiter d'une erreur antérieure dans une perspective de planification fiscale avec effet rétroactif, le tribunal aurait raison de rejeter la demande pour absence de bonne foi ou abus de droit. Ces considérations vont souvent être préférablement laissées à l'appréciation du juge saisi de la demande, puisqu'il a l'avantage d'avoir à sa disposition le dossier factuel complet. En l'espèce, toutefois, aucune préoccupation de cette nature n'a été soulevée.

[84] Further, PJC Canada’s request is legitimate under the apposite provisions of its actual governing statute. Indeed, s. 458 of the *Business Corporations Act*, CQLR, c. S-31.1, provides, in relevant part, as follows:

458. On an application by any interested person, the court may make any order it thinks fit to correct, or modify the consequences in law of, a mistake, or to validate any act vitiated as a result of the mistake, and may give any related directions it considers necessary.

For the purposes of this subdivision, “mistake” includes an omission, defect, defect of form, error or irregularity that has occurred in the conduct of the affairs of the corporation as a result of which

(3) an action approved or decision made by the shareholders meeting, the board of directors or one of its committees has been rendered ineffective.

In keeping with the guidance provided in *AES*, s. 459 of the same Act acknowledges that, “[u]nless the court decides otherwise, an order [under s. 458] may not prejudice the rights of any third person”.

[85] In this case, granting PJC Canada’s request does nothing to affect the rights of third parties. As explained above, the tax authorities are not third party beneficiaries of the parties’ mistake (*AES*, at para. 52). It bears mentioning that the tax authorities are not parties to the contract either, and cannot pretend to invoke the same rights as a contracting party.

[86] In the absence of third party reliance, granting PJC Canada’s request promotes, rather than undermines, commercial certainty because it advances the contractual expectations of the parties. The fact that PJC Canada and PJC USA are in agreement as to their common intention puts this case in stark

[84] De plus, il appert des dispositions pertinentes de la loi constitutive gouvernant actuellement PJC Canada que sa demande est légitime. En effet, le passage pertinent de l’art. 458 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, prévoit ce qui suit :

458. Le tribunal peut, à la demande de toute personne intéressée, rendre toute ordonnance appropriée afin qu’une erreur soit corrigée ou pour modifier les conséquences juridiques d’une telle erreur, ou pour valider tout acte vicié en raison d’une telle erreur. Il peut notamment, dans ce cadre, donner toute directive qu’il estime nécessaire.

Pour l’application de la présente sous-section, le mot « erreur » s’entend notamment d’une omission, d’un défaut, d’un vice de forme, d’une méprise ou d’une irrégularité survenu dans la conduite des affaires internes d’une société et qui entraîne :

3° l’inobservation d’une mesure ou d’une décision prise par l’assemblée des actionnaires, le conseil d’administration ou l’un de ses comités.

Dans la même veine que les lignes directrices établies dans l’arrêt *AES*, suivant l’art. 459 de la même loi « [à] moins que le tribunal n’en décide autrement, une ordonnance [rendue en vertu de l’art. 458] ne peut porter atteinte aux droits d’un tiers ».

[85] En l’espèce, faire droit à la demande de PJC Canada ne porte aucunement atteinte aux droits de tiers. Comme je l’ai expliqué, le fisc n’est pas un tiers bénéficiaire des erreurs commises par les parties : *AES*, par. 52. Il convient de mentionner que le fisc n’est pas non plus une partie au contrat et qu’il ne saurait prétendre aux mêmes droits qu’une partie contractante.

[86] En l’absence d’argument fondé sur des droits de tiers, faire droit à la requête de PJC Canada favorise, plutôt qu’elle ne l’affaiblit, la stabilité commerciale parce que les attentes contractuelles des parties s’en trouvent réalisées. Le fait que PJC Canada et PJC USA s’entendent dans le cas présent

contrast with one in which the parties disagree as to the bargain they struck. In the latter case, the potential for an illegitimate *ex post* rewriting of the initial bargain is heightened. But that concern is absent here.

