

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERICAL LIST)**

STRONACH CONSULTING CORP

Applicant

BIONX CANADA INC

Respondent

**BOOK OF AUTHORITIES
(Returnable March 14, 2018)**

March 13, 2018

STIKEMAN ELLIOTT LLP
Barristers & Solicitors
5300 Commerce Court West
199 Bay Street
Toronto, Canada M5L 1B9

Haddon Murray LSUC# 61640P
Tel: (416) 869-5239
Fax: +1 416 947 0866

Lawyers for the Applicants

INDEX

Court File No. CV-18-592741-00CL

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERICAL LIST)**

STRONACH CONSULTING CORP

Applicant

BIONX CANADA INC

Respondent

**BOOK OF AUTHORITIES
(Returnable March 14, 2018)**

INDEX

TAB	CONTENTS
1.	Draft GM Order
2.	<i>Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.</i> , [2016] 2 SCR 23, 2016 SCC 37
3.	<i>Creston Moly Corp. v. Sattva Capital Corp</i> , 2014 SCC 53
4.	<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 6 th ed, v. 2, (2007) Oxford University Press
5.	<i>Canadian Law Dictionayr</i> , 4 th ed, (2011) Thomson Reuters Canada Limited
6.	<i>Black's Law Dictionary</i> , 10 th ed, (2014) Thomson Reuters

TAB 1

located at the premises (the "**BionX Premises**") of BionX, municipally known as 455 Magna Dr., Aurora, Ontario and the premises (the "**Magna Premises**") of Magna Closures, municipally known as 521 Newpark Blvd., Newmarket, Ontario, L3Y 4X7 (the BionX Premises and Magna Premises are collectively referred to herein as the "**Premises**");

4. **THIS COURT ORDERS** that GM is not required to post security for the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment.
5. **THIS COURT ORDERS** that all right, title and interest in and to the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment vests absolutely in the GM, free and clear of and from any and all security interests (whether contractual, statutory, or otherwise), hypothecs, mortgages, trusts or deemed trusts (whether contractual, statutory, or otherwise), liens, executions, levies, charges, or other financial or monetary claims, whether or not they have attached or been perfected, registered or filed and whether secured, unsecured or otherwise (collectively, the "**Claims**") including, without limiting the generality of the foregoing: (i) any encumbrances or charges created by the Order of the Honourable Justice McEwen dated February 27, 2018; and (ii) all charges, security interests or claims evidenced by registrations pursuant to the Personal Property Security Act (Ontario) or any other personal property registry system (all of which are collectively referred to as the "**Encumbrances**") and, for greater certainty, this Court orders that all of the Encumbrances affecting or relating to the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment are hereby expunged and discharged as against the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment;
6. **THIS COURT ORDERS** that BionX, the Receiver and any person(s) appearing to be in control of the Premises shall immediately release and deliver up the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment to GM;
7. **THIS COURT ORDERS** that BionX, the Receiver, and any person(s) appearing to be in control of the Premises shall allow GM and/or its authorized representatives immediate access to the Premises to inspect, account for, load, remove and transport Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment from the Premises without restriction;
8. **THIS COURT ORDERS** that BionX, the Receiver, and any person(s) appearing to be in control of the Premises shall allow GM and/or its authorized representatives immediate access, following the granting of this Order, to the Premises at any time, and on any day, with or without the assistance of the Receiver, the police, and any police service or peace officer may be notified and requested to attend at the Premises to keep the peace at the

execution of this Order but the presence of the police shall not be for the purpose of compelling or requiring entry to the Premises and any police service or peace officer in attendance shall retain his or her discretion to decide whether to arrest or remove any person pursuant to this Order;

9. **THIS COURT ORDERS** that BionX, the Receiver, and any person(s) appearing to be in control of the Premises shall take all necessary and reasonable steps to preserve and protect the Tooling and Equipment until such time as GM or its representatives have safely and in orderly fashion inspected, accounted for, loaded and removed the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment from the Premises;
 10. **THIS COURT ORDERS** that BionX, the Receiver, and any person(s) appearing to be in control of the Premises shall provide all reasonable and necessary assistance to GM in its efforts to take possession of the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment;
 11. **THIS COURT ORDERS** that this Order shall be without prejudice to GM's rights to make a claim against BionX in, but not limited to, the Receivership in respect of the damages caused to GM by BionX, including for, among other things, the legal fees incurred by GM to recover the Invoice 1 to 18 Tooling and Equipment.
-

BETA ED&D PURCHASES CONTRACT - SPOT BUY PO #4300237222

Inventory

Dedicated GM Equipment & Tools / BETA tools (Line Item 5000410)

GM Owned Tooling
(pick up)

All values
identified in
\$CAD

02-Mar-18					EQUIPMENT COMPLETED AND PAID FOR:	
BionX Invoice					Physical count	
Ready to Ship						
A	✓	9	5	✓	Battery Testers	
B	✓	✓	✓	✓	Motor Dyno, Drive Unit Performance (In-House) (Equipment Tag: Project #J5699-1)	
C	✓	✓	✓	✓	Motor Dyno, Motor Performance (In-House) (Equipment Tag: Project #J5699-2)	
Attached to equipment above	✓	✓	✓	✓	Transformer on equipment (Dyno)	
	✓	✓	✓	✓	Transformer on durability test rig (Durability Test Rig& Motor Durability Rig)	
	✓	✓	✓	✓	Transformer for Optimus Dyno on Motor Dyne at Magna	
	✓	✓	✓	✓	Encoder on equipment motor dyne	
	✓	✓	✓	✓	Encoder on equipment motor dyne	
	✓	✓	✓	✓	Power Supply Motor Test Dyno	
Qty					Invoice Number	Location (as of 02MAR18)
12					SI022804 (P10) 4	BionX
					SI026642 (P7)	
					SI022805 (P11)	BionX
					SI023415 (P13)	
1					SI026642 (P7)	
					SI022306 (P8)	BionX
					SI025192 (P15)	
1					SI023414 (P12)	Magna
					SI022805 (P11)	Magna
2					SI025192 (P15)	BionX
1					SI022804 (P10)	Magna
3					SI025192 (P15)	BionX
2					SI022805 (P11)	BionX
1					SI022805 (P11)	BionX
Invoice Date					Payment Date	Balance Remaining on Supplier Invoice
03-Mar-17					18-Apr-17	-
28-Oct-16					06-Dec-16	-
06-Mar-17					18-Apr-17	-
10-May-17					06-Jun-17	-
28-Oct-16					06-Dec-16	-
20-Dec-16					31-Jan-17	-
31-Aug-17					19-Sep-17	-
10-May-17					06-Jun-17	-
06-Mar-17					18-Apr-17	-
31-Aug-17					19-Sep-17	-
31-Aug-17					18-Apr-17	0
06-Mar-17					18-Apr-17	0

Inventory				Material Cost Pass Through (Line Item 5000210)										
02-Mar-18														
BionX Invoice														
Physical count														
Ready to Ship														
1	✓	✓	✓	✓	Drive Unit tear downs (located in BionX Benchmark Area); INCLUDES BIKE FRAMES									
1A	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike A - BROSE									
1B	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike B - Kalkhoff - KALKHOFF									
1C	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike C - Cube Reaction Hybrid 16 - BOSCH									
1D	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike D - EVO Steps MD1 - SHAMANO									
1E	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike E - WL-Rider Intercycle - YAMAHA									
1F	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike F - Univega - (N/A, In tact)									
1G	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike G - Victoria e-Urban - TRANS X PST									
1H	✓	✓	✓	✓	Benchmarking Bike H - Haibike Trekking - BOSCH									
1I	✓	✓	✓	✓	Computertrainer for Benchmarking									
4	✓	✓	✓	✓	Gear Test Rig									
5	✓	✓	✓	✓	Yokogawa Precision Power Analyzer									
					Qty	Invoice	Location	Invoice Date	Payment Date	Balance Remaining on Supplier Invoice				
						SI019473 (P1) - SI021722 (P7)	BionX	Spending from April 2016 ~ Dec 2016						
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI020279 (P3)								
					1	SI020818 (P4)								
					1	SI020818 (P4)								
					1	SI020818 (P4)								
					1	SI020818 (P4)								
					1	SI019473 (P1)								
					1	SI023415 (P13)	BionX	10-May-17	06-Jun-17	-				
					1	SI022307 (P9)	BionX	20-Dec-16	31-Jan-17	-				

6	✓	✓	✓	Power Supplies [T-Metrics Lambda 50-30-LAN (on durability rigs) \$23,096 (2,887)	8	SI022804 (P10)	BionX	03-Mar-17	18-Apr-17	-
8	✓	✓	✓	Dyno - environmental test assembly station (17,390) (holds drive unit)	1	SI025517 (P16)	Magna	14-Sep-17	12-Dec-17	-
9	✓	✓	✓	SLS models	1	SI022805 (P11)	BionX	06-Mar-17	18-Apr-17	-
10	✓	✓	✓	Bosch bikes - (5) Cube Touring Hybride 400 Blue & Blue	5	SI025517 (P16)	BionX	14-Sep-17	12-Dec-17	-
11	✓	✓	✓	10 samples of each cover including cost of coil	1	SI022805 (P11)	BionX	06-Mar-17	18-Apr-17	-
12	✓	✓	✓	SLA model battery components Optimus show bike (4) end caps / (6) cell holders	10	SI022307 (P9)	BionX	20-Dec-16	31-Jan-17	-
20	✓	✓	✓	floating gear ring test	1	SI022804 (P10)	BionX	03-Mar-17	18-Apr-17	-
22	✓	✓	3	OPTC000210 (7) Can USB adaptor	7	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
23	✓	✓	✓	miniature triaxial accelerometer @ EOL	1	SI023414 (P12)	BionX	10-May-17	06-Jun-17	-
32	✓	✓	✓	(3) Can USB adaptors	3	SI022805 (P11)	BionX	06-Mar-17	18-Apr-17	-
33	✓	✓	✓	BMX Singl Cassette Cogs Steel 15 Tooth, Sugino Track Chain Ring Black on dyno 4 & 5	14	SI025191 (P14)	BionX	31-Aug-17	19-Sep-17	-
34	✓	✓	✓	OPTC0000289 - adapter stand - dyno showbike motor	1	SI023415 (P13)	BionX	10-May-17	06-Jun-17	-
37	✓	✓	✓	CAN USB adapter includes drivers & 2 cables	2	SI023414 (P12)	BionX	10-May-17	06-Jun-17	-
38	✓	✓	✓	Misc items - Control cards with piccolo, debug probes	1	SI022804 (P10)	BionX	03-Mar-17	18-Apr-17	-
41	✓	✓	✓	OPTA000003 Ultra-Linear Measurement Condenser Microphone Electronics	3	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
42	✓	✓	✓	Misc items - Control cards with piccolo, debug probes	1	SI022805 (P11)	BionX	06-Mar-17	18-Apr-17	-
43	✓	✓	✓	OPTA000003 Phantom power supply - NVH Test Equip	3	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
44	✓	✓	✓	BAC TTL Communication Harness - NVH Test Equip	2	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
46	✓	✓	✓	OPTA000003 Acoustical wedge foam panels (glued into cabinet; permanently affixed)	12	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
47	✓	✓	✓	Premium phantom cables xlr female to bnc male unbalanced cable	3	SI026114 (P18)	BionX	31-Oct-17	12-Dec-17	-
48	✓	✓	✓	Ricardo units ** CONSIGNMENT **	4	N/A	BionX	CONSIGNMENT		-
50	✓	✓	✓	GM Bike Frame ** CONSIGNMENT **	1	N/A	BionX	CONSIGNMENT		-
53	✓	✓	✓	Beta Drive Units - Completed Development Validation	26	SI025192 (P15)	BionX	31-Aug-17	19-Sep-17	-

Total

-

GM Owned Manufacturing Tools PO# #4300237222 SODW Defined: Section 11

[illegible]

TAB 2

Ledcor Construction Limited *Appellant*

v.

**Northbridge Indemnity Insurance Company,
Royal & Sun Alliance Insurance Company
of Canada and Chartis Insurance Company
of Canada** *Respondents*

- and -

Station Lands Ltd. *Appellant*

v.

**Commonwealth Insurance Company,
GCAN Insurance Company and
American Home Assurance Company**
Respondents

**INDEXED AS: LEDCOR CONSTRUCTION LTD. v.
NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE CO.**

2016 SCC 37

File No.: 36452.

2016: March 30; 2016: September 15.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

*Insurance — Property insurance — All risks policy
— Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk
policy excluding from coverage cost of making good faulty
workmanship — Windows of building under construction
scratched by contractor hired to clean them and windows
needing replacement — Whether faulty workmanship ex-
clusion to coverage applicable.*

*Appeals — Courts — Standard of review — Contrac-
tual interpretation — Standard of appellate review ap-
plicable to trial judge's interpretation of standard form
insurance contract.*

Ledcor Construction Limited *Appelante*

c.

**Société d'assurance d'indemnisation
Northbridge, Royal & Sun Alliance
du Canada, société d'assurances et
Compagnie d'assurance Chartis
du Canada** *Intimées*

- et -

Station Lands Ltd. *Appelante*

c.

**Commonwealth Insurance Company,
GCAN Insurance Company et
American Home Assurance Company**
Intimées

**RÉPERTORIÉ : LEDCOR CONSTRUCTION LTD. c.
SOCIÉTÉ D'ASSURANCE D'INDEMNISATION
NORTHBRIDGE**

2016 CSC 37

N° du greffe : 36452.

2016 : 30 mars; 2016 : 15 septembre.

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

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

*Assurances — Assurances de biens — Police d'assu-
rance tous risques — Clauses d'exclusion — Interpré-
tation — Police d'assurance chantier soustrayant à la
garantie les frais engagés pour remédier à une malfa-
çon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble
en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait
été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la
malfaçon s'applique-t-elle?*

*Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — In-
terprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il
convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un
contrat d'assurance type retenue par le juge de première
instance.*

During construction, a building's windows were scratched by the cleaners hired to clean them. The cleaners used improper tools and methods in carrying out their work, and as a result, the windows had to be replaced. The building's owner and the general contractor in charge of the construction project claimed the cost of replacing the windows against a builders' risk insurance policy issued in their favour and covering all contractors involved in the construction. The insurers denied coverage on the basis of an exclusion contained in the policy for the "cost of making good faulty workmanship".

The trial judge held the insurers liable, finding that the exclusion clause was ambiguous and that the rule of *contra proferentem* applied against the insurers. The Court of Appeal reversed that decision. Applying the correctness standard of review to the interpretation of the policy, the court held that the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the exclusion clause was not ambiguous. The court devised a new test of physical or systemic connectedness to determine whether physical damage was excluded as the "cost of making good faulty workmanship" or covered as "resulting damage". Based on this test, the court concluded that the damage to the windows was physical loss excluded from coverage, because it was not accidental or fortuitous, but was directly caused by the intentional scraping and wiping motions involved in the cleaners' work.

Held: The appeals should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The appropriate standard of review in this case is correctness. The interpretation of a standard form contract should be recognized as an exception to the Court's holding in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. The first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts. Indeed, while a proper understanding of the factual matrix of a case is crucial to the interpretation of many contracts, it is less relevant for standard form contracts because the parties do not negotiate the terms. The contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition. Factors

Durant la construction, les fenêtres d'un immeuble ont été égratignées par les nettoyeurs engagés pour les laver. Les nettoyeurs ont utilisé les mauvais outils et méthodes pour exécuter leur travail et les fenêtres ont dû, en conséquence, être remplacées. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet de construction ont présenté une réclamation pour le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux. Les assureurs leur ont opposé un refus en raison d'une exclusion de la police visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ».

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité des assureurs, estimant que la clause d'exclusion était ambiguë et que la règle *contra proferentem* s'appliquait contre les assureurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Appliquant la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d'exclusion n'était pas ambiguë. La Cour d'appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique pour décider si les dommages matériels étaient exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ou couverts en tant que « dommages [...] découlant » de la malfaçon. À l'aune de ce critère, la Cour d'appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue de la garantie parce qu'ils n'étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements intentionnels de grattage et de frottement effectués par les nettoyeurs dans l'exécution de leur travail.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown : La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. L'interprétation d'un contrat type doit être reconnue comme une exception à la conclusion tirée par la Cour dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, que l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Le premier motif donné dans *Sattva* à l'appui de la conclusion que l'interprétation d'un contrat est une question mixte de fait et de droit — l'importance du fondement factuel — a moins de force dans le cas des contrats types. En effet, bien qu'une compréhension adéquate du fondement factuel d'un dossier soit cruciale pour l'interprétation de nombreux contrats, le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types parce que

such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract, but they are generally not inherently fact specific and will usually be the same for everyone who may be a party to a standard form contract.

Moreover, the interpretation of a standard form contract itself has precedential value and can therefore fit under the definition of a pure question of law. In general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. While precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value, it is often the intentions of the parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate. In the case of standard form contracts, however, judicial precedent is more likely to be controlling. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the correct legal test, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly-worded provisions. The mandate of appellate courts — ensuring consistency in the law — is also advanced by permitting them to review the interpretation of standard form contracts for correctness. The result of applying the interpretation in future cases will of course depend on the facts of those cases.

In this case, while the base coverage under the relevant clause of the policy is for physical loss or damages, the exclusion clause need not necessarily encompass physical damage because perfect mutual exclusivity between exclusions and the initial grant of coverage is neither provided for under the policy nor required when interpreting the exclusion clause. Accordingly, the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal was unnecessary.

While the language of the exclusion clause is ambiguous, the general principles of contractual interpretation lead to the conclusion that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work, that is, the cost of recleaning the windows. The damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. Given that the general rules of contract construction resolve the ambiguity, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule.

les parties ne négocient pas les modalités. Le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser. Il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé pour interpréter un contrat type, mais ces considérations ne sont généralement pas, de par leur nature même, axées sur les faits et elles sont habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type.

De plus, l'interprétation en soi d'un contrat type a valeur de précédent et peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit ». L'interprétation d'un contrat n'a généralement d'incidence que sur les parties au litige. Les précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable peuvent avoir une certaine valeur persuasive, mais ce sont souvent les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l'aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance. Toutefois, dans le cas des contrats types, le précédent judiciaire est probablement déterminant. Établir la juste interprétation d'un contrat type revient à établir le bon critère juridique, puisque cette interprétation peut être appliquée dans l'avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable. Le rôle des cours d'appel — assurer la cohérence du droit — est également servi lorsqu'on leur permet de contrôler l'interprétation d'un contrat type selon la norme de la décision correcte. Le résultat de l'application de l'interprétation dans des affaires à venir dépendra bien entendu des faits de celles-ci.

En l'espèce, même si la garantie de base prévue à la clause applicable de la police vise les pertes ou dommages matériels, la clause d'exclusion n'a pas nécessairement besoin d'englober des dommages matériels parce que l'exclusivité mutuelle parfaite entre des exclusions et la protection initiale n'est pas prévue dans la police et n'est pas non plus requise lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause d'exclusion. En conséquence, le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d'appel était inutile.

Bien que le texte de la clause d'exclusion soit ambigu, les principes généraux d'interprétation des contrats mènent à la conclusion que la clause d'exclusion ne vise qu'à exclure le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres. Les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Puisque les règles générales d'interprétation des contrats permettent de résoudre l'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem*.

This interpretation is consistent with the reasonable expectations of the parties and reflects and promotes the purpose of builders' risk policies. The broad coverage provided in exchange for relatively high premiums provides certainty, stability and peace of mind, and ensures construction projects do not grind to a halt because of disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst various contractors involved. An interpretation of the exclusion clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor's faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would undermine the purpose behind builders' risk policies and would deprive insureds of the coverage for which they contracted. Moreover, interpreting the exclusion clause to preclude from coverage only the cost of re-doing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects. Such an interpretation is also consistent with the jurisprudence.

Per Cromwell J.: There is agreement as to the disposition of the appeals. The trial judge made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

However, the applicable standard of review is that of palpable and overriding error. As the Court held in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed fact and law. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact are reviewed for palpable and overriding error. Applying a legal standard to the facts is a question of mixed fact and law and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error. In rare cases, where the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal test or the failure to consider a required element of the applicable standard, the reviewing court can extricate a purely legal question from the trial court's analysis and apply the correctness standard to it.

Cette interprétation est conforme aux attentes raisonnables des parties, en plus de traduire et servir l'objet des polices d'assurance chantier. La large garantie offerte en échange de primes relativement élevées confère certitude, stabilité et tranquillité d'esprit et évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. Une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l'entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l'entrepreneur travaillait minerait l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier et priverait les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit. En outre, interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction. Cette interprétation est aussi conforme à la jurisprudence.

Le juge Cromwell : Il y a accord quant au dispositif. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

La norme de contrôle applicable est toutefois celle de l'erreur manifeste et dominante. Tel que la Cour l'a décidé dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s'attachent à la qualification de la nature de la question faisant l'objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Dans les rares cas où le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification du critère juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable, la cour siégeant en révision peut dégager une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance et appliquer à cette question la norme de la décision correcte.

The Court's recent decision in *Sattva* brought appellate review in contract cases within this general framework. Applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. Accordingly, a trial judge's interpretation of the contract generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error. Contractual interpretation is generally not a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship between the parties, and the market in which the parties are operating.

There is no reason for the interpretation of certain types of contracts such as standard form contracts to be excluded from the general principles that apply to appellate review in civil cases. Whether or not a contract is a standard form does not indicate anything about the degree to which it is concerned with a general legal proposition so as to attract correctness review. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue simply sends the analysis back to the question of the degree of generality. The more general the principle, the more the precedential value. Moreover, the absence of a factual matrix is not of much assistance, because like all contracts, standard form contracts have many surrounding circumstances — they have a purpose, they create a relationship of a particular nature between the parties, and they frequently operate within a particular market or industry — which must be taken into account in interpreting the text of the contract.

The question the present case raises involves applying a legal standard to a set of facts and does not give rise to any extricable question of law. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. This principle does not operate at a very high level of generality. Applying that principle turns on the scope of the faulty work and the nature of redoing it, and its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

La Cour a inscrit dans son récent arrêt *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général. L'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, l'interprétation donnée par un juge de première instance au contrat soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'interprétation contractuelle n'est généralement pas une pure question de droit parce qu'elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l'objet de l'entente, la nature de la relation entre les parties et le marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

Il n'y a aucune raison de penser que les principes généraux applicables au contrôle en appel dans les affaires civiles ne devraient pas régir l'interprétation de certaines catégories de contrats tels que les contrats types. Le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne permet de tirer aucune conclusion sur la mesure dans laquelle il concerne une proposition juridique générale et appelle par le fait même un contrôle selon la norme de la décision correcte. Poser la question sous l'angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause fait uniquement porter l'analyse sur la question du degré de généralité. Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. De plus, l'absence de fondement factuel n'est pas d'un grand secours car, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière entre les parties et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Il faut tenir compte de ce contexte pour interpréter le texte du contrat.

La question soulevée en l'espèce suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et elle ne pose aucune question de droit isolable. Selon le principe juridique, l'expression « remédier à une malfaçon » s'entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Ce principe n'atteint pas un très haut niveau de généralité. L'application de ce principe repose sur l'étendue de la malfaçon et la nature de sa nouvelle exécution et les tribunaux décideront de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

Cases Cited

By Wagner J.

Distinguished: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro*

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Distinction d'avec l'arrêt : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981),

v. Royal Insurance, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

By Cromwell J.

Applied: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

Authors Cited

Audet, Maurice. "All Risks — a promise made or a promise broken?" (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

Doctrine et autres documents cités

Audet, Maurice. « All Risks — a promise made or a promise broken? » (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

- Audet, Maurice G. “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Canadian College of Construction Lawyers. Insurance & Surety Committee. ““Covered for What?": Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 J.C.C.C.L. 101.
- Dolden, Eric A. “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 C.I.L.R. 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. “L’assurance et l’industrie de la construction”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*. Toronto: Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. “Recent Developments in Construction Insurance Law”, in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law: Recent Developments*. Toronto: Carswell, 2012, 169.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter J.J.A.), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), setting aside a decision of Clackson J., 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Appeals allowed.

- Audet, Maurice G. « Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Collège canadien des avocats en droit de la construction. Insurance & Surety Committee. « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 J.C.C.C.L. 101.
- Dolden, Eric A. « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 C.I.L.R. 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. « L’assurance et l’industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*, Toronto, Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. « Recent Developments in Construction Insurance Law », in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law : Recent Developments*, Toronto, Carswell, 2012, 169.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Clackson, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Eugene Meehan, Q.C., and Stacey Boothman, for the appellant Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, Q.C., and Marie-France Major, for the appellant Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, Q.C., and Scott H. Stephens, for the respondents.

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

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The outcome of these appeals hinges on the interpretation of an exclusion clause in a common form of all-risk property insurance, variably referred to as “builders’ risk”, “contractors’ risk”, “all risks”, “multi-risk” or “course of construction” insurance.¹ This type of insurance covers physical damage on a construction site. It is usually issued to the owner of the property under construction and the general contractor, providing coverage for them as well as for all contractors and subcontractors working on the project. The exclusion clause at the heart of these appeals is a standard form clause that denies coverage for the “cost of making good faulty workmanship” but, as an exception to that exclusion, nonetheless covers “physical damage” that “results” from the faulty workmanship.

[2] In the present case, a contractor was hired to clean the windows of a building under construction. In the course of the cleaning, the contractor scratched the building’s windows, which ultimately

¹ Although builders’ risk policies can provide coverage on either an all-risk or named-peril basis, only the former type of policy is at issue in these appeals. It is also the more common type of policy. Therefore, when I refer to builders’ risk policies in these reasons, I specifically mean builders’ risk policies that provide coverage on an all-risk basis.

Eugene Meehan, c.r., et Stacey Boothman, pour l’appelante Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, c.r., et Marie-France Major, pour l’appelante Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, c.r., et Scott H. Stephens, pour les intimées.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] L’issue de ces pourvois repose sur l’interprétation d’une clause d’exclusion dans une forme courante d’assurance tous risques de biens, l’« assurance chantier », aussi appelée notamment « assurance des risques des entrepreneurs », « assurance tous risques », « assurance multirisque » ou encore « assurance des ouvrages en construction »¹. Ce type d’assurance, qui couvre les dommages matériels sur un chantier, est habituellement offert au propriétaire de l’ouvrage en construction et à l’entrepreneur général. Cette assurance leur confère une protection, ainsi qu’à tous les entrepreneurs et sous-traitants qui travaillent sur le projet. La clause d’exclusion au cœur des pourvois est une clause type qui soustrait à la garantie les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages matériels » « en découlant ».

[2] Dans le cas qui nous occupe, un entrepreneur a été engagé pour nettoyer les fenêtres d’un immeuble en construction. Lors du nettoyage, il a égratigné les fenêtres de l’immeuble, qui ont dû être remplacées

¹ Même si les polices d’assurance chantier peuvent offrir une protection soit sur une base tous risques, soit contre un risque désigné, seul le premier type de police est en cause dans les présents pourvois. Il s’agit également du type de police le plus répandu. Ainsi, quand je parle des polices d’assurance chantier dans les présents motifs, j’entends par là les polices d’assurance chantier qui offrent une protection sur une base tous risques.

needed to be replaced. The windows' replacement cost was claimed by the building's owner and the general contractor in charge of the project under a builders' risk policy issued in favour of the owner and all contractors involved in the construction, but the insurers denied coverage on the basis of the "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The issue before the courts was thus to determine, where windows of a construction project are damaged from post-installation cleaning by a contractor responsible for only their cleaning, if the cost of the windows' replacement was excluded from coverage under the faulty workmanship exclusion.

[3] After determining that the work performed by the contractor amounted to faulty workmanship, the trial judge applied the *contra proferentem* rule against the insurers and concluded that the faulty workmanship exclusion did not exclude from coverage the damage that the contractor had caused to the building's windows. Applying a correctness standard of review to the interpretation of the insurance policy, the Court of Appeal of Alberta overturned the trial judge's decision and declared that the damage to the building's windows was excluded from coverage, as the damage was physically or systematically connected to the very work the contractor had performed.

[4] In my opinion, the appropriate standard of review in this case is correctness. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[5] Regarding the appropriate interpretation of the faulty workmanship exclusion in all builders' risk policies, I am of the view that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the

par la suite. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet ont réclamé à leurs assureurs le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux, mais les assureurs leur ont opposé un refus en raison de l'exclusion visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les cours saisies de l'affaire étaient donc appelées à décider si, dans le cas où les fenêtres d'un projet de construction sont endommagées après leur installation par l'entrepreneur chargé seulement de leur nettoyage, le coût de remplacement des fenêtres est exclu de la garantie d'assurance au titre de l'exclusion relative à la malfaçon.

[3] Après avoir conclu que le travail effectué par l'entrepreneur constituait une malfaçon, le juge de première instance a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs et a conclu que l'exclusion relative à la malfaçon ne visait pas les dommages que l'entrepreneur avait causés aux fenêtres de l'immeuble. Après avoir appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police d'assurance, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance et a déclaré que les dommages causés aux fenêtres de l'immeuble n'étaient pas couverts, car ils étaient connexes, sur le plan matériel ou systémique, au travail même de l'entrepreneur.

[4] Selon moi, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[5] En ce qui concerne la juste interprétation de la clause d'exclusion relative à la malfaçon dans les polices d'assurance chantier, j'estime que cette clause ne vise à exclure que le coût de la nouvelle

cost of redoing the faulty work. This interpretation is dictated by the general rules of contractual interpretation. It best represents the parties' reasonable expectations, as informed by the purpose of builders' risk policies, aligns with commercial reality, and is consistent with the jurisprudence on the matter. In this case, the cost of redoing the faulty work is that of recleaning the windows. Therefore, I would allow the appeals and hold that the windows' replacement cost is covered under the insurance policy.

II. Facts

[6] Station Lands Ltd. ("Station Lands") is the owner of the recently built EPCOR Tower ("Tower"), an office building in Edmonton. Ledcor Construction Limited ("Ledcor") was the general contractor for the Tower's construction.

[7] During construction, the Tower's installed windows were dirtied with paint specks, dirt and concrete splatter. To clean these windows prior to the completion of construction, Station Lands hired Bristol Cleaning ("Bristol"). The service contract between Station Lands and Bristol stipulated that Station Lands would provide all-risk property insurance for the project, which Station Lands did in the form of a builders' risk policy (the "Policy"). The scope of Bristol's work under the service contract was to "[p]rovide all necessary equipment, manpower, [and] materials required to complete a construction clean" of the Tower's exterior windows.

[8] Unfortunately, Bristol used improper tools and methods in carrying out its cleaning work, scratching the Tower's windows, which consequently had to be replaced. Station Lands estimated the replacement cost of the windows to be \$2.5 million. Both Station Lands and Ledcor claimed this replacement cost against the Policy through their insurers at the time, the respondents Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company, and American Home Assurance Company (together,

exécution du travail défectueux. Ce sont les règles générales d'interprétation des contrats qui dictent cette interprétation, laquelle reflète le mieux les attentes raisonnables des parties fondées sur l'objectif des polices d'assurance chantier, correspond à la réalité commerciale et est conforme à la jurisprudence sur ce point. En l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail déficient est celui d'un nouveau nettoyage des fenêtres. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de décider que le coût de remplacement des fenêtres est couvert par la police d'assurance.

II. Faits

[6] Station Lands Ltd. (« Station Lands ») est la propriétaire de l'EPCOR Tower (« Tour »), construite récemment, un immeuble à bureaux d'Edmonton. Ledcor Construction Limited (« Ledcor ») était l'entrepreneur général chargé de construire la Tour.

[7] Durant la construction, les fenêtres de la Tour ont été salies par des petites taches de peinture et des éclaboussures de terre et de béton. Pour nettoyer les fenêtres avant la fin des travaux, Station Lands a embauché Bristol Cleaning (« Bristol »). Il était stipulé dans le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol que Station Lands fournirait une assurance de biens tous risques pour le projet, ce qu'elle a fait au moyen d'une police d'assurance chantier (la « police »). Aux termes du contrat de service, Bristol devait [TRADUCTION] « [f]ournir tout l'équipement, la main d'œuvre [et] les produits nécessaires pour effectuer, lors de la construction, un nettoyage » du côté extérieur des fenêtres de la Tour.

[8] Malheureusement, Bristol a utilisé les mauvais outils et méthodes pour effectuer le travail de nettoyage et a égratigné les fenêtres de la Tour, lesquelles ont dû, en conséquence, être remplacées. Station Lands a estimé le coût de leur remplacement à 2,5 millions de dollars. Station Lands et Ledcor ont toutes deux présenté, sur la base de la police, une réclamation pour le coût de remplacement à leurs assureurs de l'époque, les intimées la Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance

the “Insurers”).² The Insurers denied the claim on the basis of clause 4(A)(b) of the Policy (the “Exclusion Clause”), which is an exclusion for faulty workmanship.

[9] The relevant coverage provisions of the Policy provide that all risks of direct physical loss or damage to the property undergoing construction are insured, subject to certain outlined exclusions:

1. Property Insured

- (a) Property undergoing site preparation, demolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, erection, repair or testing (hereinafter called the “Construction Operations”) while at the risk of the insured and while at the location of the insured project(s), provided the value thereof is included in the declared estimated value of construction operations;

. . . .

2. Perils Insured and Territorial Limits

This policy section insures against “All Risks” of direct physical loss or damage except as hereinafter provided.

[10] The Exclusion Clause excludes from coverage the “cost of making good faulty workmanship”, but provides an exception for “resulting damage”:

4(A) Exclusions

This policy section does not insure:

- (a) Any loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including

² Between the date of the Policy and the date of judgment at trial, these respondents became the remaining respondents Northbridge Indemnity Insurance Company, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, and Chartis Insurance Company of Canada, respectively.

Company et American Home Assurance Company (collectivement appelées les « assureurs »)². Les assureurs ont rejeté cette réclamation en invoquant la clause 4(A)(b) de la police (la « clause d’exclusion »), qui prévoit une exclusion en cas de malfaçon.

[9] Les dispositions pertinentes de la police quant à la garantie prévoient que tous les risques de perte ou de dommages matériels directs touchant l’ouvrage en construction sont assurés, sous réserve de certaines exclusions énumérées :

[TRADUCTION]

1. Biens assurés

- a) Les biens faisant l’objet d’une préparation de chantier, démolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, érection, réparation ou d’un essai (ci-après appelés les « travaux de construction ») pendant que l’assuré en a la charge et qu’ils se trouvent sur les lieux du ou des projets assurés, pourvu que leur valeur ne dépasse pas les estimations déclarées des travaux de construction;

. . . .

2. Risques couverts et limites territoriales

Sous réserve des exceptions stipulées ci-après, la présente police couvre « tous les risques » de perte ou de dommages matériels directs.

[10] La clause d’exclusion vise notamment les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages en découlant » :

[TRADUCTION]

4(A) Exclusions

La présente police ne couvre pas :

- a) La perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les

² Entre la date de signature de la police et la date du jugement de première instance, les intimées en question étaient devenues les autres intimées à la présente affaire, soit, respectivement, la Société d’assurance d’indemnisation Northbridge, Royal & Sun Alliance du Canada, société d’assurances, et la Compagnie d’assurance Chartis du Canada.

penalties for non-completion of or delay in completion of contract or non-compliance with contract conditions;

- (b) The cost of making good faulty workmanship, construction materials or design unless physical damage not otherwise excluded by this policy results, in which event this policy shall insure such resulting damage. [Emphasis added.]

[11] Station Lands and Ledcor (together, the “Insureds”) submitted their statement of claim before the Court of Queen’s Bench of Alberta, seeking enforcement of the Policy and coverage for the replacement cost of the damaged windows.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] The trial judge concluded that the cleaning work Bristol had carried out constituted “workmanship” and that it had been faulty. He declared, however, that the Exclusion Clause did not exclude from coverage the damage that Bristol’s faulty workmanship had caused to the Tower’s windows. In coming to this determination, he found the Exclusion Clause ambiguous and the interpretations of “making good” advanced by the Insureds and Insurers equally plausible. He therefore applied the rule of *contra proferentem* against the Insurers. The Insureds had argued that the “cost of making good” encompassed only the cost of redoing the cleaning work, whereas the Insurers had argued that it encompassed both the cost of redoing the cleaning work and the damage to the windows, as they were the very thing on which Bristol had performed the faulty workmanship.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge’s decision and declared that the damage to the Tower’s windows was excluded from coverage. Applying a correctness standard of review to the

pénalités pour non-exécution du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat;

- b) Les frais engagés pour remédier à une malfaçon, des matériaux de construction défectueux ou une conception défailante, à moins qu’il n’en découle des dommages matériels non autrement exclus par la présente police, auquel cas la présente police couvre ces dommages en découlant. [Je souligne.]

[11] Station Lands et Ledcor (collectivement appelées les « assurées ») ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta une déclaration dans laquelle elles sollicitaient l’application de la police et la reconnaissance de la garantie pour le coût de remplacement des fenêtres endommagées.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] Le juge de première instance a conclu que le nettoyage effectué par Bristol constituait le « travail » et qu’il avait été mal exécuté. Il a toutefois déclaré que la clause d’exclusion ne soustrayait pas à la garantie d’assurance les dommages causés aux fenêtres de la Tour par la malfaçon de Bristol. Pour parvenir à cette conclusion, il a estimé que la clause d’exclusion était ambiguë et que les interprétations des mots « pour remédier » avancées par les assurées et les assureurs étaient aussi plausibles l’une que l’autre. En conséquence, il a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs. Les assurées ont fait valoir que les « frais engagés pour remédier » à la malfaçon ne visaient que le coût d’un nouveau nettoyage, alors que les assureurs ont soutenu que cette expression visait non seulement le coût de ce nouveau nettoyage, mais aussi les dommages causés aux fenêtres, puisque c’était justement sur celles-ci que Bristol avait exécuté le travail déficient.

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] La Cour d’appel a infirmé la décision du juge de première instance et déclaré que les dommages causés aux fenêtres de la Tour n’étaient pas couverts par la police. Appliquant la norme de la décision

interpretation of the Policy, the court held the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the Exclusion Clause was not ambiguous.

[14] The Court of Appeal proceeded from the premise that because the base coverage under the Policy was for “physical loss or damage”, as provided by clause 2, the Exclusion Clause had to exclude physical damage of some kind, or else it would be redundant. For the court, then, the key was to determine the dividing line between the physical damage that was excluded as the “cost of making good faulty workmanship” and the physical damage that was covered as “resulting damage”. To establish this dividing line, the court devised a new test of physical or systemic connectedness, based on three primary considerations, outlined at para. 50 of its reasons: (1) the “extent or degree to which the damage was to a portion of the project actually being worked on at the time, or was collateral damage to other areas”; (2) the “nature of the work being done, how the damage related to the way that work is normally done, and the extent to which the damage is a natural or foreseeable consequence of the work”; and (3) “[w]hether the damage was within the purview of normal risks of poor workmanship, or whether it was unexpected and fortuitous.”

[15] In applying this newly formulated test, the Court of Appeal concluded that the damage to the windows was physical loss excluded as the “cost of making good faulty workmanship”, because it was not accidental or fortuitous but was directly caused by the scraping and wiping motions involved in Bristol’s cleaning work. According to the court, Bristol intentionally applied these motions to the windows, a core part of the work to be done, and the damage was not only foreseeable but highly likely.

correcte à l’interprétation de la police, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d’exclusion n’était pas ambiguë.

[14] La Cour d’appel est partie de la prémisse suivante : comme la garantie de base de la police visait, aux termes de la clause 2, les [TRADUCTION] « perte ou [...] dommages matériels », la clause d’exclusion devait exclure une forme de dommages matériels, à défaut de quoi elle serait redondante. La Cour d’appel a donc jugé qu’il fallait tracer la ligne de démarcation entre, d’une part, les dommages matériels exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et, d’autre part, les dommages matériels qui sont couverts en tant que « dommages [...] découlant » de cette malfaçon. Pour ce faire, la Cour d’appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique. Ce critère comportait trois volets principaux, décrits au par. 50 des motifs de la cour : (1) la [TRADUCTION] « mesure dans laquelle les dommages ont touché une section du projet qui était alors en cours d’exécution ou touché indirectement d’autres zones »; (2) la « nature du travail effectué, le lien entre les dommages causés et l’exécution normale du travail et la mesure dans laquelle les dommages constituaient une conséquence naturelle ou prévisible du travail »; (3) « le point de savoir si les dommages faisaient partie des risques normaux liés à un travail de piètre qualité ou s’ils étaient imprévus et fortuits. »

[15] Après application de ce nouveau critère, la Cour d’appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue au titre des [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » parce qu’ils n’étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements de grattage et de frottement effectués par Bristol lors de son nettoyage. Selon la Cour d’appel, Bristol a intentionnellement soumis les fenêtres à ce traitement, qui constituait l’essentiel du travail à accomplir, et les dommages étaient non seulement prévisibles, mais hautement probables.

IV. Issues on Appeal

[16] The Exclusion Clause in the standard form builders' risk insurance policy at issue in these appeals raises two questions that this Court must answer.

[17] First, what standard of appellate review applies to a trial judge's interpretation of a standard form insurance contract?

[18] Second, what is the proper interpretation to be given to the faulty workmanship exclusion clause and the "resulting damage" exception to that exclusion contained in builders' risk insurance policies?

V. AnalysisA. *The Standard of Review Is Correctness*

[19] In my view, the trial judge's interpretation of the Policy should be reviewed for correctness.

[20] These appeals present an opportunity to clarify how *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, applies to the interpretation of standard form contracts, sometimes called contracts of adhesion.

[21] In *Sattva*, Rothstein J. held that "[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix" (para. 50). As a result, the palpable and overriding error standard of review applies to a trial court's interpretation of a contract: *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. However, Rothstein J. acknowledged that the correctness standard of review still applies to the "rare" extricable questions of law that arise in the interpretation process, such as "the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test,

IV. Questions en litige

[16] La clause d'exclusion figurant dans la formule type d'assurance chantier en cause dans les pourvois soulève deux questions auxquelles notre Cour doit répondre.

[17] Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance?

[18] Deuxièmement, quelle est l'interprétation que doit recevoir la clause d'exclusion relative à la malfaçon et l'exception visant les « dommages en découlant » contenues dans les polices d'assurance chantier?

V. AnalyseA. *La norme de contrôle est celle de la décision correcte*

[19] À mon avis, il faut contrôler l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance selon la norme de la décision correcte.

[20] Les présents pourvois offrent une occasion de clarifier l'application de *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, à l'interprétation des contrats types, parfois appelés contrats d'adhésion.

[21] Dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein conclut que « [l']interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). En conséquence, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique à l'interprétation donnée par le tribunal de première instance à un contrat (*Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24). Le juge Rothstein a cependant reconnu que la norme de la décision correcte s'applique toujours aux « rares » questions de droit qui peuvent se dégager au cours de l'exercice d'interprétation, par exemple lorsque le décideur a « appliqu[é] le

or the failure to consider a relevant factor”: *Sattva*, at paras. 53 and 55, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. This is consistent with the jurisprudence on the standard of review for questions of mixed fact and law: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36. However, in this case, the Court of Appeal did not purport to identify an extricable question of law that arose in the interpretation process. Rather, it concluded that the interpretation of the contract itself should be reviewed for correctness, despite *Sattva*’s holding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law and is owed deference on appeal: paras. 18-19.

[22] Appellate courts have disagreed on whether this Court’s holding in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation applies to standard form contracts. Many appellate courts have held that *Sattva* does not apply, and have conducted correctness review: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, at para. 13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, at paras. 12-14; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII).

[23] In other cases, however, courts of appeal have applied *Sattva* and have deferred to trial courts’ interpretations of standard form contracts: *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171, at para. 33; *Anderson v.*

mauvais principe ou néglig[é] un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53 et 55, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21). Cela s’accorde avec la jurisprudence sur la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36). Toutefois, en l’espèce, la Cour d’appel n’a pas dégagé une question de droit qui s’est posée au cours de l’exercice d’interprétation. Elle a plutôt conclu qu’il y a lieu de contrôler l’interprétation du contrat lui-même selon la norme de la décision correcte malgré la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit et commande la déférence en appel (par. 18-19).

[22] Les cours d’appel ont exprimé des avis contradictoires au sujet de la question de savoir si la conclusion tirée dans *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d’interprétation contractuelle vise aussi les contrats types. Elles ont été nombreuses à juger que *Sattva* n’est pas applicable et ont effectué un contrôle selon la norme de la décision correcte (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, par. 13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, par. 12-14; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)).

[23] En revanche, dans d’autres affaires, les cours d’appel ont appliqué *Sattva* et s’en sont remises aux interprétations des contrats types retenues par les tribunaux de première instance (*Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922,

Bell Mobility Inc., 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, at paras. 9 and 33-35; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at para. 35; and *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at para. 40 (CanLII). See also *Stewart Estate*, at para. 63, per Rowbotham J.A. (dissenting on this point).

[24] I would recognize an exception to this Court's holding in *Sattva* that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. In my view, where an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[25] The statements made in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation must be considered in their full context. That case concerned a complex commercial agreement between two sophisticated parties — not a standard form contract. Professor John D. McCamus has described standard form contracts as follows:

... the document put forward will typically constitute a standard printed form that the party proffering the document invariably uses when entering transactions of this kind. The form will often be offered on a “take it or leave it” basis. In the typical case, the other party, then, will have no choice but either to agree to the terms of the standard form or to decline to enter the transaction altogether. Standard form agreements are a pervasive and indispensable feature of modern commercial life. It is simply not feasible to negotiate, in any meaningful sense,

124 O.R. (3d) 171, par. 33; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, par. 9 et 33-35; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 40 (CanLII). Voir aussi *Stewart Estate*, par. 63, la juge Rowbotham (dissidente sur ce point)).

[24] Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Selon moi, lorsqu'un appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[25] Les affirmations dans *Sattva* au sujet de la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle doivent être replacées dans leur contexte global. L'arrêt *Sattva* portait sur une entente commerciale complexe intervenue entre deux parties avisées, et non sur un contrat type. Le professeur John D. McCamus a décrit ainsi les contrats types :

[TRADUCTION] ... il s'agit typiquement d'une formule type imprimée à laquelle a toujours recours la partie qui la propose pour ce type d'opération. La formule est souvent présentée comme étant une offre « à prendre ou à laisser ». Normalement, l'autre partie n'aura comme choix que d'accepter ou de refuser l'intégralité des modalités de la formule type. Les contrats d'adhésion types sont omniprésents et constituent une caractéristique indispensable de l'activité commerciale moderne. Il n'est tout simplement pas possible de négocier réellement les

the terms of many of the transactions entered into in the course of daily life.

(*The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 185)

Sattva did not consider the unique issues that standard form contracts raise.

[26] Moreover, the Court in *Sattva* gave two reasons for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. As a general matter, those reasons are less compelling in the context of standard form contracts.

(1) Factual Matrix

[27] The first reason is that the surrounding circumstances of the contract, or the factual matrix in which it was formed, are important considerations in contractual interpretation: *Sattva*, at para. 46. Rothstein J. stated that determining the intention of the parties is a “fact-specific goal” that requires a trial court to “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: paras. 47 and 49.

[28] While a proper understanding of the factual matrix is crucial to the interpretation of many contracts, it is often less relevant for standard form contracts, because “the parties do not negotiate terms and the contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition”: *MacDonald*, at para. 33. Standard form contracts are particularly common in the insurance industry, as Professor Barbara Billingsley observed in *General Principles of Canadian Insurance Law* (2nd ed. 2014), at p. 56:

As part of its business considerations and in advance of meeting with any particular client, an insurance company decides the terms and conditions under which it is willing to provide insurance coverage for certain common

modalités d’un grand nombre des opérations conclues quotidiennement.

(*The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 185)

La Cour n’a pas examiné dans *Sattva* les questions uniques que soulèvent les contrats types.

[26] Par ailleurs, dans *Sattva*, la Cour a donné deux motifs à l’appui de sa conclusion selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. En règle générale, ces motifs sont moins convaincants lorsqu’il est question de contrats types.

(1) Fondement factuel

[27] Le premier motif est que les circonstances entourant le contrat, ou le fondement factuel de sa formation, sont des considérations importantes pour son interprétation (*Sattva*, par. 46). Selon le juge Rothstein, le but de l’exercice consistant à déterminer l’intention des parties est « axé sur les faits » et requiert qu’un tribunal de première instance « interprèt[e] le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » (par. 47 et 49).

[28] Certes, une compréhension adéquate du fondement factuel est cruciale pour l’interprétation de nombreux contrats. Toutefois, dans le cas des contrats types, le fondement factuel est souvent moins pertinent parce que [TRADUCTION] « les parties ne négocient pas les modalités et le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser » (*MacDonald*, par. 33). Les contrats types sont particulièrement communs dans l’industrie des assurances, comme l’a fait observer la professeure Barbara Billingsley dans *General Principles of Canadian Insurance Law* (2^e éd. 2014), p. 56 :

[TRADUCTION] Eu égard aux considérations commerciales qui lui sont propres et avant de rencontrer tout client, la compagnie d’assurance décide des conditions dans lesquelles elle est disposée à fournir une garantie d’assurance

types of risk. This means that, in most situations, an insurance company does not negotiate the detailed terms of insurance coverage with individual customers. Instead, before entering into any insurance agreements, an insurer typically drafts a series of pre-fabricated contracts outlining the terms upon which particular kinds of coverage will be provided. These contracts are known as “standard form policies”. The insurer then provides the appropriate standard form policy to clients purchasing insurance coverage.

[29] Parties to an insurance contract may negotiate over matters like the cost of premiums, but the actual conditions of the insurance coverage are generally determined by the standard form contract: Billingsley, at p. 58.

[30] My colleague Justice Cromwell accepts that, for standard form contracts, there are usually no relevant surrounding circumstances relating to negotiation (para. 106). However, he observes that other elements of the surrounding circumstances — such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates — have a role in the interpretation process.

[31] I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not “inherently fact specific”: *Sattva*, at para. 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[32] In sum, for standard form contracts, the surrounding circumstances generally play less of a role in the interpretation process, and where they are relevant, they tend not to be specific to the particular parties. Accordingly, the first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts.

pour certains risques courants. Ainsi, dans la plupart des cas, la compagnie d’assurance ne négocie pas les modalités détaillées de la garantie avec un client en particulier. Ce qui se passe plutôt, c’est qu’avant de conclure un contrat d’assurance, l’assureur rédige généralement une série de contrats préétablis décrivant dans quelles conditions certains types de garantie seront offerts. Ces contrats sont appelés des « polices d’assurance types ». L’assureur fournit ainsi la police d’assurance type appropriée à chaque client qui achète une garantie d’assurance.

[29] Les parties à un contrat d’assurance peuvent négocier des éléments comme le coût des primes, mais les véritables conditions de la garantie sont généralement établies par le contrat type (Billingsley, p. 58).

[30] Mon collègue le juge Cromwell convient que, dans le cas des contrats types, il n’y a habituellement aucune circonstance pertinente touchant les négociations (par. 106). Il fait toutefois remarquer que d’autres éléments des circonstances — tels l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé — ont un rôle à jouer dans l’exercice d’interprétation.

[31] Je reconnais qu’il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d’interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[32] Bref, dans le cas des contrats types, les circonstances les entourant ont généralement un rôle moins important à jouer dans l’exercice d’interprétation et, lorsqu’elles sont pertinentes, elles ne sont généralement pas propres aux parties en cause. En conséquence, le premier motif donné dans *Sattva* à l’appui de la conclusion que l’interprétation d’un contrat est une question mixte de fait et de droit — l’importance du fondement factuel — a moins de force dans les cas des contrats types.

(2) The Definitions of “Question of Law” and “Question of Mixed Fact and Law”

[33] In *Sattva*, this Court gave a second reason for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law: contractual interpretation does not fit within the definition of a pure question of law. Questions of law are “about what the correct legal test is”: para. 49, quoting *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. For instance, the content of a particular legal principle of contractual interpretation is a question of law. However, in interpreting contracts, courts apply the legal principles of contractual interpretation to determine the parties’ objective intentions: *Sattva*, at para. 49. Therefore, according to *Sattva*, contractual interpretation is a question of mixed fact and law, which is defined as “applying a legal standard” (the legal principles of contractual interpretation) “to a set of facts” (the words of the contract and the factual matrix): para. 49, quoting *Housen*, at para. 26.

[34] In my view, however, while contractual interpretation is generally a question of mixed fact and law, in situations involving standard form contracts, it is more appropriately classified as a question of law in most circumstances.

[35] The law of standard of review — including the distinction between questions of law and those of mixed fact and law — seeks to achieve an appropriate division of labour between trial and appellate courts in accordance with their respective roles. The main function of trial courts is to resolve the particular disputes before them: *Housen*, at para. 9. Appellate courts, however, “operate at a higher level of legal generality”: *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, at para. 23. They ensure that “the same legal rules are applied in similar situations”, as the rule of law demands: *Housen*, at para. 9. Appellate courts also

(2) Les définitions de « question de droit » et de « question mixte de fait et de droit »

[33] Dans l’arrêt *Sattva*, la Cour avance un deuxième motif pour justifier sa conclusion selon laquelle l’interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit : l’interprétation contractuelle ne cadre pas avec la définition de la pure question de droit. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (par. 49, citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). À titre d’exemple, la teneur d’un principe juridique particulier d’interprétation contractuelle est une question de droit. Toutefois, dans l’interprétation des contrats, les tribunaux appliquent les principes juridiques d’interprétation contractuelle pour déterminer les intentions objectives des parties (*Sattva*, par. 49). En conséquence, selon *Sattva*, l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit, définie comme « l’application d’une norme juridique » (les principes juridiques de l’interprétation contractuelle) « à un ensemble de faits » (les termes du contrat et le fondement factuel) (par. 49, citant *Housen*, par. 26).

[34] J’estime toutefois que, si l’interprétation contractuelle est généralement une question mixte de fait et de droit, lorsqu’il s’agit de contrats types, il est plus juste de la considérer comme une question de droit dans la plupart des cas.

[35] Le droit applicable aux normes de contrôle — notamment en ce qui a trait à la distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit — vise à établir une répartition appropriée des tâches entre les tribunaux de première instance et les cours d’appel, conformément à leurs rôles respectifs. La principale fonction des tribunaux de première instance est de résoudre les litiges qui leur sont soumis (*Housen*, par. 9). Quant aux cours d’appel, elles « exercent leurs fonctions à un niveau élevé de généralité » (*Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, par. 23). Elles veillent à ce que « les mêmes règles de droit

have a law-making function, which requires them to “delineate and refine legal rules”: *ibid.*

[36] These particular functions of appellate courts — ensuring consistency in the law and reforming the law — justify reviewing pure questions of law on the standard of correctness. By contrast, appellate courts defer to findings of fact in part because they can discharge their mandate without second-guessing trial courts’ factual determinations: *Housen*, at paras. 11-14. For questions of mixed fact and law, the correctness standard applies to extricable errors of law (such as the application of an incorrect principle) because, again, a review on the standard of correctness is necessary to allow appellate courts to fulfill their role. However, where it is “difficult to extricate the legal questions from the factual”, appellate courts defer on questions of mixed fact and law: *Housen*, at para. 36; see also paras. 33-35.

[37] In many cases, appellate courts need not review for correctness the contractual interpretation *itself* in order to perform their functions — namely, ensuring the consistent application of the law and reforming the law. That is because, in general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. As Rothstein J. commented in *Sattva*, at para. 52:

... this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of

soient appliquées dans des situations similaires », comme l’exige la primauté du droit (*Housen*, par. 9). Elles jouent aussi un rôle dans l’élaboration du droit, ce qui les oblige à « préciser et [à] raffiner les règles de droit » (*ibid.*).

[36] Ces fonctions particulières des cours d’appel — veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — justifient qu’elles exercent un contrôle selon la norme de la décision correcte pour les pures questions de droit. En revanche, les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait, et ce, notamment parce qu’elles peuvent s’acquitter de leur mandat sans avoir à se prononcer après coup sur les conclusions factuelles des tribunaux de première instance (*Housen*, par. 11-14). Pour les questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s’applique aux erreurs de droit susceptibles d’être isolées (comme l’application du mauvais principe) parce que, dans ce cas aussi, un contrôle selon la norme de la décision correcte est nécessaire pour permettre aux cours d’appel de jouer leur rôle. Par contre, lorsqu’il est « difficile de départager les questions de droit et les questions de fait », les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des questions mixtes de fait et de droit (*Housen*, par. 36; voir aussi par. 33-35).

[37] Dans bien des cas, les cours d’appel n’ont pas besoin de procéder à un examen de l’interprétation contractuelle *en soi* selon la norme de la décision correcte pour s’acquitter de leurs fonctions — qui consistent à veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — et ce, parce que l’interprétation d’un contrat donné n’a généralement d’incidence que sur les parties au litige. Comme l’a fait observer le juge Rothstein dans *Sattva*, par. 52 :

... la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions

first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

[38] For the interpretation of many contracts, precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value. However, it is the intentions of the particular parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate, and “[i]f that intention differs from precedent, the intention will govern and the precedent will not be followed”: G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 129-30; see also *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, at para. 43.

[39] These teachings, however, do not necessarily apply in cases involving standard form contracts, where a review on the standard of correctness may be necessary for appellate courts to fulfill their functions. Standard form contracts are “highly specialized contracts that are sold widely to customers without negotiation of terms”: *MacDonald*, at para. 37. In some cases, a single company, such as a bank or a telephone service provider, may use its own standard form contract with all of its customers: *Monk*, at para. 23. In others, a standard form agreement may be common throughout an entire industry: *Precision Plating*, at para. 28. Either way, the interpretation of the standard form contract could affect many people, because “precedent is more likely to be controlling” in the interpretation of such contracts: Hall, at p. 131. It would be undesirable for courts to interpret identical or very similar standard form provisions inconsistently, without good reason. The mandate of appellate courts — “ensuring the consistency of the law” (*Sattva*, at para. 51) — is advanced by permitting appellate courts to review the interpretation of standard form contracts for correctness.

d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[38] Pour interpréter de nombreux contrats, on peut recourir aux précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable et leur accorder une certaine valeur persuasive, mais ce sont les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l’aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance; ainsi, [TRADUCTION] « [s]i l’intention des parties concernées est différente de celle des parties dans le précédent, c’est l’intention des parties concernées qui compte et le précédent ne sera pas appliqué » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 129-130; voir aussi *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, par. 43).

[39] Ces enseignements ne valent toutefois pas nécessairement pour les contrats types, à l’égard desquels un contrôle selon la norme de la décision correcte peut être requis pour que les cours d’appel puissent s’acquitter de leurs fonctions. Les contrats types sont [TRADUCTION] « des contrats hautement spécialisés qui sont largement vendus à des clients sans qu’il y ait négociation des modalités » (*MacDonald*, par. 37). Dans certains cas, une entreprise unique, comme une banque ou un fournisseur de services téléphoniques, peut utiliser son propre contrat type auprès de tous ses clients (*Monk*, par. 23). Dans d’autres cas, un contrat type peut être commun à l’ensemble d’une industrie (*Precision Plating*, par. 28). Dans les deux situations, l’interprétation du contrat type peut toucher de nombreuses personnes, parce que [TRADUCTION] « le précédent est probablement déterminant » pour l’interprétation de tels contrats (Hall, p. 131). Il ne serait pas souhaitable que les cours interprètent différemment des contrats types identiques ou très similaires sans bonne raison. Le rôle des cours d’appel — « assurer la cohérence du droit » (*Sattva*, par. 51) — est servi lorsqu’on leur permet de contrôler l’interprétation d’un contrat type selon la norme de la décision correcte.

[40] Indeed, consistency is particularly important in the interpretation of standard form insurance contracts. In *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 27, Binnie J. recognized that “‘courts will normally be reluctant to depart from [authoritative] judicial precedent interpreting the policy in a particular way’ . . . where the issue arises subsequently in a similar context, and where the policies are similarly framed”, because both insurance companies and customers benefit from “[c]ertainty and predictability”. And where an insurance policy is ambiguous, courts “strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently”: *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 23.

[41] The definition of questions of law — “questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35) — does not preclude classifying some questions of contractual interpretation as questions of law. There is no bright-line distinction between questions of law and those of mixed fact and law. Rather, “the degree of generality (or ‘precedential value’)” is the key difference between the two types of questions: *Sattva*, at para. 51. As Iacobucci J. stated in *Southam*, at para. 37:

If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. . . . Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

[40] En effet, la constance revêt une importance particulière dans l’interprétation des contrats d’assurance types. Dans *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 27, le juge Binnie a reconnu que « [TRADUCTION] “les tribunaux hésitent habituellement à s’écarter de l’interprétation attribuée à une police dans une décision antérieure [faisant autorité]” [. . .] lorsqu’ils sont saisis de la même question d’interprétation dans un contexte semblable et que les polices ont un libellé analogue », parce que tant les compagnies d’assurance que les clients bénéficient de « [l]a certitude et [de] la prévisibilité ». Par ailleurs, lorsqu’une police d’assurance est ambiguë, les tribunaux « f[ont] en sorte que les polices d’assurance semblables soient interprétées d’une manière uniforme » (*Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 23).

[41] La définition des questions de droit — « [ces questions] concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35) — ne nous empêche pas de considérer certaines questions d’interprétation contractuelle comme des questions de droit. Il n’y a pas de ligne de démarcation nette entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. C’est plutôt « le degré de généralité (ou “la valeur comme précéden[t]”) » qui constitue la principale différence entre ces deux catégories de question (*Sattva*, par. 51). Comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans *Southam*, par. 37 :

Si une cour décidait que le fait d’avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l’affaire prend le caractère d’une question d’application pure, et s’approche donc d’une question de droit et de fait parfaite. [. . .] Il va de soi qu’il n’est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir.

[42] Contractual interpretation is often the “pure application” of contractual interpretation principles to a unique set of circumstances. In such cases, the interpretation is not “of much interest to judges and lawyers in the future” because of its “utter particularity”. These questions of contractual interpretation are appropriately classified as questions of mixed fact and law, as the Court explained in *Sattva*.

[43] However, the interpretation of a standard form contract could very well be of “interest to judges and lawyers in the future”. In other words, the interpretation itself has precedential value. The interpretation of a standard form contract can therefore fit under the definition of a “pure question of law”, i.e., “questions about what the correct legal test is”: *Sattva*, at para. 49; *Southam*, at para. 35. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the “correct legal test”, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly worded provisions.

[44] My colleague Cromwell J. suggests that the interpretation of a standard form contract will not be of much precedential value because “its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case” (para. 120). I respectfully disagree. Settling on a consistent interpretation of a standard form provision is useful. Of course, the result of applying the interpretation in future cases will depend on the facts of those cases. The facts are for the trial judge to find, and those findings will be owed deference.

[45] For instance, in this case, the Court of Appeal interpreted the Exclusion Clause as excluding damages physically or systemically connected to the faulty work. For the reasons I will give below, I am of the view that the Exclusion Clause excludes only the cost of redoing the faulty work. These are two different interpretations of the same standard form language. Selecting one interpretation over the other as correct will give parties certainty and

[42] L’interprétation contractuelle participe souvent de l’« application pure » des principes d’interprétation contractuelle à un ensemble unique de circonstances. Dans ces cas, l’interprétation ne présente pas « beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir » en raison de sa « particularité absolue ». Ces questions d’interprétation contractuelle sont classées à bon droit dans la catégorie des questions mixtes de fait et de droit, comme l’explique la Cour dans *Sattva*.

[43] Or, l’interprétation d’un contrat type pourrait fort bien présenter de l’« intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir ». Autrement dit, l’interprétation en soi a valeur de précédent. L’interprétation d’un contrat type peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit », c.-à-d. une « questio[n] [. . .] “concern[ant] la détermination du critère juridique applicable” » (*Sattva*, par. 49; *Southam*, par. 35). Établir la juste interprétation d’un contrat type revient à établir le « bon critère juridique », puisque cette interprétation peut être appliquée dans l’avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable.

[44] D’après mon collègue le juge Cromwell, l’interprétation d’un contrat type n’a pas une grande valeur de précédent car « les tribunaux décideront [. . .] de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire » (par. 120). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Il est utile de s’entendre sur une interprétation constante d’une clause type. Bien sûr, le résultat de l’application de l’interprétation dans des affaires à venir dépendra des faits de celles-ci. Il revient au juge de première instance d’établir les faits et ses conclusions de fait commanderont la déférence.

[45] À titre d’exemple, en l’espèce, la Cour d’appel a jugé que la clause d’exclusion vise les dommages connexes, sur le plan matériel ou systémique, à la malfaçon. Pour les motifs exposés ci-dessous, j’estime que la clause d’exclusion vise seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Il s’agit là de deux interprétations différentes d’une même disposition type. Le fait de retenir une interprétation aux dépens de l’autre assurera une certitude

predictability. This is true even though what constitutes the cost of redoing the faulty work will depend on the facts of future cases.

(3) Conclusion on Standard of Review

[46] *Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law, and always owed deference on appeal. I would recognize an exception to *Sattva*'s holding on the standard of review of contractual interpretation. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[47] These criteria are met in the present case, so the standard of review applicable to the trial judge's interpretation of the Policy is correctness. The trial judge's underlying factual findings remain subject to deferential review, as mentioned above.

[48] Depending on the circumstances, however, the interpretation of a standard form contract may be a question of mixed fact and law, subject to deferential review on appeal. For instance, deference will be warranted if the factual matrix of a standard form contract that is specific to the particular parties assists in the interpretation. Deference will also be warranted if the parties negotiated and modified what was initially a standard form contract, because the interpretation will likely be of little or no precedential value. There may be other cases where deferential review remains appropriate. As Iacobucci J. recognized in *Southam*, the line between questions of law and those of mixed fact and law is not always easily drawn. Appellate courts should consider

et une prévisibilité aux parties. Cela vaut même si ce qui constitue le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux dépendra des faits des affaires à venir.

(3) Conclusion sur la norme de contrôle

[46] L'arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l'interprétation d'un contrat est toujours une question mixte de fait et de droit, et qu'il faut toujours faire montre de déférence envers cette interprétation en appel. Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion de *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[47] Ces conditions sont satisfaites en l'espèce, de sorte que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance est celle de la décision correcte. Comme je l'ai déjà mentionné, les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge de première instance doivent toujours faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence.

[48] Toutefois, selon les circonstances, l'interprétation d'un contrat type peut être une question mixte de fait et de droit devant faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence en appel. À titre d'exemple, la déférence est justifiée si le fondement factuel d'un contrat type qui est propre aux parties concernées aide à l'interpréter. La déférence est aussi justifiée si les parties ont négocié et modifié ce qui était au départ un contrat type, parce que l'interprétation n'aura probablement que peu ou pas de valeur comme précédent. Il peut y avoir d'autres cas où le contrôle empreint de déférence reste de mise. Comme l'a reconnu le juge Iacobucci dans *Southam*, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit.

whether “the dispute is over a general proposition” or “a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future” (para. 37).

B. *The Exclusion Clause*

(1) Rules Governing the Interpretation of the Policy

[49] The parties agree that the governing principles of interpretation applicable to insurance policies are those summarized by Rothstein J. in *Progressive Homes*. The primary interpretive principle is that where the language of the insurance policy is unambiguous, effect should be given to that clear language, reading the contract as a whole: para. 22, citing *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 71.

[50] Where, however, the policy’s language is ambiguous, general rules of contract construction must be employed to resolve that ambiguity. These rules include that the interpretation should be consistent with the reasonable expectations of the parties, as long as that interpretation is supported by the language of the policy; it should not give rise to results that are unrealistic or that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance policy was contracted, and it should be consistent with the interpretations of similar insurance policies. See *Progressive Homes*, at para. 23, citing *Scalera*, at para. 71; *Gibbens*, at paras. 26-27; and *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-902.

[51] Only if ambiguity still remains after the above principles are applied can the *contra proferentem* rule be employed to construe the policy against the insurer: *Progressive Homes*, at para. 24, citing *Scalera*, at para. 70; *Gibbens*, at para. 25; and *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-901. *Progressive Homes* provides that a corollary of this rule is that

Les cours d’appel devraient se demander si « le litige porte sur une proposition générale » ou « sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir » (par. 37).

B. *La clause d’exclusion*

(1) Les règles régissant l’interprétation de la police

[49] Les parties s’entendent pour dire que les principes d’interprétation des polices d’assurance sont ceux qu’a résumés le juge Rothstein dans *Progressive Homes*. Selon le premier principe d’interprétation, lorsque le texte de la police n’est pas ambigu, le tribunal doit donner effet à ce texte clair et considérer le contrat dans son ensemble (par. 22, citant *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 71).

[50] Toutefois, lorsque le texte de la police est ambigu, on doit recourir aux règles générales d’interprétation des contrats pour résoudre cette ambiguïté, entre autres : retenir une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties, pourvu que le texte de la police étiat cette interprétation; éviter une interprétation qui aboutirait à un résultat irréaliste ou que n’auraient pas envisagé les parties dans le climat commercial où la police d’assurance a été contractée; l’interprétation retenue doit s’accorder avec celles des polices d’assurance semblables. Voir *Progressive Homes*, par. 23, citant *Scalera*, par. 71; *Gibbens*, par. 26-27; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 900-902.

[51] Ce n’est que s’il subsiste une ambiguïté après l’application des principes susmentionnés que les tribunaux peuvent recourir à la règle *contra proferentem* pour interpréter la police contre l’assureur (*Progressive Homes*, par. 24, citant *Scalera*, par. 70; *Gibbens*, par. 25; et *Consolidated Bathurst*, p. 899-901. Selon *Progressive Homes*, le corollaire de cette

coverage provisions in insurance policies are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly.

[52] It is also important to bear in mind this Court's guidance in *Progressive Homes* on the "generally advisable" order in which to interpret insurance policies (para. 28). Although that case involved commercial general liability policies and not builders' risk policies, the two types of policies share a similar alternating structure: they set out the type of coverage followed by specific exclusions, with some exclusions containing exceptions. As such, the insured has the onus of first establishing that the damage or loss claimed falls within the initial grant of coverage. The parties in these appeals have conceded that this particular onus has been met: trial judge's reasons, at para. 9. The onus then shifts to the insurer to establish that one of the exclusions to coverage applies. If the insurer is successful at this stage, the onus then shifts back to the insured to prove that an exception to the exclusion applies: see *Progressive Homes*, at paras. 26-29 and 51. Contrary to the Court of Appeal's statement at para. 26 of its reasons that the exclusion and exception in this case must be interpreted "symbiotically", I see no reason to depart from the generally accepted order of interpretation in analyzing the Policy and the Exclusion Clause.

(2) The Court of Appeal's Approach to the Exclusion Clause

[53] Before engaging in the interpretation of the Exclusion Clause, I believe it necessary to properly set out the Court of Appeal's reasoning and explain why its new physical or systemic connectedness test was unnecessary.

[54] At paras. 29 and 48 of its reasons, the Court of Appeal explained that because the base coverage under clause 2 of the Policy is for "physical loss

règle est que les dispositions relatives à la garantie dans les polices d'assurance doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation étroite.

[52] Il importe également de garder à l'esprit les indications données par notre Cour dans *Progressive Homes* quant à l'ordre « généralement recommandé » pour l'interprétation des polices d'assurance (par. 28). L'affaire *Progressive Homes* concernait des polices d'assurance de responsabilité civile des entreprises et non des polices d'assurance chantier, mais les deux types de police partagent la même structure alternative, en ce sens qu'elles prévoient le type de garantie puis des exclusions précises, et certaines exclusions comportent des exceptions. En conséquence, l'assuré a le fardeau d'établir en premier lieu que le dommage ou la perte faisant l'objet de la réclamation relevait de la garantie initiale. Les parties aux présents pourvois ont concédé que les assurées s'étaient acquittées de ce fardeau (motifs du juge de première instance, par. 9). Il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et l'assureur doit établir que l'une des exclusions de la garantie s'applique. S'il y parvient, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe à l'assuré de prouver qu'une exception à l'exclusion s'applique (voir *Progressive Homes*, par. 26-29 et 51). Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel au par. 26 de ses motifs selon laquelle l'exclusion et l'exception en l'espèce doivent être interprétées [TRADUCTION] « en symbiose », je ne vois aucune raison de déroger à l'ordre d'interprétation généralement reconnu pour analyser la police et la clause d'exclusion.

(2) La façon dont la Cour d'appel a abordé la clause d'exclusion

[53] Avant de procéder à l'interprétation de la clause d'exclusion, je crois qu'il est nécessaire de bien situer le raisonnement de la Cour d'appel et d'expliquer pourquoi son nouveau critère de connexité matérielle ou systémique était inutile.

[54] Aux paragraphes 29 et 48 de ses motifs, la Cour d'appel a expliqué que la clause d'exclusion doit soustraire à la garantie certaines pertes

or damage”, it follows that the Exclusion Clause needs to exclude from coverage some physical loss. In the Court of Appeal’s opinion, a different reading of the Exclusion Clause would risk rendering it redundant. Under this view, the “cost of making good faulty workmanship” cannot be limited to the cost of redoing the faulty work. Rather, that exclusion must be construed more broadly to also exclude from coverage some type of physical loss or damage.

[55] As mentioned above, the Court of Appeal’s acceptance of this initial premise led it to search for a dividing line between physical damage that is part of the “cost of making good” and therefore excluded from coverage, and physical damage that is “resulting damage” and therefore covered as an exception to the exclusion. In its quest to establish this dividing line, the court fashioned a new test of “degree of physical or systemic connectedness”, which it said was “the key to determining the boundary between ‘making good faulty workmanship’ and ‘resulting damage’”: para. 50.

[56] In my respectful view, the premise from which the Court of Appeal proceeded is flawed. The “faulty workmanship” exclusion need not encompass physical damage. Although “[e]xclusions should . . . be read in light of the initial grant of coverage” (*Progressive Homes*, at para. 27; see also M. G. Lichty and M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (loose-leaf), at p. 1-10), this Court has stressed that “perfect mutual exclusivity [between exclusions and the initial grant of coverage] in an insurance contract is not required”: *Progressive Homes*, at para. 40.

[57] Bearing the above-mentioned principle in mind, the Policy in this case contains exclusions that do not pertain to “physical loss or damage” otherwise covered under clause 2. For instance, clause 4(A)(a) of the Policy excludes from coverage “[a]ny loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including penalties for non-completion of or delay in completion of contract

matérielles parce que la garantie de base prévue à la clause 2 de la police vise les « perte ou [. . .] dommages matériels ». Selon la Cour d’appel, toute autre interprétation de la clause d’exclusion risquerait de rendre cette disposition redondante. D’après ce point de vue, les « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ne peuvent se limiter au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux; ils doivent plutôt être interprétés plus largement de manière à exclure également de la garantie certains types de perte ou de dommages matériels.

[55] Comme je l’ai mentionné précédemment, l’acceptation de cette prémisse initiale par la Cour d’appel a amené cette dernière à chercher une ligne de démarcation entre les dommages matériels qui relèvent des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et qui sont exclus par le fait même de la garantie et les dommages matériels assimilables à des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon, couverts à titre d’exception à l’exclusion. En tentant d’établir cette ligne de démarcation, la cour a conçu un nouveau critère de [TRADUCTION] « degré de connexité matérielle ou systémique[,] la clé pour fixer la limite entre la “réparation d’une malfaçon” et les “dommages en découlant” » (par. 50).

[56] À mon humble avis, la prémisse de la Cour d’appel est erronée. L’exclusion relative à la « malfaçon » n’a pas besoin d’englober des dommages matériels. Bien que les exclusions « doivent [. . .] être lues à la lumière de la protection initiale » (*Progressive Homes*, par. 27; voir aussi M. G. Lichty et M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (feuilles mobiles), p. 1-10), notre Cour a souligné qu’une « exclusivité mutuelle parfaite [entre des exclusions et la protection initiale] n[’est] pas obligatoire dans un contrat d’assurance » (*Progressive Homes*, par. 40).

[57] Compte tenu du principe susmentionné, la police en l’espèce contient des exclusions qui ne touchent pas les « perte ou [. . .] dommages matériels » autrement couverts aux termes de la clause 2. À titre d’exemple, la clause 4(A)a) de la police soustrait à la garantie « [l]a perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les pénalités pour non-exécution

or non-compliance with contract conditions”. This exclusion deals with a form of pure economic loss stemming from contractual breach, not physical loss or damage. Additionally, clause 28 of the “standard conditions” section excludes “costs, fines, penalties or expenses” imposed by governments under environmental legislation. This also does not relate to the Policy’s base coverage for physical loss or damage.

[58] As such, perfect mutual exclusivity is neither provided for under the Policy nor should it be required when interpreting the Exclusion Clause. The Court of Appeal consequently erred by approaching its analysis of the Exclusion Clause from a premise that was not supported by the text of the Exclusion Clause or the Policy as a whole. Adopting this premise led the Court of Appeal down an improper analytical path toward establishing a new and unnecessary test. Indeed, as I will explain below, the general rules of contractual interpretation provide the answer to whether the damage to the Tower’s windows is covered under the Policy.

(3) Interpretation of the Exclusion Clause and the Policy

(a) *The Language of the Exclusion Clause Is Ambiguous*

[59] The Insureds argue that the plain language of the Exclusion Clause, read in the context of the Policy as a whole, is unambiguous. They say it leads to the conclusion that only the cost of redoing the faulty work — in this case, cleaning the windows — is excluded from coverage. The consequences of the faulty work — here, the damage to the windows, necessitating their replacement — are covered as “resulting damage”.

du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat ». Cette exclusion porte sur une forme de perte purement financière découlant de la violation du contrat, et non sur les pertes ou dommages matériels. En outre, la clause 28 de la section concernant les [TRANSLATION] « conditions types » exclut les « frais, amendes, pénalités ou dépenses » imposés par les gouvernements en vertu des lois environnementales. Cette exclusion ne se rapporte pas non plus à la garantie de base prévue par la police en cas de perte ou de dommages matériels.

[58] En conséquence, l’exclusivité mutuelle parfaite n’est pas prévue dans la police et ne devrait pas non plus être requise lorsqu’il s’agit d’interpréter la clause d’exclusion. La Cour d’appel a donc commis une erreur en faisant reposer son analyse de la clause d’exclusion sur une prémisse qui n’était étayée ni par le texte de la clause d’exclusion ni par la police dans son ensemble. En adoptant cette prémisse, la Cour d’appel s’est engagée dans un cheminement analytique vicié qui l’a menée à établir un nouveau critère inutile. En fait, comme je l’expliquerai plus loin, les règles générales d’interprétation contractuelle fournissent la réponse à la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres de la Tour sont couverts par la police.

(3) Interprétation de la clause d’exclusion et de la police

a) *Le texte de la clause d’exclusion est ambigu*

[59] Les assurées prétendent que le texte clair de la clause d’exclusion, considéré dans le contexte de l’ensemble de la police, n’est pas ambigu. Selon elles, il mène à la conclusion que seul le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence le nettoyage des fenêtres, est exclu de la garantie. Les conséquences de la malfaçon, en l’occurrence les dommages causés aux fenêtres en raison desquels celles-ci ont dû être remplacées, sont couvertes en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[60] The Insurers similarly argue that the Exclusion Clause is unambiguous, yet they arrive at a different conclusion as to its meaning. They say that which is excluded is not only the cost of redoing the faulty work, but also the cost of repairing that part of the insured property or project that is the subject of the faulty work. That which is covered as “resulting damage” is consequential damage to some other part of the insured property or project. They point to the case law in support, contending that the courts have consistently interpreted the language of the Exclusion Clause to bear this meaning. Accordingly, in this case, the Insurers say the Policy excludes both the cost of recleaning the windows and the cost of replacing the windows, the subject of the faulty work.

[61] I am of the view that the language of the Exclusion Clause slightly favours the interpretation advanced by the Insureds, but is nonetheless ambiguous. The word “damage” figures only in the exception to the Exclusion Clause; it is not included in the language setting out the exclusion itself, i.e., the “cost of making good faulty workmanship”. As such, “making good faulty workmanship” can, on its plain, ordinary and popular meaning, be construed as redoing the faulty work, and “resulting damage” can be seen as including damages resulting from such faulty work.

[62] That said, the language of the Exclusion Clause does not clearly point to one interpretation of “cost of making good faulty workmanship” and “resulting damage” over the other. The Policy does not define these terms. The general coverage provisions, clauses 1 and 2, do not resolve the ambiguity, and neither do the other provisions in the Policy.

[63] Therefore, we must look to the general principles of contract interpretation. As I will detail below, the application of these principles points to one interpretation that is consistent with the reasonable expectations of the parties and commercial reality: the faulty workmanship exclusion serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty

[60] Les assureurs prétendent eux aussi que la clause d'exclusion n'est pas ambiguë. Or, ils arrivent à une conclusion différente sur sa signification. Selon eux, ce qui est exclu est non seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, mais aussi le coût de la réparation de la partie du bien ou du projet assuré qui est touchée par la malfaçon. Ainsi, ce qui est couvert à titre de « dommages en découlant », ce sont les dommages indirects qui ont été causés à une autre partie du bien ou du projet assuré. Ils invoquent à l'appui la jurisprudence, faisant valoir que les tribunaux ont toujours attribué ce sens au texte de la clause d'exclusion. En conséquence, dans la présente affaire, les assureurs disent que la police exclut à la fois le coût du nouveau nettoyage des fenêtres et le coût de remplacement de ces fenêtres, qui faisaient l'objet de la malfaçon.

[61] Je suis d'avis que le texte de la clause d'exclusion milite légèrement en faveur de l'interprétation proposée par les assurées, mais qu'il est néanmoins ambigu. Le mot « dommages » ne figure que dans l'exception à la clause d'exclusion; il ne fait pas partie des mots énonçant l'exclusion elle-même, soit les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Voilà pourquoi les termes « remédier à une malfaçon » peuvent, selon leur sens ordinaire et courant, être interprétés comme voulant dire la nouvelle exécution du travail déficient, et « dommages en découlant », comme les dommages découlant de cette malfaçon.

[62] Cela dit, le texte de la clause d'exclusion ne favorise pas clairement une interprétation des termes « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et « dommages en découlant » au détriment de l'autre. La police ne définit pas ces expressions. Les dispositions générales relatives à la garantie, les clauses 1 et 2, ne dissipent pas l'ambiguïté, pas plus que les autres dispositions de la police.

[63] En conséquence, nous devons nous reporter aux principes généraux d'interprétation des contrats. Comme je l'expliquerai en détail plus loin, l'application de ces principes mène à une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties et à la réalité commerciale : l'exclusion relative à la malfaçon sert à exclure de la garantie uniquement le coût

work, as the resulting damage exception covers costs or damages apart from the cost of redoing the faulty work. As such, excluded under the Policy is the cost of recleaning the windows, but the damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. This is consistent with previous interpretations of similar clauses in the jurisprudence. Indeed, as I explain below, I disagree with the Insurers' contention that the case law consistently supports their interpretation of the Exclusion Clause.

[64] In light of this determination, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule to answer the second issue raised in these appeals.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties*

[65] Parties' reasonable expectations with respect to the meaning of a contractual provision can often be gleaned from the circumstances surrounding the contract's formation: *Sattva*, at paras. 46-47. However, as discussed above, there is no factual matrix here that would assist in ascertaining the parties' understanding of and intent regarding the Exclusion Clause. The Policy is a standard form contract. And, as the Court of Appeal noted at para. 15 of its reasons, there is no evidence that the parties gave any thought to the cleaning of the windows, the relationship of faulty workmanship to resulting damage, or anything else that would help in determining their reasonable expectations.

[66] Therefore, in my view, the purpose behind builders' risk policies is crucial in determining the parties' reasonable expectations as to the meaning of the Exclusion Clause. In a nutshell, the purpose of these policies is to provide broad coverage for construction projects, which are singularly susceptible to accidents and errors. This broad coverage — in exchange for relatively high premiums — provides certainty, stability, and peace of mind. It ensures construction projects do not grind to a halt because of

de la nouvelle exécution du travail défectueux, alors que l'exception relative aux « dommages en découlant » vise les coûts ou dommages autres que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En conséquence, est exclu aux termes de la police le coût du nouveau nettoyage des fenêtres, mais les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Cette interprétation s'accorde avec celles données à des clauses similaires dans la jurisprudence. En fait, comme je l'expliquerai ci-après, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle les tribunaux ont toujours interprété la clause d'exclusion de la même façon qu'eux.

[64] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem* pour répondre à la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

b) *Attentes raisonnables des parties*

[65] Les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification d'une disposition contractuelle peuvent souvent être dégagées des circonstances de la formation du contrat (*Sattva*, par. 46-47). Toutefois, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la norme de contrôle, il n'y a pas de fondement factuel en l'espèce qui pourrait nous aider à cerner la conception qu'ont les parties de la clause d'exclusion et de leur intention à son égard. La police est un contrat type. En outre, comme la Cour d'appel l'a indiqué au par. 15 de ses motifs, rien ne prouve que les parties ont songé au nettoyage des fenêtres, au lien entre une malfaçon et les dommages en découlant ou à quoi que ce soit d'autre qui aiderait à établir leurs attentes raisonnables.

[66] En conséquence, j'estime que l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier est crucial pour déterminer les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification de la clause d'exclusion. En résumé, ces polices visent à offrir une large garantie pour les projets de construction, qui sont particulièrement vulnérables aux accidents et aux erreurs. Cette large garantie — offerte en échange de primes relativement élevées — confère aux assurés certitude, stabilité et tranquillité

disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst the various contractors involved. In my view, the purpose of broad coverage in the construction context is furthered by an interpretation of the Exclusion Clause that excludes from coverage only the cost of redoing the faulty work itself — in this case, the cost of recleaning the windows.

[67] “The *raison d’être* of insurance is coverage”: D. Boivin, *Insurance Law* (2nd ed. 2015), at p. 288. The purpose of builders’ risk policies in particular is to offer broad coverage, which benefits both insureds and insurers:

Urbanization and industrialization in the past 100 years have made the concept of an insurance policy covering all conceivable risks advantageous to both insureds and their insurers. The insured benefits from the extensive nature and scope of the coverage, and insurers benefit from the economies of managing and marketing a policy which, in terms of its scope, has certainty. For these reasons, the “all risk policy,” which creates a special type of coverage extending to many risks not customarily covered under other types of insurance policies, is attractive to both the insurance industry and consumers.

(E. A. Dolden, “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, at pp. 341-42)

[68] This Court stated in *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, that the purpose of builders’ risk policies is to provide certainty and stability by granting coverage that reduces the need for private law litigation. The Court also recognized the complexity of industrial life and large-scale construction projects that involve many different individual contractors:

d’esprit. Elle évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. À mon avis, une interprétation de la clause d’exclusion qui sous-trait à la garantie uniquement le coût, en soi, de la nouvelle exécution du travail défectueux — en l’occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres — favorise la réalisation de l’objectif d’une garantie d’assurance large dans le contexte du droit de la construction.

[67] [TRADUCTION] « La raison d’être de l’assurance est de conférer une protection » (D. Boivin, *Insurance Law* (2^e éd. 2015), p. 288). L’objectif des polices d’assurance chantier en particulier est d’offrir une large garantie, qui bénéficie tant aux assurés qu’aux assureurs :

[TRADUCTION] L’urbanisation et l’industrialisation des 100 dernières années ont rendu l’idée d’une police d’assurance couvrant tous les risques concevables avantageuse pour les assurés comme pour leurs assureurs. Les assurés bénéficient de la grande étendue de la garantie, et les assureurs, des économies résultant de la gestion et de la commercialisation d’une police qui confère une certitude quant à sa portée. Pour ces raisons, la « police tous risques », qui crée un type de garantie s’étendant à de nombreux risques qui ne sont pas habituellement couverts par d’autres types de police d’assurance, est intéressante tant pour l’industrie des assurances que pour les consommateurs.

(E. A. Dolden, « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, p. 341-342)

[68] Dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, notre Cour a indiqué que l’objectif des polices d’assurance chantier est de conférer certitude et stabilité en fournissant une garantie qui réduit le besoin de recourir à la justice, vu la complexité de la vie industrielle et des projets de construction à grande échelle qui font intervenir de nombreux entrepreneurs :

As already noted, the multi-peril policy under consideration is called . . . a course of construction insurance. In England, it is usually called a “Contractors’ all risks insurance” and in the United States, it is referred to as “Builders’ risk policy”. Whatever its label, its function is to provide to the owner the promise that the contractors will have the funds to rebuild in case of loss and to the contractors the protection against the crippling cost of starting afresh in such an event, the whole without resort to litigation in case of negligence by anyone connected with the construction, a risk accepted by the insurers at the outset. This purpose recognizes the importance of keeping to a minimum the difficulties that are bound to be created by the large number of participants in a major construction project, the complexity of which needs no demonstration. It also recognizes the realities of industrial life. [p. 328]

[69] Although such policies are said to insure against all risks, this description is not entirely accurate. As a general rule, insurance offers protection only for fortuitous contingent risk: *Progressive Homes*, at para. 45. Moreover, builders’ risk policies contain various exclusions, meaning indemnity is precluded in many circumstances of fortuitous loss: Dolden, at pp. 342-44.

[70] Despite these qualifiers, builders’ risk construction policies are the norm, if not a requirement, on construction sites in Canada. In purchasing these policies, “contractors believe indemnity will be available in the event of an accident or damage on the construction site arising as a result of a party’s carelessness or negligent acts”, which are *the most common* source of loss on construction sites: Dolden, at pp. 345-46. And, in selling these policies, insurers

are prepared to insure risks relating to problems caused by faulty . . . workmanship, but they are not prepared to insure the quality of . . . the workmanship in a construction project per se. The argument is that the contractor is responsible for doing [its] job right and the insurance company is not there to provide compensation for

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la police d’assurance multi-risques en cause est appelée [. . .] une assurance de construction en cours. En Angleterre, ce type d’assurance s’appelle habituellement [TRADUCTION] « une assurance tout risque des entrepreneurs » et aux États-Unis, [TRADUCTION] « une assurance des risques des entrepreneurs en construction ». Quelle que soit son étiquette, son rôle est de fournir au propriétaire la promesse que les entrepreneurs auront les fonds nécessaires pour reconstruire en cas de sinistre et de protéger les entrepreneurs contre le prix désastreux d’un départ à zéro dans une telle éventualité; le tout se fait sans recourir à la justice en cas de négligence de la part d’une personne engagée dans la construction, risque accepté par les assureurs au départ. On reconnaît ainsi l’importance de maintenir au minimum les difficultés qui ne peuvent pas manquer de surgir, vu le grand nombre de participants à un ouvrage important, dont la complexité n’a pas besoin d’être démontrée. Son objet est également en accord avec la réalité de la vie industrielle. [p. 328-329]

[69] Même si l’on soutient que de telles polices protègent contre tous les risques, le terme « tous risques » n’est pas tout à fait exact. En règle générale, l’assurance offre une protection uniquement à l’égard du risque fortuit éventuel (*Progressive Homes*, par. 45). De plus, les polices d’assurance chantier contiennent diverses exclusions. Ainsi, il n’y a pas d’indemnité dans de nombreux cas de perte fortuite (Dolden, p. 342-344).

[70] Malgré les bémols susmentionnés, les polices d’assurance chantier sont la norme, voire l’exigence, sur les chantiers de construction au Canada. En achetant ces polices, [TRADUCTION] « les entrepreneurs s’attendent à être indemnisés en cas d’accident ou de dommages causés sur le chantier de construction à la suite de l’incurie ou de la négligence d’une partie », source de perte *la plus courante* dans les chantiers (Dolden, p. 345-346). Lorsqu’ils vendent ces polices, les assureurs sont quant à eux

[TRADUCTION] disposés à assurer les risques liés aux problèmes imputables à [. . .] une malfaçon, mais pas à assurer la qualité en tant que telle [. . .] du travail effectué sur un chantier. La prémisse est que l’entrepreneur a la responsabilité de bien faire son travail et la compagnie d’assurance n’a pas pour rôle de fournir une indemnité

inadequate performance by a contractor of the very work the contractor agreed to perform.

(Canadian College of Construction Lawyers, report of the Insurance & Surety Committee, “Covered for What? : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, at p. 104)

Consequently, an interpretation of the Exclusion Clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor’s faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would, in my view, undermine the purpose behind builders’ risk policies. It would essentially deprive insureds of the coverage for which they contracted.

[71] In my opinion, therefore, the Insureds’ position on the meaning of the Exclusion Clause better reflects and promotes the purpose of builders’ risk policies. In the words of this Court in *Commonwealth Construction*, it keeps “to a minimum the difficulties . . . created by the large number of participants in a major construction project” and “recognizes the realities of industrial life” (p. 328). Their position finds additional support in some of this Court’s other comments in that case, at pp. 323-24, where it was emphasized that these policies exist to account for the fact that work of different contractors overlaps in a complex construction site and “there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole”.

[72] Further support for the Insureds’ position can be found in commentary contending that all-risk coverage under builders’ risk policies was intended to be broad, and the faulty workmanship exclusion narrow. For instance, Maurice G. Audet has discussed the original intent of the exclusion, reviewing the case law as well as annotated insurance policies and manuals: “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; and “All Risks — a promise made or a promise broken?” (1983), 50:10

en cas de mauvaise exécution du travail même que l’entrepreneur s’est engagé à faire.

(Collège canadien des avocats en droit de la construction, rapport du Insurance & Surety Committee, « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, p. 104)

En conséquence, une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l’entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l’entrepreneur travaillait minerait, à mon avis, l’objet sous-jacent des polices d’assurance chantier. Une telle interprétation priverait pour ainsi dire les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit.

[71] Je suis donc d’avis que la thèse des assurées sur le sens de la clause d’exclusion traduit et sert mieux l’objet des polices d’assurance chantier. Pour reprendre les mots employés par notre Cour dans *Commonwealth Construction*, une police d’assurance de cette nature permet de maintenir « au minimum les difficultés qui [. . .] surgi[ssent], vu le grand nombre de participants à un ouvrage important » et est « en accord avec la réalité de la vie industrielle » (p. 328-329). Cette thèse est également appuyée par certaines autres observations aux p. 323-324 de cet arrêt, où notre Cour a souligné que ces polices ont été conçues pour tenir compte du fait que le travail de différents entrepreneurs se chevauche dans un chantier complexe et de « la possibilité [omniprésente] qu’un homme de métier cause un dommage, aux biens d’un autre et à la construction dans son ensemble ».

[72] La thèse des assurées est aussi étayée par la doctrine selon laquelle la garantie d’assurance tous risques fournie par les polices d’assurance chantier se veut large, alors que l’exclusion pour malfaçon se veut étroite. À titre d’exemple, Maurice G. Audet a examiné l’objet initial de l’exclusion et, pour ce faire, il a passé en revue la jurisprudence ainsi que les manuels et polices d’assurance annotés (« Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; « All Risks — a promise made or a promise broken? »

Canadian Underwriter 34, at pp. 40-42 and 93-96. He concludes that the faulty workmanship, materials and design exclusion was meant to be narrow, to exclude only the cost of replacing the fault or defect but to provide coverage for damage caused by it.

[73] Other authors have remarked that the trend in the common law jurisprudence interpreting builders' risk policies has been to widen the scope of the above-mentioned exclusion or narrow the ambit of the exception to the exclusion. See e.g. Dolden, at pp. 350 and 358; R. B. Reynolds and S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), at pp. 140 and 150; and P.-S. Poitras, "L'assurance et l'industrie de la construction", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, at p. 195. I would not go so far as to question the jurisprudence. Consistency of interpretation is important, and these judicial interpretations have undoubtedly shaped parties' reasonable expectations with respect to builders' risk policies and their exclusion clauses. I simply note that the interpretation of the Exclusion Clause advanced by the Insureds in these appeals best reflects the original intent of such exclusion clauses, as compared to the interpretation advanced by the Insurers.

[74] It should be mentioned that the service contract between Station Lands and Bristol has no bearing on the reasonable expectations of the parties to the Policy with respect to the meaning of the Exclusion Clause and whether the damage to the windows would be covered. The Insurers and Ledcor were not parties to that service contract, and it was entered into on June 16, 2011, almost three years after the Policy's effective date of June 27, 2008. At most, the service contract could shed light on Station Lands' understanding of the Policy and the Exclusion Clause, as it was a party to both. Still, the service contract was itself based on a slightly modified standard form contract published by the Canadian Construction Association.

(1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34, p. 40-42 et 93-96). Il conclut que l'exclusion visant la mal-façon, les matériaux défectueux et la conception défailante est censée être étroite, pour n'exclure que le coût de correction de la faute ou du vice mais pour fournir une garantie d'assurance pour les dommages causés par cette faute ou ce vice.

[73] D'autres auteurs ont fait remarquer que la tendance observée dans la jurisprudence de common law sur l'interprétation des polices d'assurance chantier était d'élargir la portée de l'exclusion mentionnée ci-dessus ou de restreindre la portée de l'exception à l'exclusion. Voir p. ex. Dolden, p. 350 et 358; R. B. Reynolds et S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), p. 140 et 150; P.-S. Poitras, « L'assurance et l'industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, p. 195. Je n'irais pas jusqu'à remettre en question la jurisprudence. Il est important de maintenir une interprétation constante, et ces interprétations des tribunaux ont sans aucun doute nourri les attentes raisonnables des parties quant aux polices d'assurance chantier et à leurs clauses d'exclusion. Je tiens simplement à ajouter que l'interprétation donnée à la clause d'exclusion par les assurées en l'espèce traduit mieux l'objet initial de ces clauses que l'interprétation proposée par les assureurs.

[74] Il convient de mentionner que le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol n'a aucune incidence sur les attentes raisonnables des parties à la police en ce qui concerne le sens de la clause d'exclusion et la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres seraient couverts. Les assureurs et Ledcor n'étaient pas parties à ce contrat de service signé le 16 juin 2011, soit presque trois ans après la prise d'effet de la police, le 27 juin 2008. Le contrat de service peut tout au plus nous éclairer sur la manière dont Station Lands concevait la police et la clause d'exclusion, puisqu'elle était partie tant au contrat de service qu'à la police. Néanmoins, le contrat de service était lui-même fondé sur un contrat type légèrement modifié publié par l'Association canadienne de la construction.

[75] Despite the service contract's irrelevance to the parties' reasonable expectations, at various points in its reasons the Court of Appeal seemed to use it to bolster its interpretation of the Exclusion Clause. For instance, at para. 35, the court determined it was artificial to draw the dividing line between the "cost of making good faulty workmanship" and "resulting damage" as falling between Bristol's work and the work of other contractors, in part because under the service contract Bristol was responsible for repairing damage it did to the work of other contractors. Further, at para. 49, the court highlighted that an interpretation of "making good faulty workmanship" that included redoing the work *and* fixing the damage directly caused by the work was consistent with the service contract, because, again, the contract required Bristol to repair damage it did to the work of other contractors.

[76] Even if the service contract were relevant to the reasonable expectations of the parties to the Policy, there are two other reasons why the Court of Appeal's reliance on it — to the extent that there was such reliance — was problematic. First, a contractor's or subcontractor's stipulated responsibility under its work contract to repair or pay for certain damage does not necessarily preclude coverage under a builders' risk policy, as recognized by this Court in *Commonwealth Construction*, at p. 330. For instance, insurance policies often have deductible amounts. In fact, clause 5 of the Policy provides that the Insurers' liability is limited to the amount by which the loss or damage exceeds the deductible amount, and clause GC 11.1.6 of the service contract provides that Bristol shall be responsible for deductible amounts under the various insurance policies except where such amounts may be excluded from its responsibility by other terms of the contract, including those adverted to by the Court of Appeal. The stipulation in the service contract could thus serve to confirm responsibility for that deductible amount, even where loss or damage is covered under the Policy. In other words, the contract stipulation does not necessarily suggest the parties expected

[75] Malgré l'absence de pertinence du contrat de service en ce qui a trait aux attentes raisonnables des parties, la Cour d'appel semble y référer à divers endroits dans ses motifs pour appuyer son interprétation de la clause d'exclusion. À titre d'exemple, au par. 35, la cour a conclu qu'il était factice de tracer une ligne de démarcation entre les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et les « dommages en découlant » pour distinguer les travaux accomplis par Bristol des travaux des autres entrepreneurs, étant donné, notamment, que Bristol devait réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux des autres entrepreneurs aux termes du contrat de service. De plus, au par. 49, la cour a souligné qu'une interprétation des mots « remédier à une malfaçon » selon laquelle ils visent la nouvelle exécution du travail *et* la réparation des dommages directement causés par les travaux était compatible avec le contrat de service parce que, là encore, le contrat obligeait Bristol à réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux d'autres entrepreneurs.

[76] Même à supposer que le contrat de service soit pertinent relativement aux attentes raisonnables des parties à la police, il existe deux autres raisons pour lesquelles le choix de la Cour d'appel de s'appuyer sur ce document — dans la mesure où elle s'est effectivement appuyée sur celui-ci — posait problème. Premièrement, la responsabilité de réparer ou de payer certains dommages qui est imposée à l'entrepreneur ou au sous-traitant par son contrat de travail n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la protection d'une police d'assurance chantier, comme l'a reconnu notre Cour dans *Commonwealth Construction*, p. 330. À titre d'exemple, les polices d'assurance ont souvent des franchises. En effet, la clause 5 de la police prévoit que la responsabilité des assureurs se limite au montant de la perte ou du dommage qui excède la franchise, et la clause GC 11.1.6 du contrat de service prévoit que Bristol est responsable des franchises prévues dans les diverses polices d'assurance, sauf indication contraire dans le contrat, notamment dans les situations mentionnées par la Cour d'appel. La stipulation du contrat de service pourrait donc servir à confirmer la responsabilité pour la franchise, même lorsque la perte ou les dommages sont couverts par la police.

that Bristol would ultimately bear the entire cost of damages it caused to the work of other contractors.

[77] Second, even if the stipulation did indicate such an expectation, the Court of Appeal's new physical and systemic connectedness test does not reflect it. Under the court's new test, and using its language, certain unforeseeable, collateral damage to areas on which Bristol was not working would likely be covered under the resulting damage exception in the Exclusion Clause. Yet Bristol would also be responsible for this damage under the service contract, which makes no such distinction with respect to the foreseeability or remoteness of the damage caused. In effect, there would be dual responsibility for payment, under both the Policy and the service contract, even though, as discussed above, the Court of Appeal stated it would be artificial to draw the dividing line where such dual responsibility would result.

(c) *No Unrealistic Results*

[78] In discussing the interpretation of insurance policies in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2, Estey J. stressed the need to avoid interpretations that would bring about unrealistic results or results that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which they sold or purchased the policy. The interpretation should respect the intentions of the parties and "their objective in entering into the commercial transaction in the first place", as well as "promot[e] a sensible commercial result" (p. 901). See also *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62, where this Court restated the importance of commercial reality, albeit in a different context. Interpreting the Exclusion Clause to preclude from coverage only the cost of redoing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the

Autrement dit, la stipulation ne donne pas nécessairement à penser que les parties s'attendaient à ce que Bristol supporte en fin de compte le coût total des dommages qu'elle a causés aux travaux des autres entrepreneurs.

[77] Deuxièmement, même si la stipulation exprimait effectivement une telle attente, le nouveau critère de connexité matérielle et systémique de la Cour d'appel ne la traduit pas. Pour reprendre les termes de la cour, selon ce nouveau critère, certains dommages imprévisibles et indirects causés à des zones où Bristol ne travaillait pas seraient probablement visés par l'exception relative aux « dommages [...] découlant » de la malfaçon qui figure à la clause d'exclusion, mais Bristol serait aussi responsable de ces dommages aux termes du contrat de service, qui ne fait pas de telle distinction sur l'imprévisibilité ou sur le caractère éloigné des dommages causés. En effet, il y aurait une double responsabilité pour le paiement — tant aux termes de la police que du contrat de service — même si, comme nous l'avons vu, la Cour d'appel a affirmé qu'il serait factice de tracer une ligne de démarcation lorsqu'une telle double responsabilité pourrait en découler.

c) *Aucun résultat irréaliste*

[78] Dans son analyse concernant l'interprétation des polices d'assurance aux p. 901-902 de *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a insisté sur le besoin d'éviter les interprétations qui pourraient entraîner un résultat irréaliste ou un résultat que les parties n'auraient pas envisagé dans le climat commercial dans lequel elles ont vendu ou contracté la police d'assurance. L'interprétation devrait respecter les intentions des parties et le « but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale » et « favorise[r] un résultat commercial raisonnable » (p. 901). Voir aussi *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 62, où notre Cour a réaffirmé l'importance de la réalité commerciale, quoique dans un contexte différent. Interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à

purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects.

[79] As already discussed above, the interpretation advanced by the Insureds in these appeals best fulfills the broad coverage objective underlying builders' risk policies. These policies are commonplace on construction projects, where multiple contractors work side by side and where damage to their work or the project as a whole commonly arises from faults or defects in workmanship, materials or design. In this commercial reality, a broad scope of coverage creates certainty and economies for both insureds and insurers. In my opinion, it is commercially sensible in this context for only the cost of redoing a contractor's faulty work to be excluded under the faulty workmanship exclusion. Such an interpretation strikes the right balance between the two undesirable extremes described by Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2: "... the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract". Under the Policy, the Insurers did not undertake to cover the "cost of making good faulty workmanship", but they did promise to cover "physical damage [that] results" from that "faulty workmanship". It can hardly be said that recovery for the damages to the Tower's windows in the circumstances of this case could not have been sensibly sought or anticipated when the Policy was purchased.

[80] Furthermore, such an interpretation does not, in my view, transform the insurance policy into a construction warranty. It does not inappropriately spread risk, nor would it allow or encourage contractors to perform their work improperly or negligently. Importantly, Bristol is precluded from receiving initial payment for its faulty work and

la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction.

[79] Comme nous l'avons déjà vu, l'interprétation préconisée par les assurées en l'espèce répond le mieux à l'objectif de garantie d'assurance large qui sous-tend les polices d'assurance chantier. Celles-ci sont monnaie courante dans les projets de construction, où de multiples entrepreneurs travaillent côte à côte et où les dommages causés à leurs travaux ou à l'ensemble du projet découlent généralement d'une malfaçon, de matériaux défectueux ou d'une conception défaillante. Vu cette réalité commerciale, une garantie d'assurance étendue crée une certitude et entraîne des économies tant pour les assurés que pour les assureurs. J'estime que, dans ce contexte, il est sensé sur le plan commercial que seuls soient exclus au titre de l'exclusion relative à la malfaçon les frais engagés pour remédier au travail mal exécuté par l'entrepreneur. Une telle interprétation établit un juste équilibre entre les deux situations extrêmes non souhaitées dont parle le juge Estey dans *Consolidated Bathurst*, p. 901-902 : « ... les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat ». Selon la police, les assureurs ne se sont pas engagés à couvrir « les frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais ils ont promis de couvrir les « dommages matériels [qui] découl[ent] » de cette « malfaçon ». On peut difficilement dire que, dans la présente affaire, une indemnisation pour les dommages causés aux fenêtres de la Tour n'aurait pas pu raisonnablement être recherchée ou escomptée lors de l'achat de la police.

[80] En outre, pareille interprétation ne transforme pas à mon sens une police d'assurance en une garantie de construction. Elle ne répartit pas le risque de façon inappropriée ni n'encourage les entrepreneurs à mal exécuter leur travail ou à le faire de manière négligente. Fait important, Bristol ne peut recevoir le paiement initial pour son travail

then receiving further additional payment to repair or replace its faulty work. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 20-31; and *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (S.C.). The cost of redoing faulty or improper work is excluded from coverage. The cost can be sizeable; in the instant appeals, for example, Bristol's contract price for cleaning the windows was \$45,000.

[81] The Insurers argue that accepting the Insureds' position would tether the application of the resulting damage exception to how the work is divided among various contractors on a project, a result which they say would not make commercial sense. This argument echoes the Court of Appeal's concerns at para. 40 of its reasons:

This approach might create an incentive to artificially divide up the work as finely as possible, as then the maximum amount of damage would be covered by insurance. On the other hand, it would be dangerous for the owner to hire a single contractor to do all the work, as then nothing would be covered.

[82] With respect, I do not find this persuasive. It is premised on a theoretical concern that does not reflect the commercial reality of construction sites on the ground. In my view, it is unreasonable to expect that the owner of a property or the general contractor on a construction site will divide up work exclusively on the basis of potential coverage under their insurance policy. Many other considerations, such as costs, subcontractor expertise and the risk of delay, will likely be more relevant in deciding how to allocate work.

[83] I also note that interpreting the Exclusion Clause as precluding from coverage only the cost of redoing the faulty work breaks no new ground in the world of insurance, as it mirrors the approach courts have adopted when construing similar exclusions to comprehensive general liability insurance policies. These policies cover the risk that the insured's

mal exécuté, puis recevoir un paiement additionnel pour réparer ou remplacer ce travail. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 20-31; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (C.S.). Le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ou inadéquat n'est pas couvert. Ce coût peut être considérable; dans les présents pourvois, par exemple, le prix du contrat conclu par Bristol pour le nettoyage des fenêtres s'élevait à 45 000 \$.

[81] Les assureurs font valoir que si l'on retient la thèse des assurées, cela limiterait l'application de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon à la manière dont le travail est réparti entre les divers entrepreneurs participant à un projet, un résultat qui n'aurait selon eux aucun sens sur le plan commercial. Cet argument fait écho aux préoccupations exprimées par la Cour d'appel au par. 40 de ses motifs :

[TRADUCTION] Cette interprétation pourrait inciter à diviser artificiellement au maximum le travail, pour que le montant maximal de dommages soit couvert par l'assurance. En revanche, il serait dangereux pour le propriétaire d'engager un seul entrepreneur pour effectuer tout le travail, parce que rien ne serait alors couvert.

[82] Avec égards, je ne trouve pas cet argument convaincant. Il a pour prémisse une préoccupation théorique qui ne correspond pas à la réalité commerciale des chantiers de construction. À mon avis, il est déraisonnable de s'attendre à ce que le propriétaire d'un bien ou l'entrepreneur général sur un chantier divisent le travail exclusivement en fonction de la garantie d'assurance éventuelle de leur police d'assurance. Bien d'autres considérations, comme les frais, l'expertise des sous-traitants et le risque de retard, sont probablement plus pertinentes pour décider de la répartition du travail.

[83] Je signale également que considérer la clause d'exclusion comme soustrayant à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux n'a rien de nouveau dans le monde des assurances, puisque cela reflète l'interprétation retenue par les tribunaux à l'égard d'exclusions similaires dans des polices complètes

work might cause bodily injury or property damage. However, they generally contain a “work product” or “business risk” exception, which excludes from coverage the cost of redoing the insured’s work: “Covered for What?”, at p. 122.

(d) *Ensuring Consistent Interpretation*

[84] The purpose of builders’ risk policies and the need to prevent unrealistic results point to an interpretation of the Exclusion Clause that would exclude from coverage only the cost of redoing the cleaning work. Such an interpretation of the Exclusion Clause is also consistent with case law. Though the Court of Appeal stated, at para. 46 of its reasons, that “numerous cases . . . hold that the exclusion is not limited to the cost of re-doing the faulty work, but also extends to the cost of repairing the thing actually being worked on”, with respect, I am of the view that many of these faulty workmanship and faulty design decisions can be read as limiting the faulty workmanship exclusion to only the cost of redoing the faulty work. As these cases are highly fact-specific, the results that courts reach will be largely dictated by the particular circumstances of each case. More specifically, whether certain damage falls within the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion will greatly depend on the scope of the contractual obligation pursuant to which the faulty workmanship was carried out.

[85] In the appeals before us, Bristol’s obligation under its service contract with Station Lands was limited to cleaning the Tower’s windows after they had been properly installed. Redoing Bristol’s faulty work did not require Bristol to install windows in good condition. As such, the cost of the windows’ replacement represents “resulting damage” and is covered under the Policy. Conversely, if Bristol had been responsible for the windows’ installation, and the windows had been damaged in the course of the installation process, the damage done to the windows

d’assurance responsabilité civile générale. Ces polices couvrent le risque que le travail de l’assuré cause des lésions corporelles ou endommagement des biens. Toutefois, elles contiennent généralement une exception liée au [TRADUCTION] « fruit du travail » ou au « risque commercial », qui soustrait à la garantie d’assurance les frais engagés par l’assuré pour refaire son travail (« Covered for What? », p. 122).

d) *Assurer une interprétation constante*

[84] L’objectif des polices d’assurance chantier et la nécessité d’éviter les résultats irréalistes mènent à une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrairait à la garantie uniquement le coût du nouveau nettoyage. Une telle interprétation de la clause d’exclusion est aussi conforme à la jurisprudence. Bien que la Cour d’appel ait dit, au par. 46 de ses motifs, qu’il [TRADUCTION] « a été jugé dans de nombreuses décisions que l’exclusion ne se limite pas au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux et s’étend aussi au coût de la réparation de l’ouvrage en cours d’exécution », à mon humble avis, un grand nombre de ces décisions en matière de malfaçon et de conception défectueuse peuvent être interprétées comme limitant l’exclusion relative à la malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Comme ces décisions se fondent en grande partie sur les faits en cause, le résultat auquel parviendront les tribunaux sera largement dicté par les circonstances de chaque affaire. Plus précisément, la question de savoir si certains dommages relèvent de l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon dépendra fortement de la portée de l’obligation contractuelle dont l’acquittement a débouché sur la malfaçon.

[85] Dans les pourvois dont nous sommes saisis, l’obligation imposée à Bristol par le contrat de service qu’elle a conclu avec Station Lands ne consistait qu’à nettoyer les fenêtres de la Tour après que celles-ci eurent été correctement installées. La nouvelle exécution du travail défectueux de Bristol n’obligeait pas cette dernière à installer des fenêtres en bon état. En conséquence, le coût du remplacement des fenêtres représente un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon qui est couvert par la police. À l’inverse, si Bristol avait été responsable

in such circumstances would not have constituted “resulting damage”. Indeed, redoing the faulty work would have required installing windows in good condition, as per Bristol’s (hypothetical) contractual obligation.

[86] I will now review some of the faulty workmanship cases cited by the Court of Appeal to illustrate how an interpretation that limits the scope of the faulty workmanship exclusion to the cost of redoing the faulty work is consistent with the jurisprudence.

[87] In *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (Ont. C.A.), an electrical subcontractor was to install two bus ducts in connection with the construction of an office building in Toronto. Because of the subcontractor’s failure to take adequate protective measures, which constituted faulty workmanship, rain water that had come into contact with concrete penetrated the ducts, which in turn caused a malfunction. The subcontractor argued that the damage to the equipment by water was “damage resulting from . . . faulty . . . workmanship” so as to come within the exception to the exclusion. The Ontario Court of Appeal disagreed, writing as follows, at pp. 684-85:

In the present case the “fault” that underlay the “faulty workmanship” was the failure of the appellant to take protective measures; but by the terms of its contract its “work” was to install the electrical equipment and to keep it dry and clean until the contract was completed. It would be taking too narrow a view of the case to isolate one part of the work from the total contractual obligation. The damage to the equipment was the product of the failure to take protective measures, and so that fault rendered the appellant’s performance of its contractual obligations “faulty workmanship”. The damage to the ducts and the switching gear was not, therefore, “damage resulting from such faulty . . . workmanship . . .”, so as to come within the exception to the exclusion. [Emphasis added.]

de l’installation des fenêtres, et que celles-ci avaient été endommagées lors de leur installation, les dommages causés aux fenêtres dans de telles circonstances n’auraient pas constitué des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. En fait, la nouvelle exécution du travail défectueux aurait nécessité l’installation de fenêtres en bon état conformément à l’obligation contractuelle (hypothétique) de Bristol.

[86] J’examinerai maintenant certaines des décisions en matière de malfaçon citées par la Cour d’appel pour illustrer comment une interprétation qui limite l’exclusion pour malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est conforme à la jurisprudence.

[87] Dans *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (C.A. Ont.), un sous-traitant électricien devait installer deux barres sous gaine lors de la construction d’un immeuble à bureaux situé à Toronto. Comme le sous-traitant n’avait pas pris de mesures de protection adéquates, ce qui constituait une malfaçon, de l’eau de pluie qui est entrée en contact avec le béton a pénétré dans les barres, ce qui a causé un mauvais fonctionnement du système. Le sous-traitant a fait valoir que les dommages causés au matériel par l’eau étaient des [TRADUCTION] « dommages découlant d’une malfaçon » et relevaient par le fait même de l’exception à l’exclusion. La Cour d’appel de l’Ontario ne partageait pas cet avis et elle s’est exprimée ainsi aux p. 684-685 :

[TRADUCTION] En l’espèce, la « faute » qui sous-tend la « malfaçon » était l’omission de la part de l’appelante de prendre des mesures de protection; or, il était stipulé dans son contrat que son « travail » consistait à installer du matériel électrique et à le garder sec et propre jusqu’à la fin du contrat. On interpréterait trop étroitement le contrat si on isolait une partie du travail de l’ensemble de l’obligation contractuelle. Les dommages causés au matériel résultaient de l’absence de mesures de protection et, de ce fait, l’exécution par l’appelante de ses obligations contractuelles constituait une « malfaçon ». Les dommages causés aux conduites et aux appareils de commutation électrique ne constituaient donc pas des « dommages découlant de cette malfaçon » visés par l’exception à l’exclusion. [Je souligne.]

The court's statement is clear: since the subcontractor was contractually required to install the electrical equipment and keep it dry, and its failure to take adequate protective measures resulted in it failing to comply with said contractual obligations, the damage to the equipment could not be considered resulting damage.

[88] In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), a contractor was responsible for designing a boiler system, acquiring the material and supervising the commissioning of the boiler. After installation, as part of the testing of the boiler system, an acid wash of the superheater and reheater was carried out. But the acid wash was done improperly, ruining the reheater and resulting in extensive cracking of the tubing in the boilers. The contractor argued that the faulty workmanship exclusion served to exclude from coverage only the cost of redoing the wash, and not the cost of replacing the tubing, which it said constituted "resultant damage". The court disagreed, holding that the "cost of making good the improper workmanship is the cost of replacing the tubing which was the object of [the] procedure": para. 37. In my view, the court reached this conclusion because replacing the tubing was necessary for the contractor to fulfill its contractual obligation to design the boiler system, to acquire the material and to supervise the commissioning of the boiler. Thus, the cost of redoing the work encompassed the cost of replacing the tubing.

[89] In *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), the collapse of a truss, caused by the subcontractor's faulty workmanship in failing to properly erect it, resulted in the subcontractor failing to comply with its contractual obligation to fabricate and erect a truss in good condition. The cost of repairing the truss formed part of the cost of redoing the work, and thus did not fall within the resulting damage exception. The same reading can also be made of *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.).

L'énoncé de la cour est clair : comme le sous-traitant était contractuellement tenu d'installer le matériel électrique et de le garder au sec, et que son omission de prendre des mesures de protection adéquates constituait un non-respect de ces obligations contractuelles, les dommages causés au matériel ne pouvaient pas être considérés comme des dommages découlant de la malfaçon.

[88] Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), un entrepreneur avait la responsabilité de concevoir un système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. Lors des essais qui ont suivi l'installation, il a procédé au lavage à l'acide du surchauffeur et du resurchauffeur, mais ce lavage a été mal effectué et a endommagé le resurchauffeur, ce qui a entraîné une fissuration importante de la tuyauterie des chaudières. L'entrepreneur a fait valoir que l'exclusion relative à la malfaçon servait à soustraire à la garantie uniquement le coût d'un nouveau lavage, et non le coût de remplacement de la tuyauterie qui, à ses dires, constituait des « dommages [...] découlant » de la malfaçon. La cour n'était pas du même avis, jugeant que les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier au travail mal exécuté sont le coût de remplacement de la tuyauterie touchée par la procédure » (par. 37). À mon avis, la cour est parvenue à cette conclusion parce que le remplacement de la tuyauterie était nécessaire pour que l'entrepreneur remplisse son obligation contractuelle de concevoir le système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. En conséquence, le coût de la nouvelle exécution du travail comprenait le coût de remplacement de la tuyauterie.

[89] Dans *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), vu l'effondrement d'une ferme imputable à sa mauvaise installation par le sous-traitant, ce dernier n'a pas respecté son obligation contractuelle de fabriquer et d'installer une ferme en bon état. Le coût de réparation de la ferme faisait partie du coût de la nouvelle exécution du travail et ne relevait donc pas de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon. L'arrêt *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), va dans le même sens.

[90] Though this interpretation of the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion may, at first glance, seem to run contrary to the interpretation generally given to it by courts in faulty design cases, it is actually consistent with those cases.

[91] It is true that, in faulty design cases, courts generally interpret the resulting damage exception as encompassing damage done to something other than the property which is faultily designed. Such language may thus appear to be more closely in line with the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal, as exclusion from coverage may appear to depend on whether the damage has been done to the very thing being worked on or to something else. Only in the latter case would the loss qualify as “resulting damage”. For instance, in *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, the British Columbia Court of Appeal wrote that “[d]amage for faulty or improper design encompasses all the damage to the very thing that was designed faultily or improperly. Resultant damage is damage to some part of the insured property other than the part of the property that was faultily designed”: para. 11; see also *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.), at para. 204.

[92] These decisions, however, are not inconsistent with holding that the faulty workmanship exclusion precludes from coverage only the cost of redoing the faulty work. Indeed, in faulty design cases, a contractor is obligated to design a given item, with the design being integral to the whole of that item. Thus, the cost of repairing the damages caused to that item will be included within the cost of redoing the faulty work, and the resulting damage exception will necessarily apply to damages caused to items other than the item being designed. As held in *Simcoe & Erie General Insurance Co.*

[90] Bien que cette interprétation de l’exception à l’exclusion fondée sur la malfaçon qui touche les dommages en découlant puisse, de prime abord, sembler contraire à l’interprétation généralement retenue par les tribunaux dans les affaires de vice de conception, elle est en fait conforme aux conclusions tirées dans ces décisions.

[91] Il est vrai que, dans les affaires de vice de conception, les tribunaux considèrent généralement que l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon englobe les dommages causés à un autre bien que celui entaché d’un vice de conception, ce qui peut donc sembler cadrer davantage avec le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d’appel. En effet, l’exclusion de la garantie d’assurance peut paraître tributaire de la question de savoir si les dommages ont été causés à l’ouvrage même sur lequel on travaillait ou à un autre. Ce n’est que dans la deuxième situation que la perte constitue un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon. À titre d’exemple, dans *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a écrit que [TRADUCTION] « [l]es dommages attribuables à une conception défaillante ou inadéquate comprennent tous les dommages causés à l’élément même entaché du vice de conception. Les dommages en découlant sont les dommages causés à une autre partie du bien assuré que la partie du bien dont la conception était défaillante » (par. 11; voir aussi *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.), par. 204).

[92] Ces décisions ne sont toutefois pas incompatibles avec la conclusion selon laquelle l’exclusion relative à la malfaçon ne soustrait à la garantie que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En fait, dans les cas de vice de conception, l’entrepreneur est tenu de concevoir un article donné et la conception fait partie intégrante de l’ensemble de cet article. Ainsi, le coût de réparation de l’article endommagé sera inclus dans le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, et l’exception relative aux dommages en découlant s’appliquera nécessairement aux dommages causés aux autres

v. Royal Insurance Co. of Canada (1982), 36 A.R. 553 (Q.B.), at para. 34:

... the total contractual obligation of [the engineer] was to design and supervise the construction of a bridge required by the [city]. The damage to the structure that [the engineer] first designed was the product of its failure to properly design a bridge, which in turn prevented it from properly performing its contractual obligations. It follows therefore that the contract was not performed until a stable bridge was constructed. [Emphasis added.]

[93] In any event, I disagree with the Insurers' contention that the case law systematically supports one interpretation of the faulty workmanship exclusion. Though the jurisprudence addressing the resultant damage exception has generally interpreted it narrowly (S. C. Vogel, "Recent Developments in Construction Insurance Law", in *Review of Construction Law: Recent Developments* (2012), 169, at p. 184), courts have not always been consistent in construing the exception, and parties cannot therefore adequately predict what sort of damage will or will not be caught by the exclusion: L. Ricchetti and T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); "Covered for What?", at p. 106; and Poitras, at p. 195. Even the Court of Appeal acknowledged the inconsistency in the jurisprudence at para. 47 of its reasons, citing as an example *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (Alta. S.C.).

[94] Additionally, in *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), the Quebec Court of Appeal broadened the resultant damage exception and, thus, narrowed the faulty workmanship exclusion, commenting that damage to the thing that the faulty contractor is responsible for building is covered. Though these comments were made in *obiter*, as the court had already concluded that

biens que celui en cours de conception. Comme il a été décidé dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553 (B.R.), par. 34 :

[TRADUCTION] ... l'intégralité de l'obligation contractuelle de [l'ingénieur] consistait à concevoir un pont commandé par la [ville] et à en superviser la construction. Les dommages causés à la structure conçue au départ par [l'ingénieur] étaient attribuables à son omission de bien concevoir le pont, dommages qui ont à leur tour empêché l'entreprise de s'acquitter comme il se doit de ses obligations contractuelles. En conséquence, le contrat n'a pas été exécuté tant qu'un pont stable n'a pas été érigé. [Je souligne.]

[93] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle la jurisprudence appuie systématiquement une seule interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon. Bien que, dans la plupart des précédents portant sur l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon, les tribunaux aient interprété cette exception de façon étroite (S. C. Vogel, « Recent Developments in Construction Insurance Law », dans *Review of Construction Law : Recent Developments* (2012), 169, p. 184), ils n'ont pas toujours interprété l'exception de la même manière, et les parties ne peuvent pas en conséquence prédire adéquatement les dommages qui relèveront ou non de l'exclusion (L. Ricchetti et T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); « Covered for What? », p. 106; Poitras, p. 195). Même la Cour d'appel a reconnu le manque de constance de la jurisprudence au par. 47 de ses motifs, citant à titre d'exemple *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (C.S. Alb.).

[94] De plus, dans *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a étendu l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon et restreint de ce fait l'exclusion fondée sur la malfaçon, en faisant observer que les dommages causés à l'élément que l'entrepreneur fautif doit construire sont couverts. Même s'il s'agissait d'une remarque incidente, puisque la

the workmanship at issue was not faulty, they help demonstrate that the case law on the interpretation of the faulty workmanship exclusion and resulting damage exception is not unanimous.

(e) *Conclusion on the Interpretation of the Exclusion Clause*

[95] As outlined above, the language of the Exclusion Clause, read in light of the Policy as a whole, does not provide a clear answer to the question raised before us. That said, the parties' reasonable expectations, informed largely by the purpose of builders' risk policies, point to the faulty workmanship exclusion serving to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work. This interpretation aligns with commercial realities and is consistent with prior jurisprudence. In the circumstances of this case, the cost of redoing the faulty work is the cost of recleaning the windows — both parties agree that the recleaning falls under the Policy's "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The Insureds, however, have met their onus of demonstrating that the cost of replacing the damaged windows is covered under the "resulting damage" exception to that exclusion.

[96] In any event, even if I were to determine that the general rules of contractual interpretation do not clarify the ambiguous Exclusion Clause, I would reach the same conclusion on the basis of the *contra proferentem* rule.

VI. Disposition

[97] I would allow the appeals with costs throughout.

cour avait déjà conclu que les travaux exécutés dans cette affaire ne constituaient pas une malfaçon, ces propos contribuent à démontrer que la jurisprudence sur l'interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon ainsi que de l'exception des dommages en découlant n'est pas unanime.

e) *Conclusion sur l'interprétation de la clause d'exclusion*

[95] Comme je l'ai expliqué plus tôt, le libellé de la clause d'exclusion, lu à la lumière de l'ensemble de la police, ne fournit pas de réponse claire à la question qui nous a été soumise. Cela dit, les attentes raisonnables des parties, lesquelles reposent en grande partie sur l'objectif des polices d'assurance chantier, donnent à penser que l'exclusion fondée sur la malfaçon sert à soustraire à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Cette interprétation s'accorde avec la réalité commerciale en plus d'être compatible avec la jurisprudence. Dans les circonstances de l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est le coût d'un nouveau nettoyage des fenêtres. Toutes les parties s'entendent pour dire que le nouveau nettoyage relève de l'exclusion de la police relative aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les assurées se sont toutefois acquittées de leur fardeau de démontrer que le coût du remplacement des fenêtres endommagées est couvert par l'exception à l'exclusion pour les « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[96] Quoi qu'il en soit, même si je devais décider que l'application des règles générales d'interprétation contractuelle ne dissipe pas l'ambiguïté sur le sens de la clause d'exclusion, je parviendrais à la même conclusion en raison de la règle *contra proferentem*.

VI. Dispositif

[97] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

I. Introduction

[98] I agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Justice Wagner, in his carefully crafted and comprehensive reasons. However, I respectfully do not agree with him on two points: the applicable standard of appellate review and whether the contractual clause that we must interpret is ambiguous. As I will explain, our very recent decision in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, decides that the standard of review here is palpable and overriding error, not correctness, and in my opinion the trial judge did not err in finding that the clause is ambiguous. Like my colleague, I would therefore allow the appeals with costs.

[98] Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Wagner dans ses motifs détaillés et rédigés avec soin. Je suis toutefois en désaccord avec lui sur deux points : la norme de contrôle applicable en appel et la question de l’ambiguïté de la clause contractuelle que nous devons interpréter. Comme je l’expliquerai, la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de l’erreur manifeste et dominante, et non celle de la décision correcte, selon notre arrêt très récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et le juge de première instance n’a, à mon avis, pas commis d’erreur en concluant que la clause est ambiguë. À l’instar de mon collègue, je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois avec dépens.

[99] The merits of the appeals turn on a straightforward question. When window cleaners destroy the windows they are supposed to clean, does the cost of replacing the windows fall within the expression the “cost of making good faulty workmanship”, in which case it is excluded from coverage provided by the insurance policy we must interpret in this case, or does that cost fall within the expression “physical damage . . . resulting” from the faulty workmanship, in which case it is covered by the policy?

[99] Le fond des pourvois se résume à une question simple. Quand un laveur de vitres endommage les fenêtres qu’il est censé nettoyer, le coût de remplacement des fenêtres est-il visé par l’expression [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », auquel cas il est exclu de la couverture offerte par la police d’assurance que nous devons interpréter en l’espèce, ou par l’expression « dommages matériels [. . .] découlant » de la malfaçon, auquel cas il est couvert par la police?

II. The Standard of Review

II. La norme de contrôle

A. *Sattva Brought Appellate Review in Contract Cases Within the Court’s General Framework for Appellate Review in Civil Cases*

A. *Dans son arrêt Sattva, la Cour a intégré le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à son cadre général de contrôle en appel en matière civile*

(1) The Standard of Review in Civil Appeals Turns on the Nature of the Question Under Review

(1) La norme de contrôle applicable dans les appels civils dépend de la nature de la question à l’examen

[100] The standard of review aspect of the Court’s judgment in *Sattva* must be understood in the context of the Court’s broader jurisprudence on standard

[100] L’aspect du jugement rendu par notre Cour dans *Sattva* qui a trait à la norme de contrôle doit être replacé dans le contexte plus large de sa

of review in civil appeals. At least since *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the standard of appellate review has turned on the nature of the question being reviewed. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact for palpable and overriding error. *Housen* also holds that applying a legal standard to the facts is a mixed question of law and fact and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error: paras. 26-37. So, in a negligence case such as *Housen*, that is the standard that generally governs appellate review of the trial court's application of the legal standard of negligence to the evidence.

[101] I say “generally” because *Housen* recognized that this would not always be so. In some cases, the trial court's application of a legal standard to the facts will attract correctness review on appeal. This will be the case when the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal standard or the failure to consider a required element of the applicable standard. In cases of this sort, the reviewing court can “extricate” a purely legal question from the trial court's analysis and having done so, apply to that purely legal question the correctness standard of appellate review: paras. 31-33. These sorts of cases are fairly rare, however. As *Housen* cautioned, it is often difficult to extricate the legal questions from the factual and therefore appellate courts should not be quick to find extricable legal errors in the trial court's application of a legal standard to the facts: para. 36.

(2) Sattva Brought Contract Appeals Within This Framework

[102] I review these basic points of *Housen* because, as I see it, the Court's decision in *Sattva*

jurisprudence sur les normes de contrôle en matière d'appels civils. Depuis au moins l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la norme de contrôle applicable en appel dépend de la nature de la question examinée. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. Il a aussi été jugé dans *Housen* que l'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (par. 26-37). Ainsi, dans une affaire de négligence comme *Housen*, c'est cette norme qui régit généralement le contrôle en appel de l'application, par le tribunal de première instance, de la norme juridique de négligence à la preuve.

[101] Je dis « généralement » parce que la Cour a reconnu dans *Housen* que ce ne serait pas toujours le cas. Il arrive parfois que l'application par le tribunal de première instance d'une norme juridique aux faits commande un contrôle en appel selon la norme de la décision correcte. C'est le cas lorsque le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification de la norme juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable. Dans les affaires de ce genre, la cour siégeant en révision peut « dégager » une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance, puis appliquer à cette question la norme de la décision correcte applicable lors d'un contrôle en appel (par. 31-33). Les affaires de cette nature sont toutefois assez rares. Selon la mise en garde formulée dans *Housen*, les cours d'appel ne devraient pas conclure trop rapidement que le tribunal de première instance a commis des erreurs de droit isolables en appliquant une norme juridique aux faits, car il est souvent difficile de départager les questions de droit des questions de fait (par. 36).

(2) Dans Sattva, la Cour a intégré les appels en matière contractuelle à ce cadre

[102] J'examine ces aspects fondamentaux de *Housen* parce que, à mon sens, notre Cour a inscrit

brought appellate review in contract cases within this general standard of review framework. To put it in *Housen*'s terms, applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. This interpretative process, therefore, generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error.

[103] *Sattva* explained that this was an appropriate development for two related reasons. First, contractual interpretation is not simply a question of ascribing an abstract legal meaning to the words, but rather of understanding those words in their full context. Second, this process of interpretation should generally be considered to be the application of a legal standard to the facts; in other words, contractual interpretation is generally a mixed question of law and fact which, under the Court's standard of review jurisprudence, is generally reviewed for palpable and overriding error. Both of these related reasons, as we shall see, apply to interpreting all types of contracts.

[104] Consider the first reason. Contract interpretation cannot be understood as a process of determining the "legal" and immutable meaning of the text. "[W]ords alone do not have an immutable or absolute meaning" and therefore contractual interpretation does not often turn on ascribing immutable legal meanings to the contractual words: *Sattva*, at para. 47. Rather, the meaning of words often turns on context, such as the purpose of the agreement and the nature of the relationship between the parties: para. 48. Taking those sorts of contextual considerations into account — sometimes called the surrounding circumstances or the factual matrix — requires the court to understand the text of the agreement in light of them, not simply to ascribe purely legal meanings to the words taken in isolation. Thus, just as the Court in *Housen* cautioned against too readily finding that applying a legal standard to the facts gives rise to a purely legal question, the Court

dans *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général de contrôle. Pour reprendre les termes de *Housen*, l'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, cet exercice d'interprétation soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[103] D'après *Sattva*, il s'agissait d'une évolution opportune pour deux raisons connexes. Premièrement, l'interprétation contractuelle ne consiste pas simplement à attribuer un sens juridique abstrait aux mots utilisés, mais plutôt à saisir ces mots dans leur contexte global. Deuxièmement, cet exercice d'interprétation devrait généralement être considéré comme l'application d'une norme juridique aux faits; autrement dit, l'interprétation contractuelle constitue généralement une question mixte de droit et de fait qui, selon la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle, est généralement susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons, ces deux raisons connexes valent pour l'interprétation de tous les types de contrat.

[104] Examinons la première raison. L'interprétation contractuelle ne peut être considérée comme la détermination du sens « juridique » et immuable du texte. Comme « les mots en soi n'ont pas un sens immuable ou absolu », l'interprétation contractuelle consiste rarement à attribuer un sens juridique immuable aux mots employés dans le contrat (*Sattva*, par. 47). Le sens des mots est plutôt souvent fonction du contexte, comme l'objet de l'entente et la nature de la relation entre les parties (par. 48). La prise en compte de pareilles considérations contextuelles — parfois appelées les circonstances ou le fondement factuel — exige que la cour comprenne, à la lumière de ces considérations, le texte de l'entente, et non qu'elle se contente d'attribuer des significations purement juridiques aux mots pris isolément. Par conséquent, tout comme la Cour a indiqué dans *Housen* qu'il faut s'abstenir de conclure trop rapidement que l'application d'une norme juridique aux

in *Sattva* cautioned that interpretation does not often give rise to a pure question of law. Interpretation is rarely a matter of ascribing some immutable legal meaning to the text considered apart from the surrounding circumstances.

[105] A number of appellate courts and my colleague Wagner J. are of the view that this first rationale underlying *Sattva* does not apply to cases interpreting standard form contracts: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII). I respectfully disagree.

[106] I accept, of course, that standard form contracts generally do not have relevant surrounding circumstances relating to their negotiation because there was in no real sense any negotiation of their terms. However, standard form contracts, like all contracts, have many other surrounding circumstances: they have a purpose, they create a relationship of a particular nature and they frequently operate within a particular market or industry. These factors are all part of the context — of the surrounding circumstances — that must be taken into account in interpreting the text of the contract. As Lord Wilberforce put it in a passage cited with approval in *Sattva*, “In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating”: *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), at p. 574, quoted in *Sattva*, at para. 47. This point is further developed in a short passage from *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West*

faits pose une pure question de droit, elle a précisé dans *Sattva* que l'interprétation ne pose pas souvent une pure question de droit. L'interprétation consiste rarement à attribuer un quelconque sens juridique immuable au texte pris sans égard aux circonstances.

[105] Mon collègue le juge Wagner ainsi que plusieurs cours d'appel estiment que ce premier raisonnement qui sous-tend *Sattva* ne s'applique pas aux affaires où l'on interprète des contrats types (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[106] J'accepte bien sûr qu'il n'existe généralement pas, dans le cas des contrats types, de circonstances pertinentes quant à leur négociation puisque leurs conditions n'ont pas été véritablement négociées. Cependant, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Ces facteurs font tous partie du contexte — les circonstances — dont il faut tenir compte pour interpréter le texte du contrat. Pour reprendre les propos de lord Wilberforce, cités avec approbation dans *Sattva*, [TRADUCTION] « [L]orsqu'un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités » (*Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), p. 574, cité dans *Sattva*, par. 47). Cette question est davantage approfondie dans le court extrait suivant tiré d'*Investors Compensation*

Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), also quoted by the Court in *Sattva*, at para. 48:

The meaning which a document . . . would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[107] All contracts, whether standard form or not, have important contextual elements — elements of their surrounding circumstances — that are generally considered in applying the contractual language to a specific set of occurrences.

[108] Unlike my colleague, I do not read this aspect of *Sattva* as holding that contractual interpretation is not generally a pure question of law simply because it involves assessing a “factual matrix” relating to negotiation. Rather, as I have discussed, *Sattva* sees contractual interpretation as not being a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship, the market in which the parties are operating, and so forth. While the words have a consistent meaning, how they apply to the myriad of situations that may arise will most often turn on these sorts of contextual factors. My colleague’s interpretative analysis of the standard form contract before us in this case shows that this is so. That analysis relies on the nature of the particular work alleged to be faulty; the nature and cause of the particular damage in issue; the purpose of the contract; the market in which it operates (i.e. the construction industry); the parties’ reasonable expectations; and commercial reality.

[109] The importance of taking these contextual matters into account is the first reason the Court relied on in *Sattva* to explain why contractual interpretation is generally not a pure question of law

Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), également cité par la Cour dans *Sattva*, par. 48 :

[TRADUCTION] Le sens d’un document [. . .] qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[107] Tous les contrats, qu’ils soient types ou non, comportent des éléments contextuels importants — les circonstances — dont il est généralement tenu compte pour appliquer le libellé du contrat à un ensemble précis de faits.

[108] Contrairement à mon collègue, je n’estime pas que la Cour indique à cet égard dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est en général pas une pure question de droit simplement parce qu’elle suppose l’évaluation du « fondement factuel » relatif à la négociation. Au contraire, comme je l’ai expliqué précédemment, la Cour considère dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est pas une pure question de droit parce qu’elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l’objet de l’entente, la nature de la relation, le marché dans lequel les parties exercent leurs activités, etc. Le sens des mots ne change pas, mais la façon dont ces mots s’appliquent à la multitude de situations qui peuvent survenir dépendra souvent de ces facteurs contextuels. C’est d’ailleurs ce que démontre l’analyse interprétative du contrat type en l’espèce effectuée par mon collègue. Cette analyse repose sur la nature du travail qui aurait été mal exécuté; la nature et la cause du dommage en question; l’objet du contrat; le marché dans lequel il est employé (en l’occurrence l’industrie de la construction); les attentes raisonnables des parties; la réalité commerciale.

[109] L’importance de prendre en compte ces éléments contextuels est la première raison donnée par la Cour dans *Sattva* pour expliquer pourquoi l’interprétation contractuelle n’est généralement pas une

and applies to standard form contracts as it does to others. While negotiating history will generally not be relevant to such contracts, many other contextual matters are.

[110] Turning to the second related reason given in *Sattva*, it too applies to the interpretation of standard form contracts. That second reason was that “the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and [*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748]”: para. 49. Rather, contractual interpretation should be understood as generally giving rise to mixed questions of law and fact. As Rothstein J. wrote for the Court, “Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: para. 50. In short, *Sattva* brought appellate review of contractual interpretation into the general framework for appellate review in civil cases set out in the Court’s standard of review jurisprudence.

[111] I see no reason to think that the interpretation of certain types of contracts should be excluded from these general principles that apply to appellate review in all civil cases. A number of appellate courts have reached the same conclusion: *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at paras. 34-35; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at paras. 37-42 (CanLII).

[112] It is important to remember that *Housen* did not hold that all applications of a legal standard to the facts should be reviewed for palpable and overriding error. As I have discussed, *Housen* recognized that sometimes the analysis will turn on an extricable

pure question of droit et vaut tant pour les contrats types que pour les autres contrats. Bien que l’historique de la négociation ne soit généralement pas pertinent pour de tels contrats, bien d’autres éléments contextuels le sont.

[110] En ce qui concerne maintenant la deuxième raison connexe donnée dans *Sattva*, elle vaut aussi pour l’interprétation des contrats types. Cette seconde raison était que « l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748] » (par. 49). On devrait plutôt considérer que l’interprétation contractuelle pose généralement des questions mixtes de droit et de fait. Comme le juge Rothstein l’a écrit au nom de la Cour, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Bref, dans *Sattva*, la Cour a intégré le contrôle en appel de l’interprétation d’un contrat au cadre général de contrôle en appel en matière civile établi dans sa jurisprudence relative aux normes de contrôle.

[111] Je ne vois aucune raison de penser que ces principes généraux applicables au contrôle en appel dans toutes les affaires civiles ne devraient pas régir l’interprétation de certains types de contrat. Plusieurs cours d’appel sont parvenues à la même conclusion (*Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 34-35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 37-42 (CanLII)).

[112] Il importe de se rappeler que la Cour n’a pas jugé, dans *Housen*, que toutes les applications d’une norme juridique aux faits devraient être contrôlées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. Comme je l’ai mentionné, la Cour a

pure question of law. *Sattva* adopted this holding. Rothstein J. in *Sattva* acknowledged, echoing *Housen*, that it may sometimes be possible to identify an extricable question of law such as the application of incorrect principles, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. I therefore agree with Wagner J. that “*Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law”: para. 46. *Sattva* was explicit on this point: para. 53.

[113] However, again echoing *Housen*, Rothstein J. warned that courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation; he noted that “the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare”: *Sattva*, at para. 55.

B. *The Proposed Exception Does Not Conform to the General Principles of Appellate Review in Civil Cases*

[114] My colleague proposes an “exception” to *Sattva*’s holding: if an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation itself is of precedential value and there is no meaningful factual matrix specific to the parties to assist the interpretation process, then the interpretation is a question of law and subject to correctness review (para. 46). I do not support the creation of this “exception”.

[115] As I have outlined, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed law and fact. The distinction between questions of pure law and questions of mixed law and fact turns on where the question is located along a “spectrum of particularity”: *Housen*, at para. 28. Questions of law are concerned with general legal propositions: *Housen*, at para. 28,

reconnu dans *Housen* que l’analyse porte parfois sur une pure question de droit isolable, et a fait sienne cette conclusion dans *Sattva*. Le juge Rothstein y a reconnu, en faisant écho à *Housen*, qu’il peut parfois être possible de dégager une question de droit comme l’application d’un mauvais principe ou l’omission d’examiner un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent. Je souscris par conséquent à l’observation du juge Wagner selon laquelle « [l]’arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l’interprétation contractuelle est toujours une question mixte de fait et de droit » (par. 46). L’arrêt *Sattva* était explicite à cet égard (par. 53).

[113] Or, faisant encore une fois écho à *Housen*, le juge Rothstein a prévenu les tribunaux qu’ils devaient faire preuve de prudence en dégageant des questions de droit isolables dans les litiges portant sur l’interprétation d’un contrat; il a fait remarquer que « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation » (*Sattva*, par. 55).

B. *L’exception proposée ne respecte pas les principes généraux de contrôle en appel en matière civile*

[114] Mon collègue propose une « exception » à la conclusion tirée dans *Sattva* : si un appel porte sur l’interprétation d’un contrat type, l’interprétation retenue a valeur de précédent et l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties, l’interprétation constitue alors une question de droit et est assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 46). Je ne suis pas en faveur de la création de cette « exception ».

[115] Comme je l’ai souligné, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s’attachent à la qualification de la nature de la question faisant l’objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. La distinction entre les pures questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait dépend de l’endroit où se situe la question sur le « spectre comportant des degrés variables de

citing *Southam*, at para. 37. As stated in *Housen* and repeated in *Sattva*, examples include applying an incorrect principle, failing to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor: *Sattva*, at para. 53.

[116] As I see it, the three elements of the proposed exception do not assist in deciding whether the question is sufficiently general in nature so as to attract correctness review. Whether or not a contract is a standard form does not, as I see it, tell us anything about the degree of generality of the particular interpretative principle in issue in a particular case. The absence of a “factual matrix” is not of much assistance either. All contracts have a context which is important for their interpretation. As I mentioned earlier, aspects of the transaction such as its purpose and the market or industry in which it operates are important for interpreting all contracts, and so is the nature of the allegedly faulty work and the damage allegedly resulting from it. The absence of facts about negotiations does not mean that there are no contextual matters that inform the interpretative process and therefore tend to make it a mixed question of law and fact.

[117] The third element of the proposed exception — whether the interpretation has precedential value — seems to me to simply ask the critical question, which is concerned with the level of generality of a legal principle, in a different and unhelpful way. Questions of law are reviewed on appeal for correctness because the decisions on such questions have precedential value: these sorts of decisions ensure uniformity among similar cases and serve the law-making function of appellate courts (*Housen*, at paras. 8-9). The more general the principle, the more the precedential value. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue seems to me to simply pose the key question in a different way and in one that simply sends the

particularité » (*Housen*, par. 28). Les questions de droit concernent des propositions juridiques générales (*Housen*, par. 28, citant *Southam*, par. 37). Comme la Cour l’a dit dans *Housen* et répété dans *Sattva*, une erreur de droit peut consister, par exemple, à appliquer le mauvais principe ou à négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent (*Sattva*, par. 53).

[116] À mon avis, les trois éléments de l’exception proposée n’aident pas à décider si la question est de nature suffisamment générale pour appeler un contrôle selon la norme de la décision correcte. J’estime que le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne nous permet de tirer aucune conclusion sur le degré de généralité du principe d’interprétation particulier en cause dans une affaire donnée. L’absence de « fondement factuel » n’est pas non plus d’un grand secours. Tous les contrats ont un contexte qui est important pour leur interprétation