

**Owners, Strata Plan LMS 3905** *Appellant*

v.

**Crystal Square Parking Corporation**  
*Respondent*

and

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

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

**2020 SCC 29**

File No.: 38741.

2020: June 9; 2020: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

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

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

**Owners, Strata Plan LMS 3905** *Appelante*

c.

**Crystal Square Parking Corporation** *Intimée*

et

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

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

**2020 CSC 29**

N° du greffe : 38741.

2020 : 9 juin; 2020 : 23 octobre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Cases Cited

By Côté J.

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

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

## Jurisprudence

Citée par la juge Côté

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

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

By Rowe J. (dissenting in part)

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

#### Statutes and Regulations Cited

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

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

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

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

#### Lois et règlements cités

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

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

#### Authors Cited

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

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

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

#### Doctrine et autres documents cités

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

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

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

*Stephen Hamilton*, for the appellant.

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

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

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

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

CÔTÉ J. —

## I. Introduction

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

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

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

*Stephen Hamilton*, pour l'appelante.

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

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

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

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

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Facts

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

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

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

## II. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Procedural History

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

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

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

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

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

### III. Historique procédural

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

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

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

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

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

#### IV. Issues

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

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

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

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

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

#### IV. Questions en litige

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

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

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

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

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

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

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

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

## V. Discussion

## V. Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. Conclusion

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

The following are the reasons delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

### I. Introduction

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

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

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

## VI. Conclusion

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

### I. Introduction

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

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

## II. Facts

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

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

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

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

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

## II. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. The Legal Issues

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

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

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

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

### III. Les questions juridiques

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

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

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

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

#### IV. Application

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

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

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

#### IV. Application

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### A. *The Legal Framework*

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

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

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

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

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

#### A. *Le cadre juridique*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### V. Conclusion

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

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

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

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

*Solicitors for the respondent: McEwan Cooper Dennis, Vancouver.*

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

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

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

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

#### V. Conclusion

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

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

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

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

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

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

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