[87] Since *AES*, courts in Quebec and across Canada have permitted parties who were settled as to their common intention to rectify or otherwise modify their bargain regardless of the impact on the tax authority's coffers (see, *inter alia*, *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair v. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) v. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615). These cases, like the instant case and *AES*, stand in contrast to cases in which one party attempts to impose terms on the other contrary to their original agreement. In *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, for example, the parties disagreed as to the geographical scope of the term "Metropolitan City of Vancouver". In the case of a proven disagreement (or an absence of agreement) between the parties, it follows as a matter of course that the request for rectification should be denied. In the language of the *Code*, in such a case there was never an "agreement of wills" (art. 1378 *C.C.Q.*).

[88] This case is different. Here, the application judge found that PJC Canada and PJC USA had a clear intention to resolve the exchange rate fluctuation problem without triggering any tax consequences. In stating that the parties were "seeking to rewrite the tax history of the transaction", the Court of Appeal inappropriately replaced the application judge's factual finding with its own (para. 37). And, I repeat, it erred in doing so. The intermediate steps forming the subject of the parties' rectification motion had never been discarded by them. Proper consideration of the circumstances surrounding the parties' motion for rectification reveals that their request is a legitimate one.

quant à leur intention commune contraste nettement avec le cas où les parties sont en désaccord quant à l'entente qu'elles ont conclue. Dans ce dernier cas, le risque de réécrire illégitimement l'entente initiale a posteriori est d'autant plus évident. Ce risque n'existe toutefois pas en l'espèce.

[87] Depuis l'arrêt *AES*, les tribunaux du Québec et de l'ensemble du Canada ont permis à des parties qui s'étaient entendues quant à leur intention commune de rectifier ou d'autrement modifier leur entente, sans égard pour l'incidence que cela pouvait avoir sur les coffres du fisc : voir, entre autres, *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *Lemair c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 1142; *Canada (Attorney General) c. Brogan Family Trust*, 2014 ONSC 6354, 2015 D.T.C. 5008; *Philippe Trépanier inc. et Deloitte, s.e.n.c.r.l.*, 2014 QCCS 2615. Ces affaires, comme celles de l'espèce et d'*AES*, se distinguent de celles où l'une des parties tente d'imposer à l'autre des conditions contraires à celles de l'entente originale. Dans l'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par exemple, les parties ne s'entendaient pas sur la portée géographique du terme « agglomération de la ville de Vancouver ». Dans le cas d'un désaccord prouvé (ou d'une absence d'accord) entre les parties, il est évident que la requête en rectification doit être rejetée. Pour reprendre les termes du *Code*, il n'y a jamais eu, dans un tel cas, d'« accord de volonté » : art. 1378 *C.c.Q.*

[88] L'affaire qui nous occupe est différente. Le juge saisi de la demande a conclu, en l'espèce, que PJC Canada et PJC USA avaient clairement l'intention de résoudre le problème de fluctuation du taux de change sans engendrer de conséquences fiscales. En déclarant que les parties [TRADUCTION] « cherchaient [. . .] à réécrire l'histoire fiscale de l'entente », la Cour d'appel a substitué de façon inappropriée sa propre conclusion de fait à celle du juge de première instance : par. 37. Je répète en outre que, ce faisant, elle a commis une erreur. Les étapes intermédiaires faisant l'objet de la requête en rectification des parties n'avaient jamais été rejetées par les parties. Un examen adéquat des circonstances entourant cette requête révèle qu'elle est légitime.

### C. Conclusion

[89] For these reasons, PJC Canada's motion for rectification is both necessary and legitimate. The parties had a constant common intention and demonstrated reasonable diligence by seeking advice to carry it out. They acted in good faith in seeking to remedy their exchange rate fluctuation problem without generating any tax consequences. They asked the application judge to fill in the gaps between the operations they had implemented insofar as those operations failed to fully reflect their common intention. Nothing about their request engaged the rights of third parties and there was no offense to the rules of evidence involved. In my view, all of this puts their application squarely within the parameters established by *AES* as one meriting rectification.

[90] With respect, I believe that constricting LeBel J.'s liberal and generous approach to the availability of rectification under art. 1425 *C.C.Q.* is incongruous with the realities of modern commerce. The majority reasons amount to saying that rectification in the civil law is permissible only where (i) each and every juridical act required to achieve a desired taxation outcome has been correctly identified, characterized and therefore rendered determinate, and (ii) each and every potential tax consequence has been accurately predicted. This was not the law before or after *AES*. Nor should it become the law now. A complex transactional scheme may comprise a multitude of juridical acts. In advising their clients with respect to such acts, tax professionals are often called upon to resolve complex problems under significant time constraints. Mistakes happen. Depriving taxpayers of the ability to correct those mistakes undermines their right, long recognized in Canadian law, to organize their affairs so as to minimize tax liability (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paras. 45-46).

### C. Conclusion

[89] Pour ces motifs, la requête en rectification de PJC Canada est à la fois nécessaire et légitime. Les parties avaient une intention commune et continue, et elles ont fait preuve de diligence raisonnable en demandant conseil pour la réaliser. Elles ont agi de bonne foi en tentant de remédier à leur problème de fluctuation du taux de change, et ce, sans conséquences fiscales. Elles ont demandé au juge saisi de la demande de combler les vides entre les opérations jusqu'alors exécutées, dans la mesure où ces opérations ne permettent pas de refléter pleinement leur intention commune. Rien dans leur demande ne portait atteinte aux droits de tiers et il n'y a eu aucune violation des règles de preuve. J'estime que, pour toutes ces raisons, leur demande respecte clairement les paramètres établis dans l'arrêt *AES* pour qu'une rectification soit accordée.

[90] Soit dit en tout respect, j'estime que le fait de restreindre l'approche libérale et généreuse du juge LeBel au recours en rectification visé par l'art. 1425 *C.c.Q.* est incompatible avec les réalités du commerce moderne. Il découle des motifs des juges majoritaires que la rectification n'est possible, en droit civil, que si (i) chacun des actes juridiques nécessaires pour parvenir au résultat fiscal désiré a été correctement déterminé et précisé, et de ce fait rendu déterminé, et que (ii) chacune des conséquences fiscales possibles a été prédite avec exactitude. Tel n'était pas l'état du droit avant ou après l'arrêt *AES*. Et tel ne devrait pas devenir l'état du droit maintenant. Une structure transactionnelle complexe peut comporter une multitude d'actes juridiques. Les fiscalistes qui conseillent leurs clients à cet égard sont souvent appelés à résoudre des problèmes complexes dans des délais très serrés. Des erreurs peuvent survenir. Priver les contribuables de la possibilité de corriger ces erreurs porte atteinte à leur droit, depuis longtemps reconnu en droit canadien, d'organiser leurs affaires de manière à réduire leur responsabilité fiscale : *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45-46.

[91] The fact that this deprivation will be consistent across Canada makes it all the more troubling. I agree with my colleague that convergence between Quebec civil law and the common law of the other provinces is desirable from a tax policy perspective (para. 52). Indeed, in this Court, the parties agreed that the common law and the civil law are functionally similar with respect to the availability of rectification. But retreating from the interpretation of art. 1425 *C.C.Q.* adopted in *AES* in order to achieve harmony with this Court's contraction of equitable discretion in *Fairmont* is inconsistent with the law of contract in Quebec. Under art. 1378 *C.C.Q.*, a contract consists in an "agreement of wills" formed by the sole exchange of consents. This provision, like every article in the *Code*, must be construed "broadly so as to favour its spirit over its letter and enable [its] purpose . . . to be achieved" (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 15). Given that contracts can be expressed orally without recourse to written instruments, *AES* left open the possibility of rectifying errors in oral expression (paras. 28 and 32). This is consistent with the civil law principle, inherent in arts. 1378 and 1425 *C.C.Q.*, that a contract is based on the common intention of the parties, not on the expression of that intention.

[92] The majority's reasons in *Fairmont* are irreconcilable with these articles of the *Code*. Rectification in Canadian common law jurisdictions is now "limited to cases where the agreement between the parties was not correctly recorded in the instrument that became the final expression of their agreement" (*Fairmont*, at para. 3). There appears to be no scope for rectifying oral agreements. With respect, to the extent that my colleague in this case would import this limitation into the civil law, the "convergence" between the two legal systems is, in my opinion, far from "natural" (majority reasons, at para. 52).

[91] Que cette privation soit la même dans tout le Canada est encore plus troublant. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la convergence entre le droit civil québécois et la common law des autres provinces est souhaitable d'un point de vue de politique fiscale : par. 52. D'ailleurs, les parties ont reconnu devant la Cour que la common law et le droit civil sont fonctionnellement semblables lorsqu'il s'agit d'exercer un recours en rectification. Cela dit, renoncer à l'interprétation de l'art. 1425 *C.c.Q.* préconisée par la Cour dans l'arrêt *AES* dans un effort d'harmonisation avec l'approche restrictive que celle-ci adopte à l'égard du pouvoir discrétionnaire que confère l'equity dans l'arrêt *Fairmont* est incompatible avec le droit des contrats au Québec. Selon l'art. 1378 *C.c.Q.*, le contrat est un « accord de volonté » qui se réalise par un simple échange de consentements. Cette disposition, comme toutes les autres dispositions du *Code*, doit recevoir une interprétation « large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette [. . .] d'atteindre [son] objet » : *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15. Puisque les contrats peuvent être exprimés oralement, sans être constatés par un document écrit, l'arrêt *AES* n'a pas écarté la possibilité de rectifier les erreurs d'expression verbale (par. 28 et 32). Cela est compatible avec la notion de contrat en droit civil, inhérente aux art. 1378 et 1425 *C.c.Q.*, qui s'attache à l'intention commune des parties et non à l'expression de cette intention.

[92] Les motifs des juges majoritaires dans *Fairmont* sont inconciliables avec ces dispositions du *Code*. Dans les ressorts canadiens de common law, il n'y a dorénavant rectification « que dans les cas où l'entente entre les parties n'a pas été correctement consignée dans l'instrument qui est devenu l'expression finale de leur entente » : *Fairmont*, par. 3. Il semble n'y avoir aucune possibilité de rectifier les ententes orales. Ceci dit en tout respect, dans la mesure où mon collègue, dans la présente affaire, souhaite importer cette restriction en droit civil, la « convergence » entre les deux systèmes juridiques est, à mon avis, loin d'être « naturelle » : motifs des juges majoritaires, par. 52.

[93] In the absence of an adequate recourse in rectification, one might say that in cases like the case at bar, taxpayers may bring a professional negligence action against their advisors. With respect, I would think that rectifying the agreement, in line with the innocent party's duty to mitigate under art. 1479 *C.C.Q.*, is preferable to the promotion of claims against that party's advisors. On this front, the majority's position ignores the important role played by tax professionals in the modern business world, which represents a stark departure from this Court's recent recognition that "[i]ncome tax law is notoriously complex and many taxpayers rely on tax advisors to help them comply" (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 1).

[94] In my view, a solution that favours the common and consistent intention of the parties and reflects commercial realities is preferable.

### III. Disposition

[95] For these reasons, I would allow the appeal with costs to the appellant.

*Appeal dismissed with costs, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Larivière Meunier, Montréal.*

[93] En l'absence d'un recours en rectification adéquat, on pourrait dire que, dans les affaires comme celle dont nous sommes saisis, les contribuables peuvent poursuivre leurs conseillers pour négligence professionnelle. En tout respect, je crois qu'il est préférable de procéder à la rectification de l'entente, conformément à l'obligation de limiter les dommages incombant à la partie innocente suivant l'art. 1479 *C.c.Q.*, plutôt que d'inciter cette partie à poursuivre ses conseillers. Sur ce point, la position des juges majoritaires ignore le rôle important que jouent les fiscalistes dans le monde moderne des affaires, et cette position s'écarte nettement de la récente reconnaissance par la Cour selon laquelle « [l]e droit de l'impôt sur le revenu est d'une complexité notoire, et [que] de nombreux contribuables recourent aux services de conseillers fiscaux pour en observer les règles » : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 1.

[94] À mon avis, une solution qui favorise l'intention commune et continue des parties et qui tient compte des réalités commerciales est préférable.

### III. Dispositif

[95] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA et CÔTÉ sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Larivière Meunier, Montréal.*