

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Fairmont Hotels Inc., FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. and FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. *Respondents*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FAIRMONT HOTELS INC.

2016 SCC 56

File No.: 36606.

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 ONTARIO

Contracts — Equity — Remedies — Rectification of written instrument recording prior agreement — Agreement intended by parties to operate on tax-neutral basis — Corporate resolutions effecting share redemption — Share redemption having unintended tax consequences — Whether courts below erred in holding parties' intention can support grant of rectification — Whether equitable remedy of rectification available.

Commercial law — Corporations — Taxation — Whether rectification of contract amounts to retroactive tax planning.

Fairmont Hotels Inc. was involved in the financing of Legacy Hotels' purchase of two other hotels, in U.S. currency. The financing arrangement was intended to operate on a tax-neutral basis. When Fairmont was later acquired, that intention was frustrated, however, since the acquisition would cause Fairmont and its subsidiaries to realize a deemed foreign exchange loss. The parties to Fairmont's acquisition therefore agreed on a plan, which allowed Fairmont to hedge itself against any exposure to the foreign exchange tax liability, but not its subsidiaries. There was no plan for protecting them from such exposure because the plan was deferred. The following year, Legacy Hotels asked Fairmont to terminate their financing arrangement to allow for the sale of the two other hotels. Therefore, Fairmont redeemed its shares in

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Hôtels Fairmont Inc., FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. et FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. HÔTELS FAIRMONT INC.

2016 CSC 56

N° du greffe : 36606.

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 DE L'ONTARIO

Contrats — Equity — Recours — Rectification d'un instrument écrit qui consigne une entente antérieure — Souhait des parties que l'entente soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal — Résolutions d'une société portant rachat d'actions — Rachat d'actions entraînant des conséquences non souhaitées — Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant que l'intention des parties peut justifier l'octroi d'une rectification? — Est-il possible d'obtenir la rectification, une réparation en equity?

Droit commercial — Sociétés par actions — Fiscalité — La rectification du contrat est-elle assimilable à une planification fiscale rétroactive?

Hôtels Fairmont Inc. a participé au financement de l'acquisition, par Legacy Hotels, de deux autres hôtels en dollars américains. L'entente de financement devait être exécutée de façon neutre sur le plan fiscal. Lorsque Fairmont a été acquise par la suite, cet objectif a toutefois été contrecarré, puisque l'acquisition aurait fait subir à Fairmont et à ses filiales une perte sur change présumée. Les parties à l'acquisition de Fairmont ont donc convenu d'un plan qui permettait à Fairmont, mais non à ses filiales, de se protéger du risque d'être tenue à une obligation fiscale prospective sur les opérations de change. Aucun plan n'a été échafaudé pour protéger les filiales de ce risque parce que la conception de ce plan a été reportée à plus tard. L'année suivante, Legacy Hotels a demandé à Fairmont de résilier leur entente de financement

its subsidiaries, by resolutions passed by their directors. This resulted however in an unanticipated tax liability. Fairmont sought to avoid that liability by rectification of the directors' resolutions. Both the application judge and the Court of Appeal granted that rectification on the basis of the parties' intended tax neutrality.

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

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: Both courts below erred in holding that the parties' intention of tax neutrality could support a grant of rectification. A common continuing intention does not suffice. Rectification is an equitable remedy designed to correct errors in the recording of terms in written legal instruments. It is limited to cases where a written instrument has incorrectly recorded the parties' antecedent agreement. In other words, rectification is not available where the basis for seeking it is that one or both of the parties wish to amend not the instrument recording their agreement, but the agreement itself.

Where the error is said to result from a mistake common to both or all parties to the agreement, rectification of the instrument is available upon the court being satisfied that there was a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still in effect at the time the instrument was executed; that the instrument fails to accurately record the agreement; and that the instrument, if rectified, would carry out the parties' prior agreement.

It falls to a party seeking rectification to show not only the putative error in the instrument, but also the way in which the instrument should be rectified in order to correctly record what the parties intended to do. The applicable standard of proof to be applied to evidence adduced in support of a grant of rectification is the balance of probabilities. A court will typically require evidence exhibiting a high degree of clarity, persuasiveness and cogency before substituting the terms of a written instrument with those said to form the parties' true intended course of action. On rectification, both equity and the civil law are *ad idem*, despite each legal system arriving at it by different paths — the former being concerned with correcting the document, and the latter focusing on

de façon à permettre la vente des deux autres hôtels. Par conséquent, Fairmont a racheté les actions qu'elle détenait dans ses filiales au moyen de résolutions adoptées par leurs administrateurs. Cette opération a toutefois fait naître une obligation fiscale imprévue. Fairmont a voulu se soustraire à cette obligation en faisant rectifier les résolutions des administrateurs. Tant le juge saisi de la demande que la Cour d'appel ont accordé cette rectification au motif que les parties recherchaient la neutralité fiscale.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Les deux juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que l'objectif de neutralité fiscale des parties pouvait justifier l'octroi d'une rectification. Une intention commune constante ne suffit pas. La rectification est une réparation en equity visant à corriger les erreurs dans la consignation de modalités dans des instruments juridiques écrits. Il n'y a rectification que dans les cas où un instrument écrit a consigné incorrectement l'entente antérieure entre les parties. Autrement dit, la rectification ne peut être accordée lorsqu'elle est fondée sur le désir de l'une des parties ou des deux de modifier non pas l'instrument consignnant leur entente, mais l'entente elle-même.

Lorsqu'on allègue que l'erreur résulte d'une erreur commune à toutes les parties à l'entente, le tribunal peut accorder la rectification de l'instrument s'il est convaincu qu'il y avait une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l'entente était toujours en vigueur au moment de la signature de l'instrument, que l'instrument ne consigne pas correctement l'entente et que l'instrument, s'il est rectifié, exécuterait l'entente antérieure des parties.

Il incombe à la partie qui sollicite la rectification de démontrer non seulement l'erreur putative, mais également la façon dont l'instrument devrait être rectifié afin de consigner correctement ce que les parties avaient l'intention de faire. La norme de preuve applicable à la preuve présentée à l'appui d'une demande de rectification est la prépondérance des probabilités. Le tribunal exigera généralement une preuve très claire, convaincante et solide avant de permettre que les modalités d'un instrument écrit soient remplacées par celles qui constateraient la véritable intention des parties. En matière de rectification, l'equity et le droit civil vont dans le même sens, malgré le fait que chaque système juridique arrive à une même conclusion par des voies différentes — le

its interpretation. This convergence is undoubtedly desirable.

These principles are to be applied in a tax context just as they are in a non-tax context. This is to avoid impermissible retroactive tax planning. In this case, the application of these principles leads unavoidably to the conclusion that Fairmont's application for rectification should have been dismissed, since it could not demonstrate having reached a prior agreement with definite and ascertainable terms. It is clear that Fairmont intended to limit, if not avoid altogether, its tax liability in unwinding the financing arrangement. And, by redeeming the shares, this intention was frustrated. Without more, however, these facts do not support a grant of rectification. Rectification is not equity's version of a mulligan. Courts rectify instruments that do not correctly record agreements. Courts do not rectify agreements where their faithful recording in an instrument has led to an undesirable or otherwise unexpected outcome.

Relatedly, Fairmont has not demonstrated how its intention, held in common and on a continuing basis with its subsidiaries, was to be achieved in definite and ascertainable terms while unwinding the financing arrangement. Fairmont refers to a plan to protect its subsidiaries from foreign exchange tax liability, but that plan was not only imprecise. It really was not a plan at all, being at best an inchoate wish to protect the subsidiaries, by unspecified means.

Per Abella and Côté JJ. (dissenting): There is no adjustment to the test for rectification in a tax case, and in this case the test has been met. The lower court's decisions to grant rectification resulted from the factual finding that the parties had a continuing, ascertainable intention to pursue the transaction on a tax-free basis or not at all. The majority's approach however unduly narrows the doctrine of rectification's scope. A common, continuing, definite and ascertainable intention to pursue a transaction in a tax-neutral manner has usually satisfied the threshold for granting rectification. The additional requirement that the parties clearly identify the precise mechanism by which they intended to achieve tax neutrality, and how that mechanism was mistakenly transcribed in a document, has the effect of raising the threshold and frustrating the purpose of the remedy. Whether a mistake is unilateral or mutual, rectification is, ultimately, an equitable remedy that seeks to give effect to the true intention of the parties, and prevent errors

premier visant la correction du document, et le dernier étant axé sur son interprétation. Cette convergence est indubitablement souhaitable.

Ces principes doivent être appliqués dans un contexte fiscal exactement de la même manière que dans un contexte non fiscal afin d'éviter une planification fiscale rétroactive inadmissible. En l'espèce, l'application de ces principes mène inévitablement à la conclusion que la demande de rectification de Fairmont aurait dû être rejetée, puisqu'elle n'a pu démontrer qu'elle avait conclu une entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables. Il est clair que Fairmont comptait limiter, voire éviter complètement, son obligation fiscale en annulant l'entente de financement. Et le rachat des actions a contrecarré cette intention. Sans plus, toutefois, ces faits ne justifient pas l'octroi d'une rectification. La rectification n'est pas équivalente en equity à un second essai. Les tribunaux rectifient des instruments qui ne consignent pas correctement une entente. Ils ne rectifient pas les ententes dont la consignation fidèle dans un instrument a mené à un résultat indésirable ou par ailleurs imprévu.

De même, Fairmont n'a pas démontré comment son intention, qu'elle partageait de manière constante avec ses filiales, devait être réalisée selon des modalités déterminées et déterminables tout en annulant l'entente de financement. Fairmont parle d'un plan visant à protéger ses filiales contre une obligation fiscale sur les opérations de change, mais ce plan n'était pas seulement imprécis. Il ne s'agissait même pas en fait d'un plan. Ce n'était tout au plus qu'un désir incomplet de protéger les filiales par des moyens non précisés.

Les juges Abella et Côté (dissidentes) : Il n'y a pas lieu de modifier le test de rectification dans une affaire de nature fiscale et, en l'espèce, ce test a été respecté. Les décisions des juridictions inférieures d'accorder la rectification reposent sur la conclusion de fait que les parties avaient l'intention constante et déterminable de réaliser l'opération sans incidences fiscales, ou de ne pas la réaliser du tout. L'approche de la majorité restreint toutefois indûment la portée de la doctrine de la rectification. L'intention commune, constante, déterminée et déterminable de réaliser une opération sans incidences fiscales satisfait habituellement au seuil d'octroi d'une rectification. L'exigence supplémentaire selon laquelle les parties doivent désigner clairement le mécanisme précis au moyen duquel elles ont l'intention d'atteindre la neutralité fiscale, ainsi que la manière dont ce mécanisme a été incorrectement transcrit dans le document, a pour effet de hausser le seuil et de contrecarrer l'objet de la réparation. Que l'erreur soit unilatérale ou commune,

from causing windfalls. The doctrine is also based on the principle of unjust enrichment, namely, that it would be unfair to rigidly enforce an error that enriches one party at the expense of another.

While rectification seems most often to have been granted in the context of agreed upon terms having been transcribed incorrectly, since unjust enrichment can result from a mistake in carrying out the intention of the parties, the remedy is also available to correct errors in implementation. Courts have, as a result, granted rectification where a corporate transaction was conducted in the wrong sequence, where an underlying calculation in a contract was incorrect, and where the requisite steps of an amalgamation were not correctly carried out.

Whether the errors are in transcription or in implementation, courts may refuse to exercise their discretion where allowing rectification would prejudice the rights of third parties. But the mere existence of a third party will not bar rectification. Only where the third party has actually relied on the flawed agreement will rectification be barred. Just as rectification can prevent one party from enforcing an error and being unjustly enriched by the other's mistake, rectification can also prevent a third party who has not relied on the agreement from enforcing a mistake and receiving a windfall.

Allowing the tax authorities, a third party, to profit from legitimate tax planning errors, when its own rights have not been prejudiced in any way, amounts to unjust enrichment. Businesses and individuals are legally entitled to structure their affairs in a way that minimizes their tax burden. The tax department is not entitled to play "Gotcha" any more than would any other third party who did not rely to its detriment on the mistake. On the other hand, businesses and individuals should not be allowed to exploit rectification for purposes of engaging in retroactive tax planning.

Civil law and common law rectification in the tax context are clearly based on analogous principles, namely, that the true intention of the parties has primacy over errors in the transcription or implementation of that agreement, subject to a need for precision and the rights of third parties who detrimentally rely on the agreement. That means that there is no principled basis in either legal system for a stricter standard in the tax context simply

la rectification est, en définitive, une réparation d'équité qui vise à donner effet à la véritable intention des parties et à empêcher que des erreurs donnent lieu à des gains fortuits. La doctrine est aussi fondée sur le principe d'enrichissement injustifié, à savoir qu'il serait injuste de donner effet, de façon rigide, à une erreur qui enrichit l'une des parties au détriment de l'autre.

Certes, on semble avoir le plus souvent accordé la rectification dans des cas où les modalités convenues avaient été mal transcrites, mais puisque l'enrichissement injustifié peut résulter d'une erreur dans la réalisation de l'intention des parties, on peut aussi recourir à la rectification pour corriger les erreurs de mise en œuvre. Les tribunaux ont donc accordé la rectification demandée lorsqu'une transaction commerciale a été exécutée dans le mauvais ordre, lorsqu'une erreur de calcul sous-jacente au contrat a été commise, et lorsque les étapes nécessaires d'une fusion ont été mal suivies.

Que l'erreur réside dans la transcription ou dans la mise en œuvre, les tribunaux peuvent refuser d'exercer leur pouvoir discrétionnaire si la rectification serait préjudiciable aux droits des tiers. Toutefois, la simple présence d'un tiers ne fait pas obstacle à la rectification. La rectification ne sera irrecevable que si le tiers en question s'est effectivement fondé sur l'entente erronée. La rectification peut empêcher une partie de donner effet à une erreur et de s'enrichir injustement parce que l'autre partie s'est trompée, tout comme elle peut empêcher un tiers qui ne s'est pas fié sur l'entente de donner effet à une erreur et d'en tirer profit.

Permettre aux autorités fiscales, une tierce partie, de tirer profit des erreurs commises dans une planification fiscale légitime, alors qu'il n'a été nullement porté atteinte à ses droits, équivaut à un enrichissement injustifié. Les entreprises et les particuliers ont légalement le droit d'organiser leurs affaires de manière à réduire le plus possible leur fardeau fiscal. Le fisc ne peut pas plus jouer à « *Gotcha* » que n'importe quel autre tiers qui ne s'est pas fondé à son détriment sur l'erreur. D'autre part, les entreprises et les particuliers ne devraient pas pouvoir recourir à la rectification pour procéder à une planification fiscale rétroactive.

La rectification en droit civil et celle en common law dans le domaine fiscal sont manifestement fondées sur des principes analogues, à savoir que la véritable intention des parties l'emporte sur les erreurs de transcription ou de mise en œuvre de l'entente en question, sous réserve des précisions nécessaires et des droits des tiers qui se fondent à leur détriment sur l'entente. Ainsi, aucune raison de principe ne permet, quel que soit le système

because it is the government that is positioned to benefit from a mistake.

In this case, Fairmont was found by the application judge to have always had a clear, continuing intention to unwind the financing arrangement on a tax-neutral basis and never to redeem the shares. Fairmont was not attempting to change its original intention because of unanticipated tax consequences. It had anticipated the tax consequences of unwinding the arrangement with a share redemption mechanism, and it specifically rejected this course of action. But, by mistake, the preferred share redemption terms were included in the directors' resolutions. This is exactly the kind of mistake rectification exists to remedy. Once the application judge was satisfied of the true intention of the parties, he was entitled to give effect to it by allowing rectification of the directors' resolutions.

To require an exhaustive account of how the unwinding was supposed to have proceeded would amount to imposing a uniquely high threshold for rectification in the tax context and would give the Canada Revenue Agency, as the tax authorities, an unintended gain because of the mistake. There is no basis for permitting a windfall to the Canada Revenue Agency that no other third party would have been entitled to.

Cases Cited

By Brown J.

Overruled: *Juliar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104, aff'd (2000), 50 O.R. (3d) 728; **considered:** *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; **referred to:** *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Re Slocock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358; *Racal Group Services Ltd. v. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86; *Ashcroft v. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Harvest Operations Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78; *Crane v. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2

juridique applicable, d'imposer une norme plus stricte dans le domaine fiscal du simple fait que c'est le gouvernement qui pourrait bénéficier d'une erreur.

En l'espèce, le juge saisi de la demande a conclu que Fairmont avait toujours eu l'intention claire de dénouer l'entente de financement sans incidences fiscales et n'avait jamais eu l'intention de racheter les actions. Fairmont ne tentait pas de s'écarter de son intention initiale à cause de conséquences fiscales imprévues. Elle avait prévu les conséquences fiscales d'un dénouement de l'arrangement par le rachat des actions, et elle avait explicitement rejeté cette démarche. Or, par erreur, les modalités de rachat des actions privilégiées ont été incluses dans les résolutions adoptées par les administrateurs. C'est exactement le genre d'erreur que la rectification vise à corriger. Une fois que le juge saisi de la demande a été convaincu de la véritable intention des parties, il avait le droit de lui donner effet en autorisant la rectification des résolutions des administrateurs.

Exiger une description détaillée de la manière dont le dénouement était censé se dérouler reviendrait à imposer un seuil exceptionnellement élevé à atteindre pour obtenir la rectification dans le domaine fiscal et permettrait à l'Agence du revenu du Canada, les autorités fiscales, de tirer un gain fortuit de l'erreur. Il n'y a aucune raison de permettre à l'Agence du revenu du Canada de tirer un gain fortuit auquel aucun autre tiers n'aurait eu droit.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt renversé : *Juliar c. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104, conf. par (2000), 50 O.R. (3d) 728; **arrêt examiné :** *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; **arrêts mentionnés :** *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Re Slocock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358; *Racal Group Services Ltd. c. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86; *Ashcroft c. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Harvest Operations Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78; *Crane c. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953]

Q.B. 450; *Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 55, [2016] 2 S.C.R. 670; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Thomas Bates and Son Ltd. v. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505.

By Abella J. (dissenting)

H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp., [1973] 2 O.R. 57, rev'd [1976] 1 S.C.R. 319; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Mitchell v. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160; *Reed Shaw Osler Ltd. v. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81; *Bryndon Ventures Inc. v. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291, aff'd (1980), 26 O.R. (2d) 746; *Graymar Equipment (2008) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288; *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72; *McLean v. McLean*, 2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216; *Swainland Builders Ltd. v. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560; *Co-operative Insurance Society Ltd v. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52; *Royal Bank of Canada v. El-Bris Ltd.*, 2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230; *Oriole Oil & Gas Ltd. v. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411; *Prospera Credit Union, Re*, 2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145; *Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354; *Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761, aff'd (1990), 72 O.R. (2d) 703; *Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC*, 2008 ABCA 379, 440 A.R. 389; *Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337; *Love v. Love*, 2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662; *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Kanji v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739; *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *McPeake v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203; *Slate Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216;

2 Q.B. 450; *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 55, [2016] 2 R.C.S. 670; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Thomas Bates and Son Ltd. c. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505.

Citée par la juge Abella (dissidente)

H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp., [1973] 2 O.R. 57, inf. par [1976] 1 R.C.S. 319; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Mitchell c. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160; *Reed Shaw Osler Ltd. c. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81; *Bryndon Ventures Inc. c. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86; *Peter Pan Drive-In Ltd. c. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291, conf. par (1980), 26 O.R. (2d) 746; *Graymar Equipment (2008) Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 ABQB 154, 97 Alta. L.R. (5th) 288; *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72; *McLean c. McLean*, 2013 ONCA 788, 118 O.R. (3d) 216; *Swainland Builders Ltd. c. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560; *Co-operative Insurance Society Ltd c. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52; *Royal Bank of Canada c. El-Bris Ltd.*, 2008 ONCA 601, 92 O.R. (3d) 779; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230; *Oriole Oil & Gas Ltd. c. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411; *Prospera Credit Union, Re*, 2002 BCSC 1806, 32 B.L.R. (3d) 145; *Wise c. Axford*, [1954] O.W.N. 822; *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354; *Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761, conf. par (1990), 72 O.R. (2d) 703; *Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC*, 2008 ABCA 379, 440 A.R. 389; *Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337; *Love c. Love*, 2013 SKCA 31, [2013] 5 W.W.R. 662; *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Kanji c. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 781, 114 O.R. (3d) 1; *Pallen Trust, Re*, 2015 BCCA 222, 385 D.L.R. (4th) 499; *771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739; *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728; *McPeake c. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 132, [2012] 4 C.T.C. 203; *Slate Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216; *Fraser*

Fraser Valley Refrigeration, Re, 2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73, aff'd 2009 BCCA 576, 280 B.C.A.C. 317; *Birch Hill Equity Partners Management Inc. v. Rogers Communications Inc.*, 2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1; *Binder v. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54; *Re: Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37; *Zhang v. Canada (Attorney General)*, 2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084; *Husky Oil Operations Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Finance)*, 2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172; *JAFT Corp. v. Jones*, 2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86, aff'd 2015 MBCA 77, 323 Man. R. (2d) 57; *Capstone Power Corp. v. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, art. 1425.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

Authors Cited

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Brooks, Neil, and Kim Brooks. "The Supreme Court's 2013 Tax Cases: Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues" (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335.

Brown, Catherine, and Arthur J. Cockfield. "Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws: Reconciling Competing Visions of the Rule of Law" (2013), 61 *Can. Tax J.* 563.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Goff, Lord, of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed., by Gareth Jones, ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

Hanbury and Martin Modern Equity, 20th ed., by Jamie Glister and James Lee. London: Sweet & Maxwell, 2015.

Hartford, Patrick. "Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada: A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*" (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 87.

Hodge, David. *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2016.

Janke-Curliss, Karen, et al. "Rectification in Tax Law: An Overview of Current Cases", in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada:*

Valley Refrigeration, Re, 2009 BCSC 848, [2009] 6 C.T.C. 73, conf. par 2009 BCCA 576, 280 B.C.A.C. 317; *Birch Hill Equity Partners Management Inc. c. Rogers Communications Inc.*, 2015 ONSC 7189, 128 O.R. (3d) 1; *Binder c. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54; *Re : Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37; *Zhang c. Canada (Attorney General)*, 2015 BCSC 1256, 2015 DTC 5084; *Husky Oil Operations Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Finance)*, 2014 SKQB 116, 443 Sask. R. 172; *JAFT Corp. c. Jones*, 2014 MBQB 59, 304 Man. R. (2d) 86, conf. par 2015 MBCA 77, 323 Man. R. (2d) 57; *Capstone Power Corp. c. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1425.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 245.

Doctrine et autres documents cités

Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Brooks, Neil, and Kim Brooks. « The Supreme Court's 2013 Tax Cases : Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues » (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335.

Brown, Catherine, and Arthur J. Cockfield. « Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws : Reconciling Competing Visions of the Rule of Law » (2013), 61 *Rev. fisc. can.* 563.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Goff, Lord, of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed., by Gareth Jones, ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

Hanbury and Martin Modern Equity, 20th ed., by Jamie Glister and James Lee, London, Sweet & Maxwell, 2015.

Hartford, Patrick. « Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada : A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.* » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 87.

Hodge, David. *Rectification : The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2016.

Janke-Curliss, Karen, et al. « Rectification in Tax Law : An Overview of Current Cases », in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in*

Proceedings of the June 2012 Conference. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2013, 21:1.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Nitikman, Joel. “Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law” (2005), 53 *Can. Tax J.* 941.

Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

Smith, Lionel. “Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions” (2008), 27 *E.T.P.J.* 284.

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. Pymont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Cronk and Blair JJ.A.), 2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230, 2015 DTC 5073, [2015] O.J. No. 3172 (QL), 2015 CarswellOnt 8955 (WL Can.), affirming a decision of Newbould J., 2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241, [2015] 3 C.T.C. 9, 2015 DTC 5019, 36 B.L.R. (5th) 215, [2014] O.J. No. 6086 (QL), 2014 CarswellOnt 17975 (WL Can.). Appeal allowed, Abella and Côté JJ. dissenting.

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

Geoff R. Hall and *Chia-yi Chua*, for the respondents.

Canada : Proceedings of the June 2012 Conference, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2013, 21:1.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.

McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Nitikman, Joel. « Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law » (2005), 53 *Rev. fisc. can.* 941.

Peel, Edwin. *The Law of Contract*, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2015.

Smith, Lionel. « Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions » (2008), 27 *E.T.P.J.* 284.

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., Pymont (N.S.W.), Lawbook Co., 2014.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Cronk et Blair), 2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230, 2015 DTC 5073, [2015] O.J. No. 3172 (QL), 2015 CarswellOnt 8955 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Newbould, 2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241, [2015] 3 C.T.C. 9, 2015 DTC 5019, 36 B.L.R. (5th) 215, [2014] O.J. No. 6086 (QL), 2014 CarswellOnt 17975 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

Daniel Bourgeois et *Eric Noble*, pour l’appelant.

Geoff R. Hall et *Chia-yi Chua*, pour les intimées.

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

BROWN J. —

I. Introduction

[1] This appeal concerns the conditions under which a taxpayer may ask a court to exercise its equitable jurisdiction to rectify a written legal instrument, where the effect of that instrument was to produce an unexpected tax consequence. As I will explain, this entails inquiring into the nature and particularity of the terms which the taxpayer had intended to record in the instrument, whether the instrument contains those intended terms and, if not, whether those intended terms are sufficiently precise such that they may now be included in the instrument.

[2] The present case arises from a financing arrangement which the parties had intended, both at its inception and ongoing, to operate on a tax-neutral basis. Because of the particular financing mechanism chosen, an unanticipated tax liability was incurred. Both the chambers judge at the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal for Ontario granted rectification on the grounds of the parties' intended tax neutrality.

[3] Without disputing that tax neutrality was the parties' intention, for the reasons that follow it is my respectful view that both courts below erred in holding that this intention could support a grant of rectification. Rectification is limited to cases where the agreement between the parties was not correctly recorded in the instrument that became the final expression of their agreement: A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §8.229; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 817. It does not undo unanticipated effects of that agreement. While, therefore, a court may rectify an instrument which inaccurately records a party's agreement respecting what was to be done, it may not change the agreement in order to salvage

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

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] Ce pourvoi porte sur les conditions régissant les situations où un contribuable peut demander au tribunal d'exercer sa compétence en equity pour rectifier un instrument juridique écrit, lorsque cet instrument a eu pour effet d'entraîner une conséquence fiscale imprévue. Comme je l'expliquerai, cela implique que l'on examine la nature et les particularités des modalités que le contribuable avait l'intention de consigner dans l'instrument, si l'instrument renferme ces modalités et, dans la négative, si ces modalités sont suffisamment précises pour qu'elles puissent maintenant être incluses dans l'instrument.

[2] Ce pourvoi découle d'une entente de financement que les parties entendaient, dès sa naissance et après, exécuter en assurant la neutralité fiscale. Le mécanisme de financement choisi a fait naître une obligation fiscale imprévue. Tant le juge siégeant en cabinet de la Cour supérieure de justice de l'Ontario que la Cour d'appel de l'Ontario ont accordé la rectification demandée au motif que les parties recherchaient la neutralité fiscale.

[3] Sans contester que la neutralité fiscale fût l'intention des parties, pour les motifs qui suivent, et soit dit en tout respect, je suis d'avis que les deux juridictions inférieures ont commis une erreur en concluant que cette intention pouvait justifier l'octroi d'une rectification. Il n'y a 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 : A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), §8.229; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 817. Elle n'annule pas les effets imprévus de cette entente. Par conséquent, bien que le tribunal puisse rectifier un instrument qui consigne incorrectement l'entente conclue par une partie au sujet de ce qui

what a party hoped to achieve. Moreover, these rules confining the availability of rectification are generally applicable, including where (as here) the unanticipated effect takes the form of a tax liability. To be clear, a court may not modify an instrument merely because a party has discovered that its operation generates an adverse and unplanned tax liability. I would therefore allow the appeal.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

[4] The respondent Fairmont Hotels Inc. and its subsidiaries FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. and FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. ask the Court to rectify instruments recording a complex financing arrangement made in 2002 and 2003 between Fairmont and Legacy Hotels REIT, a Canadian real estate investment trust in which Fairmont owned a minority interest. While Fairmont's aim in participating in this financing arrangement was to obtain the management contract for the two hotels which Legacy purchased with the financing, its participation exposed it to a potential foreign exchange tax liability, since the financing was in U.S. currency. With the goal of ensuring foreign exchange tax neutrality, Fairmont — through its subsidiaries FHIW and FHIS — entered into reciprocal loan agreements with Legacy, all of which were transacted in U.S. currency.

[5] When Fairmont was acquired by Kingdom Hotels International and Colony Capital LLC in 2006, however, that goal of foreign exchange tax neutrality was frustrated, since this acquisition would cause Fairmont and its subsidiaries to realize a deemed foreign exchange loss, without corresponding foreign exchange gains, on the financing arrangement with Legacy. Fairmont, Kingdom Hotels and Colony Capital agreed on a “modified plan” which allowed Fairmont (but not its subsidiaries) to realize both its gains and losses in 2006, thereby fully hedging it

devait être fait, il ne peut le faire pour épargner ce qu'une partie espérait obtenir. De plus, ces règles limitant la possibilité d'obtenir une rectification sont d'application générale, notamment dans les cas où (comme en l'espèce) l'effet imprévu prend la forme d'une obligation fiscale. Plus précisément, le tribunal ne peut modifier un instrument simplement parce qu'une partie a découvert que son exécution fait naître une obligation fiscale préjudiciable et imprévue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Aperçu des faits et de la procédure

A. *Contexte*

[4] L'intimée Hôtels Fairmont Inc. et ses filiales FHIW Hotel Investments (Canada) Inc. et FHIS Hotel Investments (Canada) Inc. prient la Cour de rectifier des instruments consignants une entente de financement complexe conclue en 2002 et en 2003 entre Fairmont et Legacy Hotels REIT, une fiducie canadienne d'investissement immobilier dans laquelle Fairmont détenait une participation minoritaire. Bien que le but de Fairmont en participant à cette entente de financement fût d'obtenir le contrat de gestion des deux hôtels que Legacy a acquis avec les fonds prêtés, sa participation l'a exposée à une obligation fiscale potentielle sur les opérations de change, puisque le financement était en dollars américains. Dans le but d'assurer la neutralité fiscale des opérations de change, Fairmont — par l'intermédiaire de ses filiales FHIW et FHIS — a conclu des contrats de prêts réciproques avec Legacy qui ont tous été négociés en dollars américains.

[5] Lorsque Fairmont a été acquise par Kingdom Hotels International et Colony Capital LLC en 2006, toutefois, cet objectif de neutralité fiscale des opérations de change a été contrecarré, puisque cette acquisition aurait fait subir à Fairmont et à ses filiales une perte sur change présumée, sans gains sur change correspondants, par suite de l'entente de financement conclue avec Legacy. Fairmont, Kingdom Hotels et Colony Capital ont convenu d'un [TRADUCTION] « plan modifié » qui permettait à Fairmont, mais non à ses filiales, de réaliser ses gains et ses pertes en

against exposure to prospective foreign exchange tax liability. The matter of similarly protecting the subsidiaries from exposure was deferred, without any specific plan as to how that might be achieved.

[6] In 2007, Legacy asked Fairmont to terminate the reciprocal loan arrangements “on an urgent basis” so as to allow for the sale of the hotels. Four days later, and on the incorrect assumption that the matter of the subsidiaries’ foreign exchange tax neutrality had been secured, Fairmont complied with Legacy’s request by redeeming its shares in its subsidiaries via resolutions passed by the directors of FHIW and FHIS. This resulted in an unanticipated tax liability, discovered only after the Canada Revenue Agency (“CRA”) audited the 2007 tax returns of FHIW and FHIS and questioned Fairmont on those returns.

[7] The respondents now seek to avoid that liability to Fairmont by asking the Court to rectify the 2007 resolutions passed by the directors of FHIW and FHIS. Specifically, they wish to convert Fairmont’s share redemption into a loan whereby FHIW and FHIS will loan to Fairmont the same amount that they paid to Fairmont for the share redemption.

B. *Judicial History*

- (1) Superior Court of Justice — Newbould J. (2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241)

[8] Relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Juliar v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104 (S.C.J.), aff’d (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.), the chambers judge allowed the application for rectification. He found that, since 2002, Fairmont had intended that its financing arrangement with Legacy be tax-neutral in effect, and that this intention subsisted after Fairmont’s 2006 acquisition by Kingdom Hotels and Colony Capital (para. 32).

2006, la protégéant ainsi totalement du risque d’être tenue à une obligation fiscale prospective sur les opérations de change. L’idée de protéger de la même façon les filiales a été reportée à plus tard, sans plan précis quant à savoir comment elle pourrait être menée à bien.

[6] En 2007, Legacy a demandé à Fairmont de résilier [TRADUCTION] « de toute urgence » les contrats de prêts réciproques de façon à permettre la vente des hôtels. Quatre jours plus tard, et supposant à tort que la question de la neutralité fiscale des opérations de change des filiales avait été réglée, Fairmont a accédé à la demande de Legacy en rachetant les actions qu’elle détenait dans ses filiales au moyen de résolutions adoptées par les administrateurs de FHIW et de FHIS. Cette opération a fait naître une obligation fiscale imprévue, découverte seulement après que l’Agence du revenu du Canada (« ARC ») eut vérifié les déclarations de revenus de 2007 de FHIW et de FHIS et ait questionné Fairmont au sujet de ces déclarations.

[7] Les intimées veulent maintenant soustraire Fairmont à cette obligation en priant la Cour de rectifier les résolutions adoptées en 2007 par les administrateurs de FHIW et de FHIS. Plus précisément, elles désirent convertir le rachat des actions par Fairmont en un prêt au moyen duquel FHIW et FHIS prêteront à Fairmont la même somme qu’elles lui ont versée pour le rachat des actions.

B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour supérieure de justice — Le juge Newbould (2014 ONSC 7302, 123 O.R. (3d) 241)

[8] S’appuyant sur l’arrêt *Juliar c. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 104 (C.S.J.), conf. par (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.), de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge siégeant en cabinet a accueilli la demande de rectification. Il a conclu que, depuis 2002, Fairmont souhaitait que son entente de financement avec Legacy atteigne la neutralité fiscale et que cette intention a subsisté après l’acquisition de Fairmont en 2006 par Kingdom Hotels et Colony Capital (par. 32).

[9] The chambers judge also found that, in light of the foreign exchange tax exposure presented to Fairmont's subsidiaries by that acquisition, Fairmont intended "at some point in the future" to address "the unhedged position of [FHIW] and [FHIS] in a way that would be tax . . . neutral although they had no specific plan as to how they would do that" (para. 33). Observing (at para. 42) that the tax liability arose as a result of inadvertence by a member of Fairmont's senior management team, he said that this was not "a case in which tax planning has been done on a retroactive basis after a CRA audit", but rather a case in which a "redemption of the preference shares was mistakenly chosen as the means" to "unwind the loans on a tax-free basis" (para. 43). "[D]enial of the application to rectify would", he concluded, "result in a tax burden which Fairmont sought to avoid from the inception of the 2002 reciprocal loan arrangement" while "giv[ing] CRA an unintended gain" (para. 44). And, in any event, he noted that *Juliar* was binding on him in the circumstances (para. 41).

(2) Court of Appeal — Simmons, Cronk and Blair J.J.A. (2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230)

[10] In brief reasons for judgment, the Court of Appeal affirmed the chambers judge's decision, taking note of his findings regarding Fairmont's continuing intention from 2002 that its financing arrangement with Legacy would be carried out on a tax neutral basis; that this intention subsisted after Fairmont's acquisition in 2006; that the adverse tax consequence was triggered by a mistake in 2007 on the part of a member of Fairmont's senior management; and that the purpose of the 2007 resolutions was not to redeem the shares, but rather "to unwind [the Legacy transactions] on a tax free basis" (para. 7).

[11] The Court of Appeal also commented on the evidentiary burden resting on the party seeking rectification. *Juliar*, it said, "does not require that the

[9] Le juge siégeant en cabinet a également conclu que, comme les filiales de Fairmont s'exposaient à un risque fiscal sur les opérations de change en raison de cette acquisition, Fairmont voulait régler [TRADUCTION] « ultérieurement » le problème de « la position non couverte de [FHIW] et de [FHIS] afin de préserver la neutralité fiscale [. . .], tout en n'ayant aucune idée précise de la façon dont elle s'y prendrait » (par. 33). Faisant observer (par. 42) que l'obligation fiscale a pris naissance à cause de l'inattention d'un membre de la haute direction de Fairmont, le juge siégeant en cabinet a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'« un cas où la planification fiscale a été faite rétroactivement après une vérification de l'ARC », mais plutôt d'un cas où le « rachat des actions privilégiées a été choisi par erreur comme moyen » d'« annuler les prêts de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 43). Il a conclu que [TRADUCTION] « le rejet de la demande de rectification entraînerait un fardeau fiscal que Fairmont a cherché à éviter depuis la naissance du contrat de prêts réciproques de 2002 » tout en « donn[ant] à l'ARC un gain non intentionnel » (par. 44). Et, quoi qu'il en soit, il a souligné qu'il était lié par l'arrêt *Juliar* dans les circonstances (par. 41).

(2) Cour d'appel — Les juges Simmons, Cronk et Blair (2015 ONCA 441, 45 B.L.R. (5th) 230)

[10] Dans de brefs motifs de jugement, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge siégeant en cabinet et a pris note de ses conclusions concernant le fait que l'intention constante de Fairmont, dès 2002, était que son entente de financement avec Legacy soit exécutée de façon neutre sur le plan fiscal, que cette intention a subsisté après l'acquisition de Fairmont en 2006, que la conséquence fiscale négative résulte d'une erreur commise en 2007 par un membre de la haute direction de Fairmont et que l'objectif des résolutions de 2007 n'était pas de racheter les actions, mais plutôt [TRADUCTION] « d'annuler [les opérations de Legacy] de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 7).

[11] La Cour d'appel a également formulé des commentaires sur le fardeau de la preuve qui incombe à la partie sollicitant la rectification. Selon

party seeking rectification must have determined the precise mechanics or means by which [its] settled intention to achieve a specific tax outcome would be realized” (para. 10). Rather, “*Juliar* holds, in effect, that the critical requirement for rectification is proof of a continuing specific intention to undertake a transaction or transactions on a particular tax basis” (para. 10). In this case, then, it was in the court’s view unnecessary for Fairmont to prove that it had resolved to use “a specific transactional device — loans — to achieve the intended tax result” (para. 12). Rather, the chambers judge’s findings regarding Fairmont’s intention, coupled with *Juliar*’s direction regarding the prerequisite intention to obtain rectification, were dispositive of the application in the respondents’ favour.

III. Analysis

A. *General Principles and Operation of Rectification*

[12] If by mistake a legal instrument does not accord with the true agreement it was intended to record — because a term has been omitted, an unwanted term included, or a term incorrectly expresses the parties’ agreement — a court may exercise its equitable jurisdiction to rectify the instrument so as to make it accord with the parties’ true agreement. Alternatively put, rectification allows a court to achieve correspondence between the parties’ agreement and the substance of a legal instrument intended to record that agreement, when there is a discrepancy between the two. Its purpose is to give effect to the parties’ true intentions, rather than to an erroneous transcription of those true intentions (Swan and Adamski, at §8.229).

[13] Because rectification allows courts to rewrite what the parties had originally intended to be the final expression of their agreement, it is “a potent remedy” (*Snell’s Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at pp. 417-18). It must, as this Court has repeatedly stated (*Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western)*

elle, l’arrêt *Juliar* [TRADUCTION] « n’exige pas que la partie sollicitant la rectification ait déterminé les mécanismes ou les moyens précis par lesquels [son] intention ferme d’obtenir un résultat fiscal précis serait réalisée » (par. 10). En fait, « l’arrêt *Juliar* indique que la condition essentielle de la rectification est la preuve d’une intention constante et précise d’effectuer une ou des opérations sur un fondement fiscal particulier » (par. 10). En l’espèce, la Cour d’appel était donc d’avis qu’il était inutile pour Fairmont de prouver qu’elle était déterminée à se servir d’« un mécanisme opérationnel précis — des prêts — pour atteindre le résultat fiscal voulu » (par. 12). En fait, les conclusions du juge siégeant en cabinet au sujet de l’intention de Fairmont, jumelées à la directive de l’arrêt *Juliar* concernant l’intention préalable pour obtenir une rectification, lui permettaient de trancher la demande en faveur des intimées.

III. Analyse

A. *Principes généraux et application de la rectification*

[12] Si, par erreur, un instrument juridique ne correspond pas à la véritable entente qu’il était censé consigner — parce qu’une modalité a été omise, qu’une modalité non voulue a été incluse ou qu’une modalité exprime incorrectement l’entente des parties — le tribunal peut exercer sa compétence en equity pour rectifier l’instrument de façon à ce qu’il corresponde à la véritable entente entre les parties. Autrement dit, la rectification permet au tribunal d’assurer la correspondance entre l’entente des parties et le contenu d’un instrument juridique visant à consigner cette entente lorsqu’il y a une divergence entre les deux. Elle a pour but de donner effet aux véritables intentions des parties, plutôt qu’à une transcription erronée de ces véritables intentions (Swan et Adamski, §8.229).

[13] Comme la rectification permet aux tribunaux de réécrire ce que les parties voulaient initialement que soit l’expression finale de leur entente, elle constitue [TRADUCTION] « une réparation puissante » (*Snell’s Equity* (33^e éd. 2015), par J. McGhee, p. 417-418). Comme la Cour l’a maintes fois affirmé

Inc., 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at para. 56, citing *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 31), be used “with great caution”, since a “relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts”: *Performance Industries*, at para. 31. It bears reiterating that rectification is limited solely to cases where a written instrument has incorrectly recorded the parties’ antecedent agreement (Swan and Adamski, at §8.229). It is not concerned with mistakes merely in the making of that antecedent agreement: E. Peel, *The Law of Contract* (14th ed. 2015), at para. 8-059; *Mackenzie v. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, at p. 375 (“Courts of Equity do not rectify contracts; they may and do rectify instruments”). In short, rectification is unavailable where the basis for seeking it is that one or both of the parties wish to amend *not the instrument* recording their agreement, but *the agreement itself*. More to the point of this appeal, and as this Court said in *Performance Industries* (at para. 31), “[t]he court’s task in a rectification case is . . . to restore the parties to their original bargain, not to rectify a belatedly recognized error of judgment by one party or the other”.

[14] Beyond these general guides, the nature of the mistake must be accounted for: Swan and Adamski, at §8.233. Two types of error may support a grant of rectification. The first arises when both parties subscribe to an instrument under a *common* mistake that it accurately records the terms of their antecedent agreement. In such a case, an order for rectification is predicated upon the applicant showing that the parties had reached a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still effective when the instrument was executed; that the instrument fails to record accurately that prior agreement; and that, if rectified as proposed, the instrument would carry out the agreement: *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63

(*Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 56, citant *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 31), elle doit être utilisée « avec grande prudence », puisque « [t]out assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits » : *Performance Industries*, par. 31. Il convient de réitérer que la rectification se fait uniquement dans les cas où un instrument écrit a consigné incorrectement l’entente antérieure entre les parties (Swan et Adamski, §8.229). La rectification ne vise pas les erreurs commises simplement lors de la formation de cette entente antérieure : E. Peel, *The Law of Contract* (14^e éd. 2015), par. 8-059; *Mackenzie c. Coulson* (1869), L.R. 8 Eq. 368, p. 375 ([TRADUCTION] « Les tribunaux d’équité ne rectifient pas les contrats; ils peuvent rectifier et rectifient les instruments »). Bref, la rectification ne peut être accordée lorsqu’elle est fondée sur le désir de l’une des parties ou des deux de modifier *non pas l’instrument* consignait leur entente, mais *l’entente elle-même*. Plus important encore pour le présent pourvoi, et comme la Cour l’a dit dans l’arrêt *Performance Industries* (par. 31), « [l]a tâche des tribunaux dans une affaire de rectification [. . .] consiste à reconstituer le marché original conclu par les parties, et non à rectifier une erreur de jugement qu’une partie aurait reconnue tardivement ».

[14] Hormis ces lignes directrices générales, la nature de l’erreur doit être prise en compte : Swan et Adamski, §8.233. Deux sortes d’erreur peuvent donner ouverture à une rectification. La première survient lorsque les deux parties souscrivent à un instrument sur la foi d’une erreur *commune* selon laquelle il consigne correctement les modalités de l’entente antérieure. En pareilles circonstances, une ordonnance de rectification sera rendue si le demandeur démontre que les parties étaient parvenues à une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l’entente était toujours en vigueur lors de la signature de l’instrument, que l’instrument ne consigne pas correctement l’entente antérieure et que s’il est rectifié tel

S.C.R. 109, at p. 126; *McInnes*, at p. 820; *Snell's Equity*, at p. 424; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20th ed. 2015), by J. Glister and J. Lee, at pp. 848-49; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (S.C.C.), at p. 622.

[15] In *Performance Industries* (at para. 31) and again in *Shafron* (at para. 53), this Court affirmed that rectification is also available where the claimed mistake is *unilateral* — either because the instrument formalizes a unilateral act (such as the creation of a trust), or where (as in *Performance Industries* and *Shafron*) the instrument was intended to record an agreement between parties, but one party says that the instrument does not accurately do so, while the other party says it does. In *Performance Industries* (at para. 31), “certain demanding preconditions” were added to rectify a putative unilateral mistake: specifically, that the party resisting rectification knew or ought to have known about the mistake; and that permitting that party to take advantage of the mistake would amount to “fraud or the equivalent of fraud” (para. 38).

B. *Juliar*

[16] As I have recounted, both courts below considered the Court of Appeal’s decision in *Juliar*, coupled with the chambers judge’s findings, to be dispositive. In my respectful view, however, *Juliar* is irreconcilable with this Court’s jurisprudence and with the narrowly confined circumstances to which this Court has restricted the availability of rectification.

[17] In *Juliar*, the parties had, by a written agreement and in the course of the restructuring of a family business, transferred shares to a corporation in exchange for promissory notes for an amount equal to what the parties believed to be the value of the shares. Upon discovering that the promissory notes were worth more than the shares’ value (resulting in the taxpaying party being assessed as having received a taxable deemed dividend),

que proposé, l’instrument exécuterait l’entente : *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109, p. 126; *McInnes*, p. 820; *Snell's Equity*, p. 424; *Hanbury and Martin Modern Equity* (20^e éd. 2015), par J. Glister et J. Lee, p. 848-849; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620 (C.S.C.), p. 622.

[15] Dans l’arrêt *Performance Industries* (par. 31) et de nouveau dans *Shafron* (par. 53), la Cour a confirmé qu’il peut également y avoir rectification lorsque l’erreur invoquée est *unilatérale* — soit parce que l’instrument officialise un acte unilatéral (comme la création d’une fiducie), soit parce que (comme dans *Performance Industries* et *Shafron*) l’instrument vise à consigner l’entente intervenue entre les parties, mais que l’une d’entre elles dit que l’instrument ne le fait pas correctement, alors que l’autre affirme le contraire. Dans *Performance Industries* (par. 31), la rectification de l’erreur unilatérale putative a été assujettie à « certains préalables rigoureux » : plus précisément, que la partie qui s’oppose à la rectification connaissait ou aurait dû connaître l’existence de l’erreur et que le fait de permettre à cette partie de tirer profit de l’erreur constituerait « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » (par. 38).

B. *L’arrêt Juliar*

[16] Comme je l’ai déjà dit, les deux juridictions inférieures ont estimé que l’arrêt *Juliar* de la Cour d’appel, jumelé aux conclusions du juge siégeant en cabinet, permettaient de trancher le pourvoi. À mon humble avis, toutefois, l’arrêt *Juliar* est incompatible avec la jurisprudence de la Cour et les circonstances très restreintes auxquelles la Cour a limité le recours en rectification.

[17] Dans l’affaire *Juliar*, les parties avaient, au moyen d’une entente écrite et dans le cadre de la restructuration d’une entreprise familiale, transféré leurs actions à une autre entreprise en échange de billets à ordre d’un montant égal à la valeur des actions estimée par les parties. Après avoir découvert que la valeur des billets à ordre était supérieure à celle des actions (de sorte que la partie assujettie à l’impôt a fait l’objet d’une cotisation comme si

the parties sought rectification in order to convert what had originally been structured as a shares-for-promissory notes transfer into a shares-for-shares transfer (which would have been tax-deferred). For the Court of Appeal, and citing the decision of *Re Sloccock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358 (Ch. D.), Austin J.A. held that the written agreement could be rectified as sought, citing the trial judge's finding that the parties had "a common . . . continuing intention" to transfer shares in a way that would avoid immediate tax liability (para. 19). In order to achieve that objective, Austin J.A. said, the deal "had to be . . . a shares for shares transaction" (para. 25).

[18] This reasoning presents several difficulties. First, as many commentators have observed, it is indisputable that *Juliar* has relaxed the requirements for obtaining rectification, and correspondingly expanded the scope of cases in which rectification may be sought and granted beyond that which the governing principles allow (C. Brown and A. J. Cockfield, "Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws: Reconciling Competing Visions of the Rule of Law" (2013), 61 *Can. Tax J.* 563, at p. 571; N. Brooks and K. Brooks, "The Supreme Court's 2013 Tax Cases: Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues" (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 385; K. Janke-Curliss et al., "Rectification in Tax Law: An Overview of Current Cases", in *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada* (2013), 21:1, at pp. 21:8 and 21:9).

[19] I agree with this observation. As I have stressed, rectification is available not to cure a party's error in judgment in entering into a particular agreement, but an error in the recording of that agreement in a legal instrument. Alternatively put, rectification aligns the instrument with what the parties agreed to do, and not what, with the benefit of hindsight, they should have agreed to do. The parties' mistake in *Juliar*, however, was not in the recording of their intended agreement to transfer shares for a promissory note, but in selecting that mechanism instead of

elle avait reçu un dividende réputé imposable), les parties ont sollicité une rectification afin de convertir ce qui avait été initialement structuré comme un transfert d'actions en contrepartie de billets à ordre en un échange d'actions (dont l'imposition aurait été reportée). S'exprimant pour la Cour d'appel, et citant l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts*, [1979] 1 All E.R. 358 (Div. chanc.), le juge Austin a conclu que l'entente écrite pouvait être rectifiée telle qu'on l'avait demandé et a cité la conclusion du juge de première instance selon laquelle les parties avaient [TRADUCTION] « une intention commune constante » de transférer les actions de façon à éviter toute obligation fiscale immédiate (par. 19). Le juge Austin a affirmé que pour atteindre cet objectif, il fallait « procéder à un échange d'actions » (par. 25).

[18] Ce raisonnement présente plusieurs difficultés. Premièrement, comme bon nombre de commentateurs l'ont fait remarquer, il est indéniable que l'arrêt *Juliar* a assoupli les exigences à respecter pour obtenir une rectification, et qu'il a élargi en conséquence la portée des cas où la rectification peut être sollicitée et accordée au-delà de celle permise par les principes applicables (C. Brown et A. J. Cockfield, « Rectification of Tax Mistakes Versus Retroactive Tax Laws : Reconciling Competing Visions of the Rule of Law » (2013), 61 *Rev. fisc. can.* 563, p. 571; N. Brooks et K. Brooks, « The Supreme Court's 2013 Tax Cases : Side-Stepping the Interesting, Important and Difficult Issues » (2015), 68 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 385; K. Janke-Curliss et autres, « Rectification in Tax Law : An Overview of Current Cases », dans *Tax Dispute Resolution, Compliance, and Administration in Canada* (2013), 21:1, p. 21:8 et 21:9).

[19] Je souscris à cette observation. Comme je l'ai souligné, il est possible de recourir à la rectification pour corriger non pas une erreur de jugement commise par une partie dans la conclusion d'une entente en particulier, mais une erreur dans la consignation de cette entente dans un instrument juridique. Autrement dit, la rectification fait correspondre l'instrument avec ce que les parties ont convenu de faire, et non avec, en rétrospective, ce qu'elles auraient dû convenir de faire. Dans l'affaire *Juliar*, toutefois, l'erreur des parties ne résidait

a shares-for-shares transfer. By granting the sought-after change of mechanism, the Court of Appeal in *Juliar* purported to “rectify” not merely the instrument recording the parties’ antecedent agreement, but that agreement itself where it failed to achieve the desired result or produced an unanticipated adverse consequence — that is, where it was the product of an error in judgment. As J. Berryman observed (in *The Law of Equitable Remedies* (2nd ed. 2013), at p. 510):

In *Juliar*, the applicants had acted directly on the advice of their accountant. The accountant made a mistake as to the nature of the business ownership and the taxes that were paid prior to the arrangement he advised his clients to pursue. This is not a case for rectification. The clients intended to use the instrument given to them by their accountant. Their motive may have been to avoid tax but that is different from their intent which was to use the very form in front of them.

[20] Secondly, even on its own terms, *Juliar*’s expansion of the availability of rectification cannot be justified. By way of explanation, in the case upon which Austin J.A. relied, *Re Slocock’s Will Trusts*, the plaintiff was the life beneficiary of her father’s residuary estate, with the capital and income after her death to be paid to her issue as she should appoint. She appointed her children to take after her death. Later, lands owned by her father’s family were sold to a development company, with the proceeds to be received and distributed by a management company in which the plaintiff received an allotment of shares, proportionate to her interest in the proceeds. After taking legal advice, the plaintiff and her children decided that she should surrender by deed her life interest in those proceeds as well as her shares in the management company (pp. 359-60). The deed, however, did not faithfully record the parties’ agreement, because it released only the plaintiff’s shares in the management company, and

pas dans la consignation de l’entente dont elles avaient convenu, soit de transférer des actions en contrepartie d’un billet à ordre, mais plutôt dans le fait d’avoir choisi ce mécanisme au lieu d’un échange d’actions. En accordant le changement de mécanisme sollicité après coup, la Cour d’appel a, dans *Juliar*, voulu « rectifier » non seulement l’instrument consignait l’entente antérieure des parties, mais l’entente elle-même, dans la mesure où elle ne permettait pas d’atteindre le résultat voulu, ou entraînait une conséquence fâcheuse imprévue — c’est-à-dire, dans la mesure où elle résultait d’une erreur de jugement. Comme l’a fait remarquer J. Berryman (dans *The Law of Equitable Remedies* (2^e éd. 2013), p. 510) :

[TRADUCTION] Dans *Juliar*, les demandeurs avaient agi directement sur le conseil de leur comptable. Le comptable s’est mépris sur la nature du capital-actions de l’entreprise et sur l’impôt qui avait été payé avant la formation de l’entente qu’il avait conseillé à ses clients de conclure. Il n’y a pas lieu d’accorder la rectification en l’espèce. Les clients entendaient utiliser le document que leur comptable leur avait remis. Leur motivation était peut-être d’éviter de payer de l’impôt, mais celle-ci est différente de leur intention, qui était d’utiliser le formulaire dont ils disposaient.

[20] Deuxièmement, même si l’on tient compte des énoncés de l’arrêt *Juliar* comme tels, cet arrêt élargit le recours en rectification d’une façon qui ne saurait être justifiée. En effet, dans l’affaire sur laquelle s’est fondé le juge Austin, *Re Slocock’s Will Trusts*, la demanderesse était bénéficiaire d’un intérêt viager sur le reliquat de la succession de son père, dont le capital et le revenu devaient être transmis, après le décès de la demanderesse, aux descendants qu’elle désignerait. Elle a désigné ses enfants. Plus tard, les terres appartenant à la famille de son père ont été vendues à une société de développement, et le produit de la vente a été versé à une société de gestion et réparti par celle-ci. La société de gestion a émis au nom de la demanderesse des actions en proportion de son intérêt dans le produit. Après avoir discuté avec un conseiller juridique, la demanderesse et ses enfants ont décidé qu’elle devrait céder par acte sa participation viagère dans ce produit ainsi que ses actions dans la société de

not her beneficial interest in the proceeds of sale (p. 360).

[21] While the outcome sought by the plaintiff and her children would have also secured a tax advantage for the children (specifically, avoidance of capital transfer tax upon the plaintiff's death), Graham J. granted rectification *not* to secure that tax advantage, but on the strength of his finding (*Re Sloccock's Will Trusts*, at p. 361) that the deed as recorded omitted the proceeds of the sale of the lands, thereby failing to record fully the terms of the parties' original agreement. This was, therefore, an unremarkable application of rectification to cure an omission in the instrument recording an antecedent agreement. Nothing in *Re Sloccock's Will Trusts* justifies *Juliar's* modified threshold for granting rectification solely to avoid an unanticipated tax liability. *Re Sloccock's Will Trusts* simply confirmed that, provided that the underlying mechanism by which the parties had agreed to seek a particular tax outcome was omitted or incorrectly recorded, and provided that all other conditions for granting rectification are satisfied, a court retains discretion to grant rectification. The focus of the inquiry remained properly fixed on whether that originally intended mechanism was properly recorded, and not on whether it achieved the desired tax outcome or resulted in a party incurring an undesired or unexpected tax outcome.

[22] Subsequent English authorities confirm that *Re Sloccock's Will Trusts* created no distinct threshold for granting rectification in the tax context. In *Racal Group Services Ltd. v. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86 (C.A.), the English Court of Appeal made clear that a mere intention to obtain a fiscal objective is insufficient to ground a claim in rectification: "... the court cannot rectify a document merely on the ground that it failed to achieve the grantor's fiscal objective. The

gestion (p. 359-360). Toutefois, l'acte ne consignait pas fidèlement l'entente des parties, car il ne prévoyait que la renonciation de la demanderesse à ses actions dans la société de gestion, et non la renonciation à son intérêt bénéficiaire dans le produit de la vente (p. 360).

[21] Bien que le résultat recherché par la demanderesse et ses enfants aurait également assuré un avantage fiscal aux enfants (plus précisément, éviter de payer des droits de cession au décès de la demanderesse), le juge Graham a accordé la rectification *non pas* pour assurer cet avantage fiscal, mais sur la foi de sa conclusion (*Re Sloccock's Will Trusts*, p. 361) selon laquelle l'acte tel que rédigé passait sous silence le produit de la vente des terres, et ne consignait donc pas entièrement les modalités de l'entente initiale entre les parties. Par conséquent, le juge a appliqué la doctrine de la rectification dans son sens ordinaire pour corriger une omission dans l'instrument consignait l'entente antérieure. Rien dans l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* ne justifie le seuil modifié dans l'arrêt *Juliar* pour accorder une rectification uniquement dans le but d'éviter une obligation fiscale imprévue. L'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* a simplement confirmé que, pourvu que le mécanisme sous-jacent au moyen duquel les parties avaient convenu de produire un résultat fiscal en particulier ait été omis ou consigné incorrectement, et pourvu que toutes les autres conditions d'octroi d'une rectification soient réunies, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire d'accorder la rectification. L'examen est demeuré axé à bon droit sur la question de savoir si ce mécanisme dont les parties avaient convenu au départ était adéquatement constaté, et non sur la question de savoir s'il avait atteint le résultat fiscal désiré ou s'il avait produit un résultat fiscal non désiré ou imprévu pour une partie.

[22] Des décisions anglaises subséquentes confirment que l'arrêt *Re Sloccock's Will Trusts* n'a établi aucun critère distinct permettant d'accorder la rectification dans le contexte fiscal. Dans *Racal Group Services Ltd. c. Ashmore* (1995), 68 T.C. 86 (C.A.), la Cour d'appel d'Angleterre a indiqué clairement que la simple intention d'atteindre un objectif fiscal est insuffisante pour fonder une demande de rectification : [TRADUCTION] « ... le tribunal ne peut

specific intention of the grantor as to how the objective was to be achieved must be shown if the court is to order rectification” (p. 106). Similarly, the court in *Ashcroft v. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 (Ch. D.), held that it could not rectify an instrument “merely because it fails to achieve the fiscal objectives of the parties to it”: para. 17 (emphasis in original). See also D. Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (2nd ed. 2016), at para. 4-145:

A mere misapprehension as to the tax consequences of executing a particular document will not justify an order for its rectification. The specific intention of the parties (or the grantor or covenantor) as to how the objective was to be achieved must be shown if the court is to order rectification. [Emphasis deleted.]

[23] Finally, *Juliar* does not account for this Court’s direction, in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 45, that a taxpayer should expect to be taxed “based on what it actually did, not based on what it could have done”. While this statement in *Shell Canada* was applied to support the proposition that a taxpayer should not be denied a sought-after fiscal objective merely because others had not availed themselves of the same advantage, it cuts the other way, too: taxpayers should not be judicially accorded a benefit based solely on what they would have done had they known better.

[24] This point goes to the respondents’ submission that “[r]ectification is necessary to . . . avoid unjust enrichment of the Crown” (R.F., at para. 76), echoing the Court of Appeal’s concern in *Juliar* (at paras. 33-34, quoting *Re Slocock’s Will Trusts*, at p. 363) for the Crown’s “accidental and unexpected windfall” and the chambers judge’s concern in the present appeal (at para. 44) about the CRA’s “unintended gain” and (at para. 52) the Crown’s “tax windfall”. With respect, the premise underlying

rectifier un document simplement au motif qu’il n’a pas atteint l’objectif fiscal du concédant. L’intention précise du concédant quant à la façon dont l’objectif devait être atteint doit être démontrée pour que le tribunal ordonne la rectification » (p. 106). De même, le tribunal dans *Ashcroft c. Barnsdale*, [2010] EWHC 1948, [2010] S.T.C. 2544 (Div. chanc.), a conclu qu’il ne pouvait rectifier un instrument [TRADUCTION] « simplement parce qu’il n’atteint pas les objectifs fiscaux des parties » : par. 17 (en italique dans l’original). Voir aussi D. Hodge, *Rectification : The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (2^e éd. 2016), par. 4-145 :

[TRADUCTION] Une simple erreur quant aux conséquences fiscales de la signature d’un document donné ne justifiera pas une ordonnance visant sa rectification. L’intention précise des parties (ou du concédant ou du covenantant) quant à la façon dont l’objectif devait être atteint doit être démontrée pour que le tribunal ordonne la rectification. [Italiques omis.]

[23] Enfin, l’arrêt *Juliar* ne tient pas compte de la directive donnée par la Cour dans *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45, selon laquelle un contribuable devrait s’attendre à être imposé « en fonction de ce qu’il a fait, et non de ce qu’il aurait pu faire ». Bien que cet énoncé dans *Shell Canada* ait été appliqué à l’appui de la proposition qu’un contribuable ne devrait pas se voir refuser un objectif fiscal sollicité après coup simplement parce que d’autres ne se sont pas prévalus du même avantage, il joue également dans l’autre sens : les contribuables ne devraient pas se voir accorder un avantage par les tribunaux uniquement sur la base de ce qu’ils auraient fait s’ils avaient su.

[24] Cela m’amène à l’argument des intimées selon lequel [TRADUCTION] « [l]a rectification est nécessaire pour [. . .] éviter que la Couronne ne s’enrichisse sans cause » (m.i., par. 76), qui reprend la préoccupation exprimée par la Cour d’appel dans *Juliar* (par. 33-34, citant *Re Slocock’s Will Trusts*, p. 363) à l’égard du [TRADUCTION] « gain accidentel et inattendu » de la Couronne et la préoccupation du juge siégeant en cabinet dans la présente affaire (par. 44) au sujet du « gain non intentionnel » de

such concerns misses the point of the inquiry, inasmuch as it concerns the CRA. Tax consequences, including those which follow an assessment by the CRA, flow from freely chosen legal arrangements, not from the intended or unintended effects of those arrangements, whether upon the taxpayer or upon the public treasury. The proper inquiry is no more into the “windfall” for the public treasury when a taxpayer loses a benefit than it is into the “windfall” for the taxpayer when that taxpayer secures a benefit. The inquiry, rather, is into what the taxpayer agreed to do. *Juliar* erroneously departed from this principle, and in so doing allowed for impermissible retroactive tax planning: *Harvest Operations Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78, at para. 49.

C. *Two Further Concerns*

[25] Before applying the test for rectification — which test, I emphasize, is to be applied in a tax context just as it is in a non-tax context — to the facts of this appeal, I turn to two matters in need of clarification, the first of which was raised by the respondents.

(1) “Common Continuing Intention” to Avoid Tax Liability

[26] The respondents argue that, in the case of a common mistake, it is unnecessary for the party seeking rectification to prove a prior agreement concerning the term or terms for which rectification is sought. Rather, they say that evidence of a “common continuing intention” — in this case, their common continuing intention that the value of the shares in FHIW and FHIS should be transferred in a way that would avoid immediate tax liability — should suffice to ground a grant of rectification.

l’ARC et (par. 52) du « gain fiscal fortuit » de la Couronne. Soit dit en tout respect, la prémisse de ces préoccupations n’a rien à voir avec la question qui nous occupe, dans la mesure où elle concerne l’ARC. Les conséquences fiscales, y compris celles qui font suite à une cotisation de l’ARC, découlent directement d’ententes juridiques librement choisies, et non des effets recherchés ou non recherchés de ces ententes, peu importe que ce soit le contribuable ou le trésor public qui les subissent. La question qui se pose en l’espèce ne concerne pas plus le « gain fortuit » du trésor public lorsqu’un contribuable perd un avantage qu’elle ne concerne le « gain fortuit » du contribuable lorsqu’il obtient un avantage. Il s’agit plutôt de savoir ce que le contribuable a convenu de faire. L’arrêt *Juliar* s’est écarté à tort de ce principe et, ce faisant, il a autorisé une planification fiscale rétroactive inadmissible : *Harvest Operations Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2015 ABQB 327, [2015] 6 C.T.C. 78, par. 49.

C. *Deux autres préoccupations*

[25] Avant d’appliquer le critère de rectification — critère qui, je le souligne, doit être appliqué dans un contexte fiscal exactement de la même manière que dans un contexte non fiscal — aux faits du présent pourvoi, je me pencherai sur deux questions qui nécessitent des précisions, dont la première a été soulevée par les intimées.

(1) L’« intention commune constante » d’éviter une obligation fiscale

[26] Les intimées font valoir que, dans le cas d’une erreur commune, il n’est pas nécessaire pour la partie qui sollicite la rectification de prouver l’existence d’une entente antérieure relative à la ou aux modalités dont la rectification est demandée. Elles affirment plutôt que la preuve d’une [TRADUCTION] « intention commune constante » — en l’espèce, leur intention commune constante que la valeur des actions dans FHIW et FHIS devrait être transférée d’une façon qui permettrait d’échapper à une obligation fiscale immédiate — devrait suffire à accorder une rectification.

[27] This was, of course, the view of the Court of Appeal, both in *Juliar* and in the present appeal. The respondents also rely upon the decision of the English Court of Appeal in *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86, in which the court (at p. 95) approved of this statement of Simonds J. in *Crane v. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662:

... in order that this court may exercise its jurisdiction to rectify a written instrument, it is not necessary to find a concluded and binding contract between the parties antecedent to the agreement which it is sought to rectify. . . . [I]t is sufficient to find a common continuing intention in regard to a particular provision or aspect of the agreement. If one finds that, in regard to a particular point, the parties were in agreement up to the moment when they executed their formal instrument, and the formal instrument does not conform with that common agreement, then this court has jurisdiction to rectify, although it may be that there was, until the formal instrument was executed, no concluded and binding contract between the parties. [p. 664]

[28] *Joscelyne*'s statement on the sufficiency of a common continuing intention has been adopted by the Ontario Court of Appeal in *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, at para. 77, and the Newfoundland and Labrador Supreme Court in *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.), at paras. 23 and 27. It is not immediately apparent, however, that it supports the respondents' position here. *Joscelyne*'s reference to "a common continuing intention in regard to a particular provision or aspect of the agreement", coupled with its reference to the later discovery that "the formal instrument does not conform with that common agreement", strongly suggests that — howsoever often *Joscelyne* has been taken as suggesting otherwise by Canadian courts — it does not posit that, in the case of a common mistake, anything less than a prior *agreement* with respect to the term to be rectified is sufficient to support a grant of rectification. While *Joscelyne* allows for situations in which a contract will be unenforceable until a corresponding written instrument is executed (for example, in the case of a transfer of an interest in realty) and for situations

[27] Évidemment, ce point de vue était aussi celui de la Cour d'appel, tant dans l'arrêt *Juliar* que dans le présent pourvoi. Les intimées se sont également appuyées sur l'arrêt *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86, dans lequel la Cour d'appel d'Angleterre (p. 95) a approuvé l'affirmation suivante du juge Simonds dans *Crane c. Hegeman-Harris Co.*, [1939] 1 All E.R. 662 :

[TRADUCTION] . . . pour que le tribunal puisse exercer son pouvoir de rectifier un instrument écrit, il n'est pas nécessaire de conclure à l'existence d'un contrat conclu et exécutoire entre les parties qui précède l'entente dont la rectification est sollicitée. [. . .] [I]l suffit de conclure à l'existence d'une intention commune constante à l'égard d'une clause ou d'un aspect précis de l'entente. Si l'on conclut, à l'égard d'un point en particulier, que les parties étaient d'accord jusqu'au moment où elles ont signé leur instrument officiel, et que cet instrument officiel ne correspond pas à cette entente commune, notre cour a compétence pour accorder la rectification, bien qu'il se peuve qu'avant la signature de l'instrument officiel, aucun contrat exécutoire entre les parties n'ait été conclu. [p. 664]

[28] L'affirmation de l'arrêt *Joscelyne* sur le caractère suffisant d'une intention commune constante a été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, par. 77, et par la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador dans *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.), par. 23 et 27. Toutefois, il n'est pas évident à première vue que cette affirmation étaye la thèse des intimées en l'espèce. Dans *Joscelyne*, la cour parle d'une [TRADUCTION] « intention commune constante à l'égard d'une clause ou d'un aspect précis de l'entente », et de la découverte après coup que « l'instrument officiel ne correspond pas à cette entente commune », ce qui donne fortement à penser que — peu importe le nombre de fois où l'arrêt *Joscelyne* a été considéré comme suggérant le contraire par les tribunaux canadiens — cet arrêt n'établit pas que, dans le cas d'une erreur commune, quelque chose de moins qu'une *entente* antérieure à propos de la modalité à rectifier suffit pour accorder une rectification. Bien que l'arrêt *Joscelyne* ouvre la porte aux situations où un contrat ne sera pas exécutoire avant la signature d'un instrument écrit correspondant (par

in which there may not have been agreement on all essential terms before the written instrument was executed, this does not detract from its implicit affirmation that rectification requires the parties to show an antecedent agreement with respect to the term or terms for which rectification is sought.

[29] In any event, *Joscelyne* should not be taken as authorizing any departure from this Court's direction that a party seeking to correct an erroneously drafted written instrument on the basis of a common mistake must first demonstrate its inconsistency with an antecedent agreement with respect to that term. In *Shafron*, this Court unambiguously rejected the sufficiency of showing mere *intentions* to ground a grant of rectification, insisting instead on erroneously recorded *terms*. As Denning L.J. said in *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), at p. 461 (quoted in *Shafron*, at para. 52):

Rectification is concerned with contracts and documents, not with intentions. In order to get rectification it is necessary to show that the parties were in complete agreement on the terms of their contract, but by an error wrote them down wrongly; and in this regard, in order to ascertain the terms of their contract, you do not look into the inner minds of the parties — into their intentions — any more than you do in the formation of any other contract.

[30] This Court's statement in *Performance Industries* (at para. 31) that “[r]ectification is predicated on the existence of a prior oral contract whose terms are definite and ascertainable” is to the same effect. The point, again, is that rectification corrects the recording in an instrument of an agreement (here, to redeem shares). Rectification does not operate simply because an agreement failed to achieve an intended effect (here, tax neutrality) — irrespective of whether the intention to achieve that effect was “common” and “continuing”.

exemple, dans le cas du transfert d'un intérêt dans un bien immobilier) et à celles où les parties ne se sont peut-être pas entendues sur toutes les conditions essentielles avant la signature de l'instrument écrit, cela ne diminue en rien son affirmation implicite selon laquelle la rectification nécessite que les parties démontrent l'existence d'une entente antérieure à propos de la ou des modalités dont la rectification est demandée.

[29] Quoi qu'il en soit, on ne doit pas considérer que l'arrêt *Joscelyne* autorise tout écart par rapport à la directive de la Cour selon laquelle la partie qui cherche à corriger un instrument écrit erronément rédigé sur le fondement d'une erreur commune doit d'abord démontrer qu'il ne correspond pas à une entente antérieure au sujet de la modalité en cause. Dans *Shafron*, la Cour a rejeté sans équivoque l'idée qu'il suffit de démontrer de simples *intentions* pour fonder une rectification, insistant plutôt sur des *modalités* mal consignées. Comme le juge Denning l'a affirmé dans *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), p. 461 (cité dans *Shafron*, par. 52) :

[TRADUCTION] La rectification concerne les contrats et les documents, et non les intentions. Pour obtenir une rectification, il faut démontrer que les parties étaient parfaitement d'accord sur les stipulations du contrat, mais qu'elles ont fait une erreur lorsqu'elles les ont consignées par écrit; et il n'y a pas davantage lieu à cet égard, pour établir les conditions du contrat conclu, de sonder la pensée des parties — de sonder leurs intentions — qu'il n'y a lieu de le faire à propos de la formation de tout autre contrat.

[30] L'affirmation de la Cour dans l'arrêt *Performance Industries* (par. 31) selon laquelle « [I]a rectification est fondée sur l'existence d'un contrat verbal préalable dont les conditions sont déterminées et déterminables » va dans le même sens. Encore une fois, le fait est que la rectification corrige la consignation d'une entente (visant en l'espèce à racheter des actions) dans un instrument. La rectification ne se fait pas simplement parce qu'une entente n'a pas produit l'effet voulu (en l'espèce, la neutralité fiscale) — peu importe si l'intention d'obtenir cet effet était « commune » et « constante ».

[31] In this regard, my colleague Justice Abella relies upon the chambers judge’s finding that “when the 2006 transaction was undertaken, Fairmont had an intent that at some point in the future [it] would have to deal with the unhedged position of [FHIW and FHIS] in a way that would be tax and accounting neutral although [it] had no specific plan as to how [it] would do that” (para. 33, cited by Abella J. at para. 87). In my respectful view, however, it was an error for the chambers judge to ascribe any significance to that finding. Rectification does not correct common mistakes in judgment that frustrate contracting parties’ aspirations or, as here, unspecified “plans”; it corrects common mistakes in instruments recording the terms by which parties, wisely or unwisely, agreed to pursue those aspirations. While my colleague suggests that the jurisprudence of this Court undermines this reasoning (paras. 79-85), that very jurisprudence requires the party seeking rectification of an instrument to show not merely an inchoate or otherwise undeveloped “intent”, but rather the term of an antecedent *agreement* which was not correctly recorded therein: *Performance Industries*, at para. 37.

[32] It therefore falls to a party seeking rectification to show not only the putative error in the instrument, but also the way in which the instrument should be rectified in order to correctly record what the parties intended to do. “The court’s task in a rectification case is corrective, not speculative”: *Performance Industries*, at para. 31. Where, therefore, an instrument recording an agreed-upon course of action is sought to be rectified, the party seeking rectification must identify terms which were omitted or recorded incorrectly and which, correctly recorded, are sufficiently precise to constitute the terms of an enforceable agreement. The inclusion of imprecise terms in an instrument is, on its own, not enough to obtain rectification; absent evidence of what the parties had specifically agreed to do, rectification is not available. While imprecision may justify setting aside an instrument, it cannot invite courts to find an agreement where none is present. It was for this reason that the Court in

[31] À cet égard, ma collègue la juge Abella s’appuie sur la conclusion du juge siégeant en cabinet [TRADUCTION] « qu’en 2006, au moment de procéder à l’opération, Fairmont entendait régler ultérieurement le problème de la position non couverte de [FHIW et de FHIS] sans incidences fiscales ou comptables, tout en n’ayant aucune idée précise de la façon dont elle s’y prendrait » (par. 33, cité par la juge Abella au par. 87). Avec égards toutefois, je suis d’avis que le juge siégeant en cabinet a eu tort d’accorder quelque importance que ce soit à cette conclusion. La rectification ne corrige ni les erreurs de jugement communes qui vont à l’encontre des aspirations des parties contractantes, ni, comme en l’espèce, des « idées » imprécises; elle corrige les erreurs communes commises dans les instruments qui consignent les modalités auxquelles les parties ont convenu, judicieusement ou imprudemment, de poursuivre ces aspirations. Bien que ma collègue laisse entendre que la jurisprudence de la Cour affaiblit ce raisonnement (par. 79-85), cette même jurisprudence oblige la partie sollicitant la rectification d’un instrument à démontrer non pas une « intention » vague ou par ailleurs mal définie, mais la modalité d’une *entente* préalable qui n’a pas été correctement consignée dans cet instrument : *Performance Industries*, par. 37.

[32] Il incombe donc à la partie qui sollicite la rectification de démontrer non seulement l’erreur putative dans l’instrument, mais également la façon dont l’instrument devrait être rectifié afin de consigner correctement ce que les parties avaient l’intention de faire. « La tâche des tribunaux dans une affaire de rectification est de corriger et non de faire des supputations » : *Performance Industries*, par. 31. Par conséquent, lorsqu’une partie cherche à rectifier un instrument consignant une mesure convenue, elle doit indiquer les modalités qui ont été omises ou consignées incorrectement et qui, si elles étaient correctement consignées, seraient suffisamment précises pour constituer les modalités d’une entente exécutoire. L’inclusion de modalités imprécises dans un instrument n’est pas, à elle seule, suffisante pour obtenir une rectification; sans preuve de ce que les parties avaient précisément convenu de faire, il n’est pas possible de recourir à la rectification. Bien qu’une imprécision puisse

Shafron declined to enforce the restrictive covenant covering the “Metropolitan City of Vancouver”. The term was imprecise, but there was “no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract”: *Shafron*, at para. 57.

[33] As is apparent from the reasons of my colleague Justice Wagner in *Jean Coutu Group (PJC) Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 55, [2016] 2 S.C.R. 670, on this question both equity and the civil law are *ad idem*, despite each legal system arriving at that same conclusion via different paths — the former being concerned with correcting the document, and the latter focusing on its interpretation. This convergence is undoubtedly desirable in the context of applying federal tax legislation. More particularly, the cautionary note struck by the Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838, at para. 54, regarding “common intention” as a factor in rewriting parties’ agreements under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* — which precaution is expressly relied upon by Wagner J. in *Jean Coutu* (at para. 21) — is equally apposite in applying the equitable doctrine of rectification:

Taxpayers should not view this . . . 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.

justifier l’annulation d’un instrument, elle ne peut amener les tribunaux à conclure à l’existence d’une entente lorsqu’il n’y en a pas. C’est pour cette raison que la Cour a, dans l’arrêt *Shafron*, refusé d’exécuter la clause restrictive couvrant « l’agglomération de la ville de Vancouver ». L’expression était imprécise, mais « rien ne permet[tait] de croire que les parties auraient convenu d’une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d’autre dans le contrat écrit » : *Shafron*, par. 57.

[33] Comme il appert des motifs de mon collègue le juge Wagner dans l’arrêt *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 55, [2016] 2 R.C.S. 670, à cet égard, l’équité et le droit civil vont dans le même sens, malgré le fait que chaque système juridique arrive à une même conclusion par des voies différentes — le premier visant la correction du document, et le dernier étant axé sur son interprétation. Cette convergence est indubitablement souhaitable dans l’application des lois fiscales fédérales. Plus particulièrement, la mise en garde formulée par la Cour dans *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838, par. 54, concernant l’« intention commune » à titre de facteur pour réécrire les ententes des parties en vertu de l’art. 1425 du *Code civil du Québec* — mise en garde sur laquelle s’est fondé expressément le juge Wagner dans *Jean Coutu* (par. 21) — est tout aussi pertinente dans l’application de la doctrine de la rectification en equity :

En effet, les contribuables ne devraient pas interpréter [cela] 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.

(2) Standard of Proof

[34] The second point requiring clarification is the standard of proof. In *Performance Industries*, at para. 41, this Court held that a party seeking rectification will have to meet all elements of the test by “convincing proof”, which it described as “proof that may fall well short of the criminal standard, but which goes beyond the sort of proof that only reluctantly and with hesitation scrapes over the low end of the civil ‘more probable than not’ standard”. This, as was observed in *Performance Industries*, was a relaxation of the standard from the Court’s earlier jurisprudence, in which the criminal standard of proof was applied: see *Ship M. F. Whalen*, at p. 127, and *Hart*, at p. 630, per Duff J.

[35] In light, however, of this Court’s more recent statement in *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40, that there is “only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities”, the question obviously arises of whether the Court’s description in *Performance Industries* of the standard to which the elements of the test for obtaining rectification must be proven is still applicable.

[36] In my view, the applicable standard of proof to be applied to evidence adduced in support of a grant of rectification is that which *McDougall* identifies as the standard generally applicable to all civil cases: the balance of probabilities. But this merely addresses the standard, and not the quality of evidence by which that standard is to be discharged. As the Court also said in *McDougall* (at para. 46), “evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent”. A party seeking rectification faces a difficult task in meeting this standard, because the evidence must satisfy a court that the true substance of its unilateral intention or agreement with another party was not accurately recorded in the instrument to which it nonetheless subscribed. A court will typically require evidence exhibiting a high degree of clarity, persuasiveness and cogency before substituting the terms of a written instrument with those

(2) Norme de preuve

[34] Le deuxième point qui nécessite des précisions est la norme de preuve. Dans l’arrêt *Performance Industries*, par. 41, la Cour a conclu que la partie qui sollicite une rectification devra satisfaire à tous les éléments du critère applicable par une « preuve convaincante », qui est décrite comme « une preuve qui peut être bien inférieure à la norme applicable en matière criminelle, mais qui excède toutefois la preuve qui satisfait péniblement à la norme de la “prépondérance des probabilités” applicable en matière civile ». Comme l’a fait observer la Cour dans *Performance Industries*, il s’agit là d’un assouplissement de la norme établie dans la jurisprudence antérieure de la Cour, où la norme de preuve en matière criminelle a été appliquée : voir *Ship M. F. Whalen*, p. 127; *Hart*, p. 630, le juge Duff.

[35] Cependant, à la lumière de l’énoncé plus récent de la Cour dans l’arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40, selon lequel il n’existe, « en common law, qu’une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités », il faut évidemment se demander si la description de la norme — selon laquelle les éléments du critère à satisfaire pour obtenir la rectification doivent être prouvés — donnée par la Cour dans *Performance Industries* s’applique toujours.

[36] À mon sens, la norme de preuve applicable à la preuve présentée à l’appui d’une demande de rectification est celle qui est désignée dans l’arrêt *McDougall* comme la norme généralement applicable à toutes les affaires civiles : la prépondérance des probabilités. Or, cela désigne simplement la norme, et non la qualité de la preuve nécessaire pour satisfaire à cette norme. Comme la Cour l’a également dit dans *McDougall* (par. 46), « la preuve doit toujours être claire et convaincante ». Il sera difficile pour la partie qui sollicite la rectification de satisfaire à cette norme, car la preuve doit convaincre le tribunal que la véritable substance de son intention unilatérale ou de son entente avec une autre partie n’a pas été consignée correctement dans l’instrument auquel elle a néanmoins souscrit. Le tribunal exigera généralement une preuve très claire, convaincante et solide avant de

said to form the party's true, if only orally expressed, intended course of action. This idea was helpfully encapsulated, in the context of an application for rectification of a common mistake, by Brightman L.J. in *Thomas Bates and Son Ltd. v. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505 (C.A.), at p. 521:

The standard of proof required in an action of rectification to establish the common intention of the parties is, in my view, the civil standard of balance of probability. But as the alleged common intention *ex hypothesi* contradicts the written instrument, convincing proof is required in order to counteract the cogent evidence of the parties' intention displayed by the instrument itself. It is not, I think, the standard of proof which is high, so differing from the normal civil standard, but the evidential requirement needed to counteract the inherent probability that the written instrument truly represents the parties' intention because it is a document signed by the parties.

[37] In brief, while the standard of proof is the balance of probabilities, the essential concern of *Performance Industries* remains applicable, being (at para. 42) “to promote the utility of written agreements by closing the ‘floodgate’ against marginal cases that dilute what are rightly seen to be demanding preconditions to rectification”.

D. Application to the Present Appeal

[38] To summarize, rectification is an equitable remedy designed to correct errors in the recording of terms in written legal instruments. Where the error is said to result from a mistake common to both or all parties to the agreement, rectification is available upon the court being satisfied that, on a balance of probabilities, there was a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still in effect at the time the instrument was executed; that the instrument fails to accurately record the agreement; and that the instrument, if rectified, would carry out the parties' prior agreement. In the case of a unilateral mistake,

permettre que les modalités d'un instrument écrit soient remplacées par celles qui constateraient la véritable intention des parties, si elle a été exprimée uniquement de vive voix. Cette idée a été utilement résumée dans le contexte d'une demande de rectification d'une erreur commune par le juge Brightman dans l'arrêt *Thomas Bates and Son Ltd. c. Wyndham's (Lingerie) Ltd.*, [1981] 1 W.L.R. 505 (C.A.), p. 521 :

[TRADUCTION] La norme de preuve à laquelle il faut satisfaire dans une action en rectification pour établir l'intention commune des parties est, à mon sens, la norme civile de la prépondérance des probabilités. Or, puisque l'intention commune présumée contredit l'instrument écrit, une preuve convaincante est nécessaire pour pouvoir contrebalancer la preuve solide de l'intention des parties exprimée par l'instrument lui-même. J'estime qu'il ne s'agit pas d'une norme de preuve élevée, différente de la norme civile ordinaire, mais de l'exigence nécessaire en matière de preuve pour contrebalancer la probabilité inhérente que l'instrument écrit représente véritablement l'intention des parties puisqu'il s'agit d'un document signé par les parties.

[37] En somme, bien que la norme de preuve applicable soit la prépondérance des probabilités, l'objectif essentiel dans l'arrêt *Performance Industries* demeure pertinent, soit (par. 42) « de renforcer l'utilité des ententes écrites en prévenant une “avalanche” d'affaires limites qui affaibliraient des exigences perçues à juste titre comme de rigoureux préalables à la rectification ».

D. Application au présent pourvoi

[38] En résumé, la rectification est une réparation en equity visant à corriger les erreurs dans la consignation de modalités dans des instruments juridiques écrits. Lorsqu'on allègue que l'erreur découle d'une erreur commune à toutes les parties à l'entente, le tribunal peut accorder la rectification s'il est convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, il y avait une entente antérieure dont les modalités sont déterminées et déterminables, que l'entente était toujours en vigueur au moment de la signature de l'instrument, que l'instrument ne consigne pas correctement l'entente et que l'instrument, s'il est rectifié, exécuterait l'entente

the party seeking rectification must also show that the other party knew or ought to have known about the mistake and that permitting the defendant to take advantage of the erroneously drafted agreement would amount to fraud or the equivalent of fraud.

[39] A straightforward application of these principles to the present appeal leads unavoidably to the conclusion that the respondents' application for rectification should have been dismissed, since they could not show having reached a prior agreement with definite and ascertainable terms. I have already noted (1) the chambers judge's finding that, in 2006, Fairmont intended to address the "unhedged position of [FHIW and FHIS] in a way that would be tax and accounting neutral although [it] had no specific plan as to how [it] would do that" (para. 33); and (2) the Court of Appeal's description of Fairmont's intention as being "to unwind [the Legacy transactions] on a tax free basis" (para. 7). It is therefore clear that Fairmont intended to limit, if not avoid altogether, its tax liability in unwinding the Legacy transactions. And, by redeeming the shares in 2007, this intention was frustrated. Without more, however, these facts do not support a grant of rectification. The error in the courts below is of a piece with the principal flaw I have identified in the Court of Appeal's earlier reasoning in *Juliar*. Rectification is not equity's version of a mulligan. Courts rectify instruments which do not correctly record agreements. Courts do not "rectify" agreements where their faithful recording in an instrument has led to an undesirable or otherwise unexpected outcome.

[40] Relatedly, the respondents do not show how Fairmont's intention, held in common and on a continuing basis with FHIW and FHIS, was to be achieved in definite and ascertainable terms while unwinding the Legacy transactions. The respondents' factum refers to "the original 2006 plan", but that plan was not only imprecise: it really was not a plan at all, being at best an inchoate wish to protect,

antérieure des parties. Dans le cas d'une erreur unilatérale, la partie qui sollicite la rectification doit également démontrer que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'existence de l'erreur et que le fait de permettre à l'autre partie de tirer profit de cette entente mal rédigée constituerait une fraude ou l'équivalent d'une fraude.

[39] Une application pure et simple de ces principes au présent pourvoi mène inévitablement à la conclusion que la demande de rectification des intimées aurait dû être rejetée, puisqu'elles n'ont pu démontrer qu'elles avaient conclu une entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables. J'ai déjà souligné (1) la conclusion du juge siégeant en cabinet selon laquelle, en 2006, Fairmont entendait régler le problème de la « position non couverte de [FHIW et de FHIS] sans incidences fiscales et comptables, tout en n'ayant aucune idée précise de la façon dont elle s'y prendrait » (par. 33); (2) la description par la Cour d'appel de l'intention de Fairmont comme étant celle « d'annuler [les opérations de Legacy] de façon neutre sur le plan fiscal » (par. 7). Il est donc clair que Fairmont comptait limiter, voire éviter complètement, son obligation fiscale en annulant les opérations de Legacy. Et le rachat des actions en 2007 a contrecarré cette intention. Sans plus, toutefois, ces faits ne justifient pas l'octroi d'une rectification. L'erreur commise par les juridictions inférieures va de pair avec le vice principal que j'ai relevé dans le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Juliar*. La rectification n'est pas équivalente en equity à un deuxième essai. Les tribunaux rectifient des instruments qui ne consignent pas correctement une entente. Ils ne « rectifient » pas les ententes dont la consignation fidèle dans un instrument a mené à un résultat indésirable ou par ailleurs imprévu.

[40] Dans le même ordre d'idées, les intimées ne démontrent pas comment l'intention de Fairmont, qu'elle partageait de manière constante avec FHIW et FHIS, devait être réalisée selon des modalités déterminées et déterminables tout en annulant les opérations de Legacy. Le mémoire des intimées renvoie au [TRADUCTION] « plan initial de 2006 », mais ce plan n'était pas seulement imprécis. Il ne

by unspecified means, FHIW and FHIS from foreign exchange tax liability.

[41] The respondents' application for rectification therefore fails at the first hurdle. They show no prior agreement whose terms were definite and ascertainable.

IV. Conclusion and Disposition

[42] I would allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below.

The reasons of Abella and Côté JJ. were delivered by

[43] ABELLA J. (dissenting) — I agree that there is no adjustment to the test for rectification if the context is a tax case. With respect, however, I do not agree that the test was not met in this case.

[44] The doctrine of rectification has many strands. The jurisprudence addresses errors in the transcription and implementation of documents, different types of mistakes, the rights of third parties, and how the remedy applies in various legal contexts. A coherent approach to all of these strands flows from the underlying theory that parties should not be prevented from having their true intentions implemented because of these errors. It is, after all, an equitable remedy that seeks to prevent the unfairness that results from enforcing a mistake, including the unfairness inherent in unjust enrichment and windfalls.

[45] I see the approach applied by my colleague as unduly narrowing its scope. A common, continuing, definite, and ascertainable intention to pursue a transaction in a tax-neutral manner has usually satisfied the threshold for granting rectification. The additional requirement that the parties clearly identify the precise mechanism by which they intended to achieve tax neutrality, and how that mechanism

s'agissait même pas en fait d'un plan. Ce n'était tout au plus qu'un désir incomplet de protéger, par des moyens non précisés, FHIW et FHIS contre une obligation fiscale sur les opérations de change.

[41] La demande de rectification des intimées ne satisfait donc pas à la première exigence. Elles n'ont démontré aucune entente antérieure dont les modalités étaient déterminées et déterminables.

IV. Conclusion et dispositif

[42] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant la Cour et les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Abella et Côté rendus par

[43] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je conviens qu'il n'y a pas lieu de modifier le test de rectification lorsque l'affaire en cause est de nature fiscale. Avec égards, toutefois, je ne partage pas l'opinion que ce test n'a pas été respecté en l'espèce.

[44] La doctrine de la rectification comporte de multiples facettes. La jurisprudence en la matière traite des erreurs de transcription et d'exécution de documents, de différents types d'erreurs, des droits des tiers et de la façon dont la réparation s'applique dans divers contextes juridiques. L'approche cohérente adoptée à l'égard de toutes ces facettes découle de la théorie sous-jacente qu'on ne devrait pas empêcher les parties de réaliser leurs véritables intentions en raison de telles erreurs. La rectification est, après tout, une réparation en equity visant à prévenir l'injustice qui découle du fait d'avoir donné effet à une erreur, y compris l'injustice inhérente à l'enrichissement injustifié et aux gains fortuits.

[45] J'estime que l'approche adoptée par mon collègue restreint indûment la portée de cette réparation. L'intention commune, constante, déterminée et déterminable de réaliser une opération sans incidences fiscales satisfait habituellement au seuil d'octroi d'une rectification. L'exigence supplémentaire selon laquelle les parties doivent désigner clairement le mécanisme précis au moyen duquel elles ont

was mistakenly transcribed in a document, has the effect of raising the threshold and frustrating the purpose of the remedy. It also has the regrettable effect of imposing a narrower remedy in the common law than exists under civil law.

[46] The Application Judge concluded that the intention of the parties had been mistakenly implemented and that rectification was justified. The Court of Appeal agreed. As do I. Based on the factual findings and the applicable jurisprudence, the threshold has been met. I would dismiss the appeal.

Background

[47] Fairmont Hotels Inc. is a hotel management company. In 2002 and 2003, Fairmont agreed to help Legacy Hotels REIT, a Canadian real estate investment trust in which it owned a minority interest, finance the purchase of two hotels in Washington, D.C. and Seattle, Washington. For tax reasons, Legacy did not directly purchase the hotels. Instead, Legacy and Fairmont created a complex reciprocal loan structure, set up in U.S. dollars, whereby Legacy and Fairmont loaned each other money through their subsidiary corporations. The reciprocal loan structure was designed so that no foreign exchange gains or losses would be realized by Fairmont or its subsidiaries. It was expected to remain in place for 10 years.

[48] In 2006, two companies, Kingdom Hotels International and Colony Capital LLC, purchased Fairmont. Fairmont's tax advisors realized that the change of control would immediately cause Fairmont and its subsidiaries to experience net foreign exchange losses. Fairmont's advisors, in a memo dated March 3, 2006, therefore initially proposed a plan to protect Fairmont and its subsidiaries from those losses. Under this plan, the reciprocal loan structure could later be unwound with a preferred share redemption without triggering any taxable foreign exchange gains. But the tax advisors of Kingdom Hotels and Colony Capital expressed concern that this plan would create other tax problems.

l'intention d'atteindre la neutralité fiscale, ainsi que la manière dont ce mécanisme a été incorrectement transcrit dans le document, a pour effet de hausser le seuil et de contrecarrer l'objet de la réparation. Cette exigence a également l'effet regrettable d'accorder une réparation plus restreinte en common law que celle qui existe en droit civil.

[46] Le juge saisi de la demande a conclu que l'intention des parties avait été mal réalisée et que la rectification était justifiée. La Cour d'appel a souscrit à cette conclusion. Tout comme moi. Compte tenu des conclusions de fait et de la jurisprudence applicable, le seuil a été respecté. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Contexte

[47] Hôtels Fairmont Inc. est une société de gestion hôtelière. En 2002 et 2003, Fairmont a consenti à aider Legacy Hotels REIT, une fiducie canadienne d'investissement immobilier dans laquelle elle possédait une participation minoritaire, à financer l'achat de deux hôtels situés à Washington (D.C.) et à Seattle (Washington). Pour des raisons fiscales, Legacy n'a pas acquis directement les hôtels. Legacy et Fairmont ont plutôt élaboré une structure complexe de prêts réciproques, en dollars américains, au moyen de laquelle chacune prêtait de l'argent à l'autre par l'entremise de ses filiales. La structure de prêts réciproques a été conçue pour que Fairmont ou ses filiales ne réalisent aucun gain ou perte sur change. Elle devait rester en place pendant 10 ans.

[48] En 2006, Fairmont a été acquise par deux sociétés, Kingdom Hotels International et Colony Capital LLC. Les conseillers fiscaux de Fairmont se sont rendu compte que le changement de contrôle ferait immédiatement subir à Fairmont et à ses filiales des pertes sur change nettes. Dans une note de service datée du 3 mars 2006, ils ont donc proposé au départ un plan visant à protéger Fairmont et ses filiales de ces pertes. Selon ce plan, la structure de prêts réciproques pourrait être ultérieurement dénouée au moyen d'un rachat d'actions privilégiées, et ce, sans provoquer de gains sur change imposables. Toutefois, les conseillers fiscaux de Kingdom Hotels et de Colony Capital ont dit craindre que ce plan pose d'autres problèmes fiscaux.

[49] Fairmont, Kingdom Hotels, and Colony Capital eventually agreed on a *modified* plan, described in a memo dated March 23, 2006, in which Fairmont would realize certain accrued foreign exchange gains and losses while protecting itself from new gains and losses going forward. This modified plan did not address Fairmont's subsidiaries, which, due to the acquisition, would no longer be protected from foreign exchange exposure. Fairmont was aware that its subsidiaries' exposure would result in a taxable foreign exchange gain if the reciprocal loan structure was later unwound with a share redemption. Since the reciprocal loan structure was to remain in place for several more years, Fairmont decided that, at a later date, it would determine how to unwind the structure without a share redemption so that no accrued gains or losses would be triggered.

[50] In 2007, Legacy asked Fairmont to end the reciprocal loan agreement ahead of schedule so that it could sell the two hotels it had acquired in 2003. Fairmont's Vice-President of Tax, under the mistaken impression that it was the initial March 3, 2006 plan that had been implemented, instructed the directors of Fairmont's subsidiaries to pass resolutions that would unwind the reciprocal loan structure with a share redemption. The directors passed these resolutions implementing the redemption of the preferred shares on September 14, 2007.

[51] The share redemption would have been tax-neutral if the initial plan had in fact been the plan that was implemented. The result of the mistake was to trigger a significantly larger tax liability.

[52] Fairmont learned of this mistake after an audit by the Canada Revenue Agency. It applied to the Ontario Superior Court of Justice to rectify the September 14, 2007 directors' resolutions that had authorized the preferred share redemption. Newbould J. allowed rectification of these resolutions on the grounds that Fairmont never intended to redeem the preferred shares and always intended to unwind the reciprocal loan structure on a tax-neutral basis.

[49] Fairmont, Kingdom Hotels et Colony Capital ont finalement convenu d'un plan *modifié*, décrit dans une note de service datée du 23 mars 2006, selon lequel Fairmont enregistrerait certains gains et pertes sur change accumulés tout en se prémunissant des gains et pertes à venir. Ce plan modifié ne réglait pas la question des filiales de Fairmont qui, en raison de l'acquisition, ne seraient plus protégées contre le risque de change. Fairmont savait que ses filiales risquaient de réaliser un gain sur change imposable si la structure de prêts réciproques devait plus tard être dénouée au moyen d'un rachat d'actions. Puisqu'il était prévu que la structure reste en place pendant encore plusieurs années, Fairmont a décidé qu'elle déterminerait plus tard comment elle la dénouerait sans procéder par rachat d'actions pour éviter de réaliser une perte ou un gain accumulé.

[50] En 2007, Legacy a demandé à Fairmont de mettre fin au contrat de prêts réciproques avant terme de sorte qu'elle puisse vendre les deux hôtels qu'elle avait acquis en 2003. Le vice-président des affaires fiscales de Fairmont, qui croyait à tort que l'on avait mis en œuvre le plan initial du 3 mars 2006, a donné pour instruction aux administrateurs des filiales de Fairmont d'adopter les résolutions nécessaires pour dénouer la structure de prêts réciproques au moyen d'un rachat d'actions. Les administrateurs ont adopté les résolutions mettant en œuvre le rachat des actions privilégiées le 14 septembre 2007.

[51] Le rachat d'actions n'aurait entraîné aucune incidence fiscale si l'on avait effectivement exécuté le plan initial. Cette erreur a engendré une obligation fiscale beaucoup plus importante que prévu.

[52] Fairmont a eu vent de l'erreur à la suite d'une vérification effectuée par l'Agence du revenu du Canada. Elle a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario de rectifier les résolutions du 14 septembre 2007 par lesquelles les administrateurs avaient autorisé le rachat des actions privilégiées. Le juge Newbould a accordé la rectification de ces résolutions au motif que Fairmont n'avait jamais eu l'intention de racheter les actions privilégiées et avait toujours eu l'intention de dénouer la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales.

[53] The Ontario Court of Appeal unanimously dismissed the appeal (Simmons, Cronk and Blair J.J.A.).

Analysis

[54] Rectification is a centuries-old equitable remedy that gave courts discretion to correct “errors in integration” if signed documents did not reflect the true intention of the parties: see John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 589; see also Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 188-89. Where such an error occurs, “[t]he court will therefore put the agreement right . . . to conform with the parties’ true intentions” (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at p. 240).

[55] The available judicial discretion to retroactively implement the parties’ true intention has been described as follows:

The Court will not write a contract for businessmen or others but rather through the exercise of its jurisdiction to grant rectification in appropriate circumstances, it will reproduce their contract in harmony with the intention clearly manifested by them, and so defeat claims or defences which would otherwise unfairly succeed to the end that business may be fairly and ethically done

(*H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57 (C.A.), at p. 65, per Brooke J.A., rev’d on other grounds, [1976] 1 S.C.R. 319, at pp. 323-24. See also Waddams, at pp. 240-41; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at p. 776; McCamus, at p. 587.)

[56] While the remedy of rectification had been historically confined to cases of mutual mistake, in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, this Court expanded its scope to include circumstances where the mistake was unilateral.

[53] La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’appel à l’unanimité (les juges Simmons, Cronk et Blair).

Analyse

[54] La rectification est une réparation en equity vieille de plusieurs siècles qui confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de corriger les [TRADUCTION] « erreurs d’intégration » lorsque les documents ne reflètent pas la véritable intention des parties : voir John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 589; voir aussi Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 188-189. En présence d’une telle erreur, [TRADUCTION] « [l]e tribunal corrige [. . .] la convention [. . .] de façon à ce qu’elle soit conforme à la véritable intention des parties » (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), p. 240).

[55] Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal de réaliser rétroactivement la véritable intention des parties a été décrit comme suit :

[TRADUCTION] La Cour n’écrira pas un contrat pour des gens d’affaires ou autres, mais grâce à son pouvoir d’accorder une rectification lorsque les circonstances s’y prêtent, elle transposera dans leur contrat l’intention qu’ils avaient clairement exprimée et rejettera en conséquence les demandes ou moyens de défense qui pourraient être injustement accueillis en l’absence d’une rectification, afin que les affaires puissent se dérouler de façon équitable et éthique

(*H. F. Clarke Ltd. c. Thermidaire Corp.*, [1973] 2 O.R. 57 (C.A.), p. 65, le juge Brooke, inf. pour d’autres motifs, [1976] 1 R.C.S. 319, p. 323-324. Voir aussi Waddams, p. 240-241; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6^e éd. 2011), p. 776; McCamus, p. 587.)

[56] Bien que le recours en rectification ait depuis longtemps été limité aux cas d’erreur commune, la Cour en a étendu la portée dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, de façon qu’il s’applique aux cas d’erreur unilatérale.

[57] The rationale for the remedy is that no one should be allowed “to take unfair advantage of another’s mistake”: Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones, *The Law of Restitution* (7th ed. 2007), at p. 299; see also Hall, at pp. 190-91. In accordance with this purpose, rectification “should not be circumscribed by anomalous or artificial rules, but should be applied where appropriate in order to give better effect to equitable doctrines”: I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at p. 632.

[58] The test for rectification requires courts to assess the true intention of the parties:

In order for rectification to be available, it is necessary to identify a “true agreement” which precedes (and is not accurately recorded by) the written instrument. Such an agreement may itself be contained in a written instrument; but it may be oral, and need not itself have contractual force.

(*Snell’s Equity* (31st ed. 2005), by John McGhee, ed., at p. 332. See also Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), at p. 820; Angela Swan and Jakub Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at pp. 772-73; Goff and Jones, at p. 295; *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 20 (S.C.C.), at pp. 621-22 and 630; *Mitchell v. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160 (C.A.), at para. 8; *Reed Shaw Osler Ltd. v. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 (C.A.), at p. 89; *Bryndon Ventures Inc. v. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383 (B.C.C.A.), at pp. 402-3; *Dynamex Canada Inc. v. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (Nfld. C.A.), at para. 23; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, at para. 77.)

[59] Nor does the parties’ prior intention have to amount to a fully enforceable agreement: *Joscelyne v. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86 (C.A.), followed in *Peter Pan Drive-In Ltd. v. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291 (H.C.J.), aff’d (1980), 26 O.R. (2d) 746 (C.A.). As Brown J. (as he then was) explained in *Graymar Equipment (2008) Inc. v. Canada (Attorney General)* (2014), 97 Alta. L.R. (5th) 288 (Q.B.):

[57] La raison d’être du recours est que nul ne devrait pouvoir [TRADUCTION] « tirer injustement avantage de l’erreur d’autrui » : lord Goff of Chieveley et Gareth Jones, *The Law of Restitution* (7^e éd. 2007), p. 299; voir aussi Hall, p. 190-191. C’est pourquoi la rectification [TRADUCTION] « devrait non pas être circonscrite par des règles incongrues ou artificielles, mais être appliquée au besoin en vue d’améliorer l’application des principes d’équité » : I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9^e éd. 2014), p. 632.

[58] Le test de rectification exige des tribunaux qu’ils déterminent la véritable intention des parties :

[TRADUCTION] Pour qu’il y ait ouverture à rectification, il est nécessaire d’établir la « véritable entente » qui précède l’écrit (et n’y est pas consignée avec exactitude). Cette entente peut elle-même être constatée par écrit, mais elle peut être verbale et n’a nullement besoin d’avoir elle-même la force d’un contrat.

(*Snell’s Equity* (31^e éd. 2005), par John McGhee, dir., p. 332. Voir aussi Mitchell McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. 820; Angela Swan et Jakub Adamski, *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), p. 772-773; Goff et Jones, p. 295; *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 20 (C.S.C.), p. 621-622 et 630; *Mitchell c. MacMillan* (1980), 5 Sask. R. 160 (C.A.), par. 8; *Reed Shaw Osler Ltd. c. Wilson* (1981), 17 Alta. L.R. (2d) 81 (C.A.), p. 89; *Bryndon Ventures Inc. c. Bragg* (1991), 82 D.L.R. (4th) 383 (C.A. C.-B.), p. 402-403; *Dynamex Canada Inc. c. Miller* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A. T.-N.), par. 23; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, par. 77.)

[59] Il n’est pas non plus nécessaire que l’intention préalable des parties constitue une entente pleinement exécutoire : *Joscelyne c. Nissen*, [1970] 2 Q.B. 86 (C.A.), appliqué dans *Peter Pan Drive-In Ltd. c. Flambro Realty Ltd.* (1978), 22 O.R. (2d) 291 (H.C.J.), conf. par (1980), 26 O.R. (2d) 746 (C.A.). Comme l’a expliqué le juge Brown (maintenant juge de notre Cour) dans *Graymar Equipment (2008) Inc. c. Canada (Attorney General)* (2014), 97 Alta. L.R. (5th) 288 (B.R.) :

Rectification is available . . . even where the parties have not concluded an agreement, so long as there is sufficiently convincing evidence that the parties had arrived upon a common intention. [para. 36]

(See also *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by John McGhee, at pp. 424-25; McCamus, at p. 558; Waddams, at p. 243.)

[60] But the intention does have to be sufficiently clear and certain that courts can correct the error without resorting to speculation about what the parties had wanted to do in the first place: see *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72.

[61] While parties seeking rectification must provide evidence of what they actually intended, they are not required to provide “an expressed antecedent agreement in order to found a successful claim”: *Peter Pan Drive-In Ltd.*, at p. 296. Courts have long recognized that “the exact form of words in which the common intention is to be expressed is immaterial” (*McLean v. McLean* (2013), 118 O.R. (3d) 216 (C.A.), at para. 46, citing *Swainland Builders Ltd. v. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560, at para. 34 (BAILII); see also *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52 (C.A.), at p. 54, per Dillon L.J.; *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), at pp. 426-37). In other words, as Professor Swan explains:

. . . it is “sufficient if [the party] establishes a common continuing intention in regard to the particular provision in question”. There is no need to hedge the remedy about with requirements that are no more than technical and to require precise agreement on every point in the actual agreement to prevent the court from giving relief where it is clearly justified in doing so to prevent injustice. [Footnote omitted; p. 773.]

[62] What matters instead is that the substance of the intention “can be ascertained with a reasonable level of comfort”: *Performance Industries*, at para. 47. In ascertaining these intentions, courts are free to make logical inferences based on the evidence

[TRADUCTION] Il y a ouverture à rectification [. . .] même si les parties n'ont conclu aucune entente, pourvu qu'il existe une preuve suffisamment convaincante de la volonté commune des parties. [par. 36]

(Voir aussi *Snell's Equity* (33^e éd. 2015), par John McGhee, p. 424-425; McCamus, p. 558; Waddams, p. 243.)

[60] Cette intention doit cependant être assez claire et certaine pour que les tribunaux puissent corriger l'erreur sans avoir à conjecturer ce que les parties voulaient faire au départ : voir *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72.

[61] Bien que les parties qui sollicitent la rectification doivent produire la preuve de leur véritable intention, elles ne sont pas tenues de fournir [TRADUCTION] « une entente expresse antérieure pour que leur demande soit accueillie » : *Peter Pan Drive-In Ltd.*, p. 296. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que [TRADUCTION] « les termes exacts utilisés pour exprimer l'intention commune sont sans importance » (*McLean c. McLean* (2013), 118 O.R. (3d) 216 (C.A.), par. 46, citant *Swainland Builders Ltd. c. Freehold Properties Ltd.*, [2002] EWCA Civ 560, par. 34 (BAILII); voir également *Co-operative Insurance Society Ltd. c. Centremoor Ltd.*, [1983] 2 E.G.L.R. 52 (C.A.), p. 54, le lord juge Dillon; *Snell's Equity* (33^e éd. 2015), p. 426-437). Autrement dit, comme l'explique la professeure Swan :

[TRADUCTION] . . . il « suffit que [la partie] établisse une intention commune constante à l'égard de la disposition précise en question ». Il n'est pas nécessaire de circonscrire la réparation par des exigences purement techniques ni d'exiger une entente précise sur chaque aspect de l'entente comme telle pour empêcher le tribunal d'accorder la réparation alors qu'il est manifestement fondé à le faire pour éviter une injustice. [Note en bas de page omise; p. 773.]

[62] En fait, ce qui importe, c'est « qu'il [soit] possible [de] dégager » la substance de l'intention « avec un degré de certitude raisonnable » : *Performance Industries*, par. 47. Pour établir cette intention, les tribunaux sont libres de tirer des conclusions logiques

before them. In *McLean*, for example, a husband and wife transferred property to their son and daughter-in-law. The wife later sought rectification of the memorandum of agreement that contained the terms of the transfer, claiming that the total purchase price was incorrect. The Ontario Court of Appeal rectified the memorandum even though it was not immediately obvious what the correct price was supposed to be. The court deduced the correct price based on “the totality of the evidence”, noting that “[o]nly when the related documents are considered as a whole does the intention of the parties emerge”: paras. 60 and 62. Similarly, in *Royal Bank of Canada v. El-Bris Ltd.* (2008), 92 O.R. (3d) 779 (C.A.), a business owner mistakenly signed a personal guarantee for \$700,000 and a collateral mortgage for the same amount, when he had only intended to create one debt obligation. The Ontario Court of Appeal allowed rectification of both the guaranteed loan and the mortgage based on the true intention of the parties, even though the mechanics of the necessary corrective transactions had never been previously set out.

[63] Whether a mistake is unilateral or mutual, rectification is, ultimately, an equitable remedy that seeks to give effect to the true intention of the parties, and prevent errors from causing windfalls. The doctrine is also “based on simple notions of relief against unjust enrichment”, namely, that it would be unfair to rigidly enforce an error that enriches one party at the expense of another: Waddams, at p. 240. As Professor Waddams notes, “[t]he doctrine is a far-reaching and flexible tool of justice” (p. 243). (See also McInnes, at pp. 820-21; Fridman, at pp. 782-83; *El-Bris*, at paras. 13 and 36; *McLean*, at para. 73; Patrick Hartford, “Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada: A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 87, at p. 88.)

[64] The common law principles of rectification were recently applied in *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 S.C.R. 157. *Shafron* involved an employment contract that included a

au vu de la preuve dont ils disposent. Dans *McLean*, par exemple, un mari et sa femme ont transféré leur propriété à leur fils et à leur bru. La femme a ensuite demandé la rectification du protocole d’entente qui contenait les modalités du transfert au motif que le prix d’achat total était incorrect. La Cour d’appel de l’Ontario a rectifié le protocole d’entente même si le prix qui était censé y figurer n’était pas évident à première vue. La Cour d’appel a déduit le bon prix de [TRADUCTION] « l’ensemble de la preuve » et a indiqué que « [c]e n’est que lorsque les documents connexes sont examinés dans leur ensemble que l’intention des parties se dégage » : par. 60 et 62. De même, dans l’affaire *Royal Bank of Canada c. El-Bris Ltd.* (2008), 92 O.R. (3d) 779 (C.A.), le propriétaire d’une entreprise a signé par erreur une garantie personnelle pour 700 000 \$ ainsi qu’une hypothèque accessoire pour le même montant, alors qu’il voulait seulement créer une dette. La Cour d’appel de l’Ontario a accordé la rectification du prêt garanti et de l’hypothèque sur le fondement de la véritable intention des parties, même si les formalités des opérations correctives nécessaires n’avaient jamais été établies auparavant.

[63] Que l’erreur soit unilatérale ou commune, la rectification est, en définitive, une réparation d’équité qui vise à donner effet à la véritable intention des parties et à empêcher que des erreurs donnent lieu à des gains fortuits. La doctrine est aussi [TRADUCTION] « fondée sur de simples notions de réparation en matière d’enrichissement injustifié », à savoir qu’il serait injuste de donner effet, de façon rigide, à une erreur qui enrichit l’une des parties au détriment de l’autre : Waddams, p. 240. Comme le souligne le professeur Waddams, « [l]a doctrine est un outil de justice à la fois souple et de grande portée » (p. 243). (Voir également McInnes, p. 820-821; Fridman, p. 782-783; *El-Bris*, par. 13 et 36; *McLean*, par. 73; Patrick Hartford, « Clarifying the Doctrine of Rectification in Canada : A Comment on *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.* » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 87, p. 88.)

[64] Les principes de common law en matière de rectification ont récemment été appliqués dans *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 R.C.S. 157. Cette affaire portait sur un

restrictive covenant, prohibiting Mr. Shafron from working as an insurance broker in the “Metropolitan City of Vancouver” for three years after his employment with KRG Western ended. “Metropolitan City of Vancouver” was not a legally defined term, but Mr. Shafron thought it referred to the City of Vancouver, while KRG Western thought it referred to the larger Greater Vancouver Regional District.

[65] KRG Western applied to rectify the contract by substituting “Greater Vancouver Regional District” for “Metropolitan City of Vancouver”, to prevent Mr. Shafron from working as an insurance broker in the suburb of Richmond. The Court held that rectification was unavailable because KRG Western could not establish that there had been a prior agreement in which “Metropolitan City of Vancouver” was defined in sufficiently precise terms.

[66] While I acknowledge that rectification seems most often to have been granted in the context of agreed upon terms having been *transcribed* incorrectly, since unjust enrichment can also result from a mistake in *carrying out* the intention of the parties, the remedy is also available to correct errors in implementation. Courts have, as a result, granted rectification where a corporate transaction was conducted in the wrong sequence (*GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230 (Ont. S.C.J.)), where an underlying calculation in a contract was incorrect (*Oriole Oil & Gas Ltd. v. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411 (C.A.)), and where the requisite steps of an amalgamation were not correctly carried out (*Prospera Credit Union, Re* (2002), 32 B.L.R. (3d) 145 (B.C.S.C.)).

[67] Whether the errors are in transcription or in implementation, courts may refuse to exercise their discretion where allowing rectification would prejudice the rights of third parties (*Wise v. Axford*, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). But the mere existence of a third party will not bar rectification. In *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354, this Court concluded that the presence of a third party is only

contrat de travail qui comportait une clause restrictive interdisant à M. Shafron de travailler à titre de courtier d’assurance dans « l’agglomération de la ville de Vancouver » pendant les trois années suivant son départ de KRG Western. L’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » n’était pas définie en droit, mais M. Shafron croyait qu’elle désignait la ville de Vancouver, alors que KRG Western estimait qu’elle visait le district régional de Vancouver.

[65] KRG Western a demandé que l’on rectifie le contrat en substituant les termes « district régional de Vancouver » aux termes « l’agglomération de la ville de Vancouver », afin d’empêcher M. Shafron de travailler comme courtier d’assurance dans la banlieue de Richmond. La Cour a conclu qu’il n’y avait pas ouverture à rectification parce que KRG Western ne pouvait démontrer l’existence d’une entente préalable définissant l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » en termes suffisamment précis.

[66] Je reconnais que l’on semble avoir le plus souvent accordé la rectification dans des cas où les modalités convenues avaient été mal *transcrites*, puisque l’enrichissement injustifié peut également résulter d’une erreur dans la *réalisation* de l’intention des parties, mais on peut aussi recourir à la rectification pour corriger les erreurs de mise en œuvre. Les tribunaux ont donc accordé la rectification demandée lorsqu’une transaction commerciale a été exécutée dans le mauvais ordre (*GT Group Telecom Inc., Re* (2004), 5 C.B.R. (5th) 230 (C.S.J. Ont.)), lorsqu’une erreur de calcul sous-jacente au contrat a été commise (*Oriole Oil & Gas Ltd. c. American Eagle Petroleum Ltd.* (1981), 27 A.R. 411 (C.A.)), et lorsque les étapes nécessaires d’une fusion ont été mal suivies (*Prospera Credit Union, Re* (2002), 32 B.L.R. (3d) 145 (C.S. C.-B.)).

[67] Que l’erreur réside dans la transcription ou dans la mise en œuvre, les tribunaux peuvent refuser d’exercer leur pouvoir discrétionnaire si la rectification serait préjudiciable aux droits des tiers (*Wise c. Axford*, [1954] O.W.N. 822 (C.A.)). Toutefois, la simple présence d’un tiers ne fait pas obstacle à la rectification. Dans l’arrêt *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354, la Cour a conclu que la

a bar to rectification where the third party has actually relied on the flawed agreement. This principle was subsequently explained by Gray J. in *Consortium Capital Projects Inc. v. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), at p. 766, aff'd (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.): "... the proper test is whether the third party relied on the document as executed and took action based on that document". (See also McCamus, at p. 595; Spry, at pp. 630-31; *Kolias v. Owners: Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick v. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), at paras. 24-26.)

[68] This is consistent with one of the underlying purposes of rectification, namely to prevent unjust enrichment: Waddams, at p. 240; *El-Bris*, at paras. 13 and 36; *McLean*, at para. 73. Just as rectification can prevent one party from enforcing an error and being unjustly enriched by the other's mistake, rectification can also prevent a third party who has not relied on the agreement from enforcing a mistake and receiving a windfall. This theory was on display in *Love v. Love*, [2013] 5 W.W.R. 662 (Sask. C.A.). The Saskatchewan Court of Appeal allowed the rectification of a life insurance contract, in which a husband had designated his wife as the beneficiary of his life insurance policy. When the couple divorced, the husband completed a new form to designate his son as the policy's beneficiary instead of his former wife. He filled the paperwork out incorrectly. After he died, the former wife and the son both attempted to claim the proceeds of the insurance policy. The court rectified the contract to reflect what it saw as the husband's true intention, namely to designate his son as the beneficiary.

[69] This brings us to the tax context.

[70] Allowing the tax authorities, a third party, to profit from legitimate tax planning errors, when its own rights have not been prejudiced in any way, amounts to unjust enrichment. Businesses and individuals are legally entitled to structure their affairs in a way that minimizes their tax burden. The General

présence d'un tiers ne fait obstacle à la rectification que si le tiers en question s'est effectivement fondé sur l'entente erronée. Le juge Gray a ultérieurement expliqué ce principe dans la décision *Consortium Capital Projects Inc. c. Blind River Veneer Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 761 (H.C.J.), p. 766, conf. par (1990), 72 O.R. (2d) 703 (C.A.) : [TRADUCTION] « ... le critère applicable est celui de savoir si le tiers s'est fondé sur le document signé et s'il a agi sur la foi de ce document ». (Voir aussi McCamus, p. 595; Spry, p. 630-631; *Kolias c. Owners : Condominium Plan 309 CDC* (2008), 440 A.R. 389 (C.A.); *Carlson, Carlson and Hettrick c. Big Bud Tractor of Canada Ltd.* (1981), 7 Sask. R. 337 (C.A.), par. 24-26.)

[68] Ce principe respecte l'un des objectifs sous-jacents de la rectification, à savoir prévenir l'enrichissement injustifié : Waddams, p. 240; *El-Bris*, par. 13 et 36; *McLean*, par. 73. La rectification peut empêcher une partie de donner effet à une erreur et de s'enrichir injustement parce que l'autre partie s'est trompée, tout comme elle peut empêcher un tiers qui ne s'est pas fié sur l'entente de donner effet à une erreur et d'en tirer profit. Cette théorie a été exposée dans l'arrêt *Love c. Love*, [2013] 5 W.W.R. 662 (C.A. Sask.). La Cour d'appel de la Saskatchewan a autorisé la rectification d'un contrat d'assurance-vie dans lequel le mari avait désigné son épouse à titre de bénéficiaire. Lorsque le couple a divorcé, le mari a rempli un nouveau formulaire afin de désigner son fils plutôt que son ex-épouse à titre de bénéficiaire. Il s'est trompé en remplissant le document. Après son décès, son ex-femme et son fils ont tous deux réclamé le produit de la police d'assurance. La cour a rectifié le contrat pour qu'il exprime ce qu'elle estimait être la véritable intention du mari, soit désigner son fils comme bénéficiaire.

[69] Passons maintenant au contexte fiscal.

[70] Permettre aux autorités fiscales, une tierce partie, de tirer profit des erreurs commises dans une planification fiscale légitime, alors qu'il n'a été nullement porté atteinte à ses droits, équivaut à un enrichissement injustifié. Les entreprises et les particuliers ont légalement le droit d'organiser

Anti-Avoidance Rule in s. 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), for example, permits transactions that are primarily designed to avoid taxes so long as they do not circumvent the *Act* in an abusive manner: *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, [2011] 3 S.C.R. 721, at para. 32. There is, as a result, an inherent unfairness in enforcing errors in transcription or implementation that result in allowing the tax authorities to collect a windfall.

[71] It is true that a taxpayer should expect to be taxed based on what is actually done, not based on what could have been done (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 45), but this principle does not deprive equity of a role where what a party or parties genuinely intended to do was transcribed *or* implemented incorrectly.

[72] On the other hand, parties should not be given *carte blanche* to exploit rectification for purposes of engaging in retroactive tax planning. Courts will not permit parties to undo decisions simply because they have come to regret them later. Allowing parties to rewrite documents and restructure their affairs based solely on a generalized and all-encompassing preference for paying lower taxes is not consistent with the equitable principles that inform rectification.

[73] As the trial judge noted in *Kanji v. Canada (Attorney General)* (2013), 114 O.R. (3d) 1 (S.C.J.), “[t]ax-driven claims for rectification must be approached with care since common sense tells us that most taxpayers would like to minimize the amount of tax they must pay to the government”: para. 36. The British Columbia Court of Appeal expressed similar views in *Pallen Trust, Re* (2015), 385 D.L.R. (4th) 499, when it said:

Carrying out a fact-focussed analysis should ensure that the “social evil” of aggressive tax avoidance can, where it is just to do so, be appropriately disincentivized, and

leurs affaires de manière à réduire le plus possible leur fardeau fiscal. La règle générale anti-évitement prévue à l’art. 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), par exemple, permet les opérations qui visent avant tout à éviter l’impôt, pour autant qu’elles ne contournent pas la *Loi* de manière abusive : *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, [2011] 3 R.C.S. 721, par. 32. Il est donc intrinsèquement inéquitable de donner effet à une erreur de transcription ou de mise en œuvre qui permettrait aux autorités fiscales de réaliser un gain fortuit.

[71] Certes, le contribuable doit s’attendre à être imposé en fonction de ce qu’il a fait, et non de ce qu’il aurait pu faire (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45), mais ce principe n’empêche pas l’équité de jouer un rôle lorsque la véritable intention d’une ou des parties a été mal transcrite *ou* réalisée.

[72] Par contre, les parties ne devraient pas pouvoir recourir sans restriction à la rectification pour procéder à une planification fiscale rétroactive. Les tribunaux ne permettront pas aux parties de revenir sur leurs décisions simplement parce qu’elles les regrettent après coup. Le fait de permettre aux parties de réécrire des documents et de réorganiser leurs affaires simplement parce qu’elles préfèrent généralement et globalement payer moins d’impôt n’est pas compatible avec les principes d’équité qui régissent la rectification.

[73] Comme l’a signalé le juge de première instance dans la décision *Kanji c. Canada (Attorney General)* (2013), 114 O.R. (3d) 1 (C.S.J.), [TRADUCTION] « [i]l faut aborder avec prudence les demandes de rectification fondées sur des raisons fiscales, car le bon sens nous indique que la plupart des contribuables aimeraient réduire le plus possible l’impôt à payer au gouvernement » : par 36. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a exprimé des opinions semblables dans *Pallen Trust, Re* (2015), 385 D.L.R. (4th) 499 :

[TRADUCTION] Une analyse axée sur les faits devrait permettre d’enrayer le « fléau social » qu’est l’évitement fiscal agressif, lorsqu’il est juste de le faire, tout en ne

on the other hand that where the taxpayer's conduct has been reasonable . . . he or she is not unfairly penalized [para. 53]

[74] How then should rectification be seen in the tax context? In my view, the two most helpful common law cases on rectification in the tax context were decided by the Ontario Court of Appeal. In *771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739 (C.A.), a purchaser utilized a company she owned to buy property, intending to minimize her personal income tax. She erroneously thought that her company was an Ontario company and assumed that she would pay the residential land transfer tax rate of 2 percent. The company, it turned out, was subject to the higher rate of 20 percent. This mistake resulted in a liability of \$1.7 million instead of \$84,745. The court denied rectification on the grounds that this was an “attemp[t] to rewrite history in order to obtain more favourable tax treatment” (p. 742). The purchaser intended the transaction to minimize her income tax — which it did — and was simply caught off-guard by land transfer tax consequences.

[75] A different result occurred in *Canada (Attorney General) v. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728 (C.A.). Two couples co-owned a company through which they operated a convenience store chain. They decided to split the business into two separate corporations so that each couple could operate independently. They mistakenly believed, based on an erroneous assumption by their tax advisor, that this would not trigger any immediate income taxes. When it did, they applied for rectification. Austin J.A. granted the remedy, stating:

. . . the true agreement between the parties here was the acquisition of the half interest in the . . . tobacco business . . . in a manner that would not attract immediate liability for income tax.

pénalisant pas injustement le contribuable dont le comportement est raisonnable . . . [par. 53]

[74] Comment alors la rectification devrait-elle être vue dans le domaine fiscal? À mon avis, les deux affaires de common law les plus instructives en la matière ont été tranchées par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co.* (1995), 21 O.R. (3d) 739 (C.A.), une femme avait acquis un bien immeuble en se servant d'une société dont elle était propriétaire, car elle voulait réduire le plus possible son impôt sur le revenu. Croyant à tort qu'il s'agissait d'une société ontarienne, elle a présumé qu'elle paierait le taux d'imposition de 2 pour 100 applicable aux cessions de biens-fonds affectés à l'habitation. Il s'est avéré que la société était assujettie à un taux de 20 pour 100. Cette erreur s'est traduite par une dette de 1,7 million de dollars plutôt que de 84 745 dollars. La cour a refusé la rectification au motif qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « tentative de réécrire l'histoire afin d'obtenir un traitement fiscal plus favorable » (p. 742). L'acheteuse voulait que cette opération génère le moins d'impôt possible sur son revenu — ce qui s'est produit — et a simplement été prise de court par les droits de cession immobilière qui en ont résulté.

[75] La Cour d'appel est parvenue à un résultat différent dans l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Juliar* (2000), 50 O.R. (3d) 728. Deux couples exploitaient une chaîne de dépanneurs par l'entremise d'une société dont ils étaient copropriétaires. Ils ont décidé de séparer l'entreprise entre deux sociétés distinctes de sorte que chaque couple puisse agir de façon indépendante. Ils ont cru à tort, sur le fondement d'une prémisse erronée de leur conseiller fiscal, que l'opération ne générerait sur-le-champ aucun impôt sur le revenu. Constatant qu'elle en générerait un, ils ont présenté une demande de rectification. Le juge Austin a accueilli la demande, affirmant ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . la véritable entente intervenue entre les parties en l'espèce portait sur l'acquisition de la moitié de la participation dans [. . .] l'entreprise de tabac [. . .] d'une manière qui ne génère immédiatement aucun impôt sur le revenu.

... The plain and obvious fact ... is that the proposed division had to be carried out on a no immediate tax basis or not at all. [paras. 25 and 27]

[76] The Court of Appeal distinguished this case from *Bramco* on the grounds that the couples' intention to avoid income tax was a primary and continuing objective of the transaction, whereas in *Bramco* the concern over the land transfer tax arose only after the transaction had been completed.

[77] I am aware that this distinction has attracted some negative commentary: Lionel Smith, "Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions" (2008), 27 *E.T.P.J.* 284, at pp. 289-90; Swan and Adamski, at pp. 768-69. But in my view, the Court of Appeal's decision to allow rectification in *Juliar* can easily be explained by — and flows seamlessly from — the factual findings of the Application Judge in that case. In particular, the decision to grant rectification resulted from the factual finding that the Juliars had a continuing, ascertainable intention to pursue the transaction on a tax-free basis or not at all. Seen in this way, *Juliar* did not relax the standards for rectification in the tax context. Rather, it represents a straightforward application of the test for rectification: see Joel Nitikman, "Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law" (2005), 53 *Can. Tax J.* 941, at p. 963.

[78] Nor do I accept the floodgates concern that courts will be unable to distinguish between legitimate mistakes and attempts at retroactive tax planning. Those courts which have applied *Juliar* appear to have very comfortably recognized the distinction. Sometimes rectification was granted (see *McPeake v. Canada (Attorney General)*, [2012] 4 C.T.C. 203 (B.C.S.C.), at paras. 21-22 and 46; *Slate Management Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216, at paras. 10 and 16 (CanLII); *Fraser Valley Refrigeration, Re*, [2009] 6 C.T.C. 73 (B.C.S.C.), at paras. 22-24 and 48, aff'd (2009), 280 B.C.A.C. 317). But at other times, it was denied

... De toute évidence [...] le partage proposé devait être réalisé sans conséquence fiscale immédiate, ou ne pas être réalisé du tout. [par. 25 et 27]

[76] La Cour d'appel a établi une distinction entre cette affaire et *Bramco*, expliquant que, dans le premier cas, l'intention des couples d'échapper à l'impôt sur le revenu était l'objectif premier et continu de l'opération, alors que dans l'affaire *Bramco*, la question des droits de cession immobilière ne s'est posée qu'une fois l'opération menée à terme.

[77] Je sais que cette distinction a suscité quelques commentaires négatifs : Lionel Smith, « Can I Change My Mind? Undoing Trustee Decisions » (2008), 27 *E.T.P.J.* 284, p. 289-290; Swan et Adamski, p. 768-769. J'estime toutefois que la décision de la Cour d'appel d'autoriser la rectification dans *Juliar* s'explique facilement par les conclusions de fait du juge saisi de la demande et découle naturellement de ces conclusions. En particulier, la décision d'accorder la rectification repose sur la conclusion de fait que les Juliars avaient l'intention constante et déterminable de réaliser l'opération sans incidences fiscales, ou de ne pas la réaliser du tout. Vu sous cet angle, l'arrêt *Juliar* n'a pas assoupli les normes d'application de la rectification dans le domaine fiscal. Il s'agit plutôt d'un cas d'application pure et simple du test de rectification : voir Joel Nitikman, « Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law » (2005), 53 *Rev. fisc. can.* 941, p. 963.

[78] Je ne crois pas non plus que les tribunaux seront submergés par les demandes et incapables de faire la distinction entre les erreurs légitimes et les tentatives de planification fiscale rétroactive. Les tribunaux qui ont appliqué l'arrêt *Juliar* semblent avoir reconnu fort aisément cette distinction. La rectification a parfois été accordée (voir *McPeake c. Canada (Attorney General)*, [2012] 4 C.T.C. 203 (C.S. C.-B.), par. 21-22 et 46; *Slate Management Corp. c. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 4216, par. 10 et 16 (CanLII); *Fraser Valley Refrigeration, Re*, [2009] 6 C.T.C. 73 (C.S. C.-B.), par. 22-24 et 48, conf. par (2009), 280 B.C.A.C. 317). Mais elle a été

because, while the parties had a general desire to minimize their tax burden, they could not prove that the tax objective was an intended and fundamental aspect of the transaction: *Birch Hill Equity Partners Management Inc. v. Rogers Communications Inc.* (2015), 128 O.R. (3d) 1 (S.C.J.), at paras. 32 and 40-41; *Binder v. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54 (S.C.J.), at paras. 16-18 and 22-25; *Re: Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37, at paras. 38-43 (CanLII); *Zhang v. Canada (Attorney General)*, 2015 DTC 5084 (B.C.S.C.), at paras. 21 and 34; *Husky Oil Operations Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Finance)* (2014), 443 Sask. R. 172 (Q.B.), at paras. 417 and 424-25; *JAFT Corp. v. Jones* (2014), 304 Man. R. (2d) 86 (Q.B.), at paras. 31, 39 and 43-44, *aff'd* (2015), 323 Man. R. (2d) 57 (C.A.); *Capstone Power Corp. v. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274, at paras. 27-54 (CanLII); *Kanji*, at paras. 22 and 33.

[79] This brings us to this Court's most recent, and in my view most pertinent, discussion of rectification in the tax context in the companion appeals of *AES* and *Riopel*: *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, [2013] 3 S.C.R. 838. Although LeBel J. expressly declined to comment on *Juliar* because he was applying the *Civil Code of Québec*, he took an approach to the rectification of tax planning errors consistent with *Juliar*.

[80] In *AES*, the company underwent a reorganization which involved transferring 25 percent of its shares to a subsidiary. It intended that this transaction be tax-neutral, but *AES*'s advisors made an error when calculating the value of the shares, resulting in a large, unintended, and entirely avoidable tax liability. Similarly, in the companion appeal of *Riopel*, a couple attempted to amalgamate two companies. To minimize taxes, they structured the amalgamation in a particular sequence of transactions that involved selling shares, and issuing new shares and promissory notes. The couple's tax advisors erroneously enacted the sequence out of order, resulting in a significant tax liability. LeBel J. explained that under the *Code*, if the true intention is

refusée dans d'autres cas lorsque les parties, qui souhaitaient de façon générale réduire au minimum leur fardeau fiscal, n'avaient pu démontrer que l'objectif fiscal constituait un aspect délibéré et fondamental de l'opération (*Birch Hill Equity Partners Management Inc. c. Rogers Communications Inc.* (2015), 128 O.R. (3d) 1 (C.S.J.), par. 32 et 40-41; *Binder c. Saffron Rouge Inc.* (2008), 89 O.R. (3d) 54 (C.S.J.), par. 16-18 et 22-25; *Re : Aboriginal Diamonds Group*, 2007 NWTSC 37, par. 38-43 (CanLII); *Zhang c. Canada (Attorney General)*, 2015 DTC 5084 (C.S. C.-B.), par. 21 et 34; *Husky Oil Operations Ltd. c. Saskatchewan (Minister of Finance)* (2014), 443 Sask. R. 172 (B.R.), par. 417 et 424-425; *JAFT Corp. c. Jones* (2014), 304 Man. R. (2d) 86 (B.R.), par. 31, 39 et 43-44, *conf. par* (2015), 323 Man. R. (2d) 57 (C.A.); *Capstone Power Corp. c. 1177719 Alberta Ltd.*, 2016 BCSC 1274, par. 27-54 (CanLII); *Kanji*, par. 22 et 33).

[79] Cela nous amène à l'analyse la plus récente et, selon moi, la plus pertinente à laquelle la Cour s'est livrée sur la rectification en matière fiscale dans les pourvois connexes *AES* et *Riopel* (*Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, [2013] 3 R.C.S. 838). Bien que le juge LeBel ait expressément refusé de commenter l'arrêt *Juliar* parce qu'il appliquait le *Code civil du Québec*, l'approche qu'il a adoptée à l'égard de la rectification des erreurs de planification fiscale s'accorde avec cet arrêt.

[80] Dans l'affaire *AES*, la société a fait l'objet d'une restructuration dans le cadre de laquelle elle avait convenu de céder 25 pour 100 de ses actions à une filiale. Elle voulait que l'opération n'entraîne aucune incidence fiscale, mais ses conseillers ont commis une erreur en calculant la valeur des actions, de sorte qu'elle s'est retrouvée avec une obligation fiscale importante, non voulue et entièrement évitable. De même, dans l'affaire connexe *Riopel*, un couple cherchait à fusionner deux sociétés. Afin de réduire le plus possible l'impôt à payer, ils ont prévu accomplir la fusion selon un ordre donné d'opérations comprenant la vente d'actions et l'émission de nouvelles actions et de billets à ordre. Les conseillers fiscaux du couple ont procédé sans suivre l'ordre donné, ce

erroneously expressed in writing, courts will rectify the mistake as long as the intention was sufficiently precise:

... the dispute in the two appeals before us necessarily concerns the [Agence du revenu du Québec] and the [Canada Revenue Agency]. Because of their situations, it must be asked whether they can rely on acquired rights to have an erroneous writing continue to apply even though the existence of an error has been established and it has been shown that the documents filed with the tax authorities are inconsistent with the parties' true intention.

... For now, therefore, what must be determined is the true nature of the operations transacted in *AES* and *Riopel*. . . . This Court must decide whether the parties' juridical acts, which led to the notices of assessment, are consistent with their true common intention and whether the tax authorities are entitled to have an erroneous declaration of intention continue to apply. [paras 44-46]

[81] Rectification was granted in both *AES* and *Riopel* based on these principles. As LeBel J. explained, "the agreements between the parties in both appeals were validly formed in that . . . they provided for obligations whose objects were sufficiently determinable": para. 54.

[82] LeBel J. concluded 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": *AES*, at para. 52. In other words, the tax authorities were not entitled to get a windfall from the errors. But he also warned that these principles do not allow parties to engage in retroactive tax planning:

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. [para. 54]

qui a entraîné une obligation fiscale importante. Le juge LeBel a expliqué que, selon le *Code*, lorsque la véritable intention est mal exprimée par écrit, les tribunaux corrigeront l'erreur pour autant que l'intention soit suffisamment précise :

... le débat en cours dans les deux appels que nous examinons concerne nécessairement l'[Agence du revenu du Québec] et l'[Agence du revenu du Canada]. En raison de leur position, il faut se demander si elles peuvent invoquer des droits acquis au maintien d'un écrit erroné, même si l'existence d'une erreur est établie et s'il est démontré que les documents transmis au fisc ne correspondent pas à la volonté réelle des parties.

... Il faut donc pour l'instant déterminer la nature réelle des opérations effectuées dans les affaires *AES* et *Riopel*. [. . .] Notre Cour doit décider si les actes juridiques accomplis par les parties et qui sont à l'origine des avis de cotisation correspondent à l'intention réelle commune des parties et si le fisc a droit au maintien d'une déclaration de volonté erronée. [par. 44-46]

[81] Partant de ces principes, la Cour a accordé la rectification tant dans *AES* que dans *Riopel*. Comme l'a expliqué le juge LeBel, « dans les deux appels, les ententes entre les parties s'étaient valablement formées, puisqu'elles prévoyaient des obligations aux objets suffisamment déterminables » (par. 54).

[82] Le juge LeBel a conclu 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 » (*AES*, par. 52). En d'autres termes, le fisc ne pouvait tirer un gain fortuit des erreurs. Or, il a également souligné que ces principes n'autorisent pas les parties à se lancer dans une planification fiscale rétroactive :

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. [par. 54]

[83] The requirements for rectification in the tax context articulated in *AES* are, in my respectful view, functionally equivalent to the test under the common law. Civil law and common law rectification in the tax context are clearly based on analogous principles, namely, that the true intention of the parties has primacy over errors in the transcription or implementation of that agreement, subject to a need for precision and the rights of third parties who detrimentally rely on the agreement.

[84] That means that there is no principled basis in either the common or civil law for a stricter standard in the tax context simply because it is the government which is positioned to benefit from a mistake. The tax department is not entitled to play “Gotcha” any more than any other third party who did not rely to its detriment on the mistake.

[85] Notably, both *AES* and *Riopel* involved errors of implementation: the error in *AES* was a faulty calculation and the error in *Riopel* was that a complex transaction was conducted in the wrong sequence. The application of rectification in these circumstances clearly confirms that rectification is *not* confined only to correcting terms that were omitted, accidentally added, or articulated incorrectly in a written document, but is no less available when the parties’ true intention is erroneously implemented.

[86] In the case before us, as the Application Judge noted, this was not a situation where Fairmont merely misapprehended the consequences of unwinding the reciprocal loan structure with a share redemption. Newbould J. made explicit findings of fact that Fairmont had a continuing intention *never* to unwind the reciprocal loan structure by redeeming the preferred shares, because doing so would trigger taxable exchange gains or losses. The parties, he concluded, were aware that unwinding the reciprocal loan structure with a share redemption would trigger a substantial tax liability, and expressly agreed in emails and in-person discussions that “no redemption of the preferred shares should occur at any time”. They agreed to decide at a later date what

[83] Les conditions de rectification en matière fiscale qui sont énoncées dans *AES* sont, à mon humble avis, fonctionnellement équivalentes au critère de la common law. La rectification en droit civil et celle en common law dans le domaine fiscal sont manifestement fondées sur des principes analogues, à savoir que la véritable intention des parties l’emporte sur les erreurs de transcription ou de mise en œuvre de l’entente en question, sous réserve des précisions nécessaires et des droits des tiers qui se fondent à leur détriment sur l’entente.

[84] Ainsi, aucune raison de principe ne permet, en common law ou en droit civil, d’imposer une norme plus stricte dans le domaine fiscal du simple fait que c’est le gouvernement qui pourrait bénéficier d’une erreur. Le fisc ne peut pas plus jouer à « *Gotcha* » que n’importe quel autre tiers qui ne s’est pas fondé à son détriment sur l’erreur.

[85] Signalons que les affaires *AES* et *Riopel* portaient toutes deux sur des erreurs de mise en œuvre : dans *AES*, l’erreur tenait à un mauvais calcul, et dans *Riopel*, à l’ordre erroné dans lequel on avait procédé à une opération complexe. L’application de la rectification dans ces circonstances confirme clairement que cette réparation *ne* permet *pas* uniquement de corriger les modalités qui ont été omises, ajoutées par inadvertance ou formulées incorrectement dans un document écrit, mais qu’elle s’applique tout autant lorsque la véritable intention des parties a été mal réalisée.

[86] Dans l’affaire qui nous occupe, comme l’a souligné le juge saisi de la demande, Fairmont ne s’est pas simplement méprise sur les conséquences qu’occasionnerait le dénouement de la structure de prêts réciproques au moyen d’un rachat d’actions. Le juge Newbould a expressément tiré la conclusion de fait que Fairmont avait toujours eu l’intention de ne *jamais* dénouer cette structure en rachetant les actions privilégiées, parce que cela entraînerait des gains ou des pertes sur change imposables. Les parties, a-t-il conclu, savaient qu’en dénouant la structure de prêts réciproques par un rachat d’actions, elles se retrouveraient avec une importante obligation fiscale, et elles avaient expressément convenu, par des échanges de courriels et en personne,

the exact mechanics of unwinding the reciprocal loan structure in a tax-neutral way would be.

[87] Relying on this evidence, Newbould J. concluded that

there was a continuing intention on the part of Fairmont from the time of the 2002 loan arrangements with Legacy that the loan arrangements would be carried out with a view to being tax and accounting neutral *and a continuing intention from the time of the 2006 transaction in which control of Fairmont passed to the purchaser of its shares that the preference shares of [Fairmont's subsidiaries] would not be redeemed in light of the modified plan that was carried out at that time.*

I also think a fair conclusion from the evidence . . . that when the 2006 transaction was undertaken, Fairmont had an intent that at some point in the future they would have to deal with the unhedged position of [Fairmont's subsidiaries] in a way that would be tax and accounting neutral although they had no specific plan as to how they would do that. [Emphasis added.]

((2014), 123 O.R. (3d) 241, at paras. 32-33)

[88] Newbould J. was accordingly satisfied that Fairmont had an unwavering intention to unwind the reciprocal loan structure in a way that ensured that any foreign exchange gains and losses would be offset against each other:

In this case, the intention of Fairmont from 2002 was to carry out the reciprocal loan arrangements with Legacy on a tax and accounting neutral basis so that any foreign exchange gain would be offset by a corresponding foreign exchange loss. When control of Fairmont changed in 2006, that intention did not change and when the loan unwind occurred in 2007, that intention did not change. . . .

I do not see this as a case in which tax planning has been done on a retroactive basis after a [Canada Revenue Agency] audit. The purpose of the 2007 unwind of the loans was not to redeem the preference shares of [Fairmont's subsidiaries], but to unwind the loans on a

[TRADUCTION] « [qu']aucun rachat des actions privilégiées ne devait avoir lieu à quelque moment que ce soit ». Elles avaient convenu de décider plus tard des mécanismes précis par lesquels elles dénoueraient la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales.

[87] S'appuyant sur ces éléments de preuve, le juge Newbould a conclu :

[TRADUCTION] . . . à la présence d'une intention constante, de la part de Fairmont, dès la conclusion des contrats de prêts avec Legacy en 2002, que l'exécution de ces contrats n'ait aucune incidence fiscale ou comptable, ainsi qu'à une intention constante, à compter de l'opération par laquelle le contrôle de Fairmont est passé à l'acquéreur de ses actions, en 2006, que les actions privilégiées [des filiales de Fairmont] ne seraient pas rachetées eu égard au plan modifié qui était alors en voie de réalisation.

En toute équité, je crois pouvoir aussi conclure de la preuve [. . .] qu'en 2006, au moment de procéder à l'opération, Fairmont entendait régler ultérieurement le problème de la position non couverte de [ses filiales] sans incidences fiscales ou comptables, tout en n'ayant aucune idée précise de la façon dont elle s'y prendrait. [Italiques ajoutés.]

((2014), 123 O.R. (3d) 241, par. 32-33)

[88] Le juge Newbould était donc convaincu que Fairmont avait fait preuve d'une intention inébranlable de dénouer la structure de prêts réciproques de façon à ce qu'il y ait compensation entre les gains et les pertes sur change :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'intention de Fairmont était, depuis 2002, d'exécuter les contrats de prêts réciproques conclus avec Legacy sans incidences fiscales ou comptables, de sorte que tous les gains sur change soient compensés par les pertes sur change correspondantes. Lorsque le contrôle de Fairmont a changé de mains, en 2006, cette intention est restée la même, et lorsque le dénouement des prêts a été réalisé, en 2007, cette intention est restée la même. . . .

Je ne considère pas que nous sommes en présence d'une affaire où l'on se serait livré rétroactivement à une planification fiscale après une vérification de l'[Agence du revenu du Canada]. L'objet du dénouement des prêts réalisé en 2007 n'était pas de racheter les actions privilégiées

tax-free basis. The redemption of the preference shares was mistakenly chosen as the means to do so. [paras. 42-43]

[89] This means that Fairmont was not attempting to change its original intention because of unanticipated tax consequences. It *had* anticipated the tax consequences of unwinding the reciprocal loan structure with a preferred share redemption, and it rejected this course of action.

[90] Fairmont was found by Newbould J. to have always had a clear, continuing intention to unwind the reciprocal loan structure on a tax-neutral basis and never to redeem the preferred shares. But, by mistake, the preferred share redemption terms were included in the directors' resolutions. This is exactly the kind of mistake rectification exists to remedy. Once Newbould J. was satisfied of the true intention of the parties, he was entitled to give effect to it by allowing the replacement loan arrangement terms to be inserted into the directors' resolutions.

[91] To require an exhaustive account of how the transaction was supposed to have proceeded would amount to imposing a uniquely high threshold for rectification in the tax context. As Newbould J. explained, denying the application to rectify the agreement in these circumstances would "give [the Canada Revenue Agency] an unintended gain because of the mistake": para. 44. There is no basis for permitting a windfall to the Canada Revenue Agency that no other third party would have been entitled to.

[92] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Toronto.

des [filiales de Fairmont], mais de dénouer les prêts sans incidences fiscales. C'est par erreur que l'on a choisi de le faire par le rachat des actions privilégiées. [par. 42-43]

[89] Cela signifie que Fairmont ne tentait pas de s'écarter de son intention initiale à cause de conséquences fiscales imprévues. Elle *avait* prévu les conséquences fiscales d'un dénouement de la structure de prêts réciproques par le rachat des actions privilégiées, et elle avait rejeté cette démarche.

[90] Selon le juge Newbould, Fairmont a plutôt toujours eu l'intention claire de dénouer la structure de prêts réciproques sans incidences fiscales et n'a jamais eu l'intention de racheter les actions privilégiées. Or, par erreur, les modalités de rachat des actions privilégiées ont été incluses dans les résolutions adoptées par les administrateurs. C'est exactement le genre d'erreur que la rectification vise à corriger. Une fois que le juge Newbould a été convaincu de la véritable intention des parties, il avait le droit de lui donner effet en permettant que les modalités de remplacement du contrat de prêt soient insérées dans les résolutions des administrateurs.

[91] Exiger une description détaillée de la manière dont l'opération était censée se dérouler reviendrait à imposer un seuil exceptionnellement élevé de rectification dans le domaine fiscal. Comme le juge Newbould l'a expliqué, le fait de rejeter la demande de rectification de l'entente dans les circonstances [TRADUCTION] « permettrait à [l'Agence du revenu du Canada] de tirer un gain fortuit de l'erreur » : par. 44. Il n'y a aucune raison de permettre à l'Agence du revenu du Canada de tirer un gain fortuit auquel aucun autre tiers n'aurait eu droit.

[92] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

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

Procureur de l'appellant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimées : McCarthy Tétrault, Toronto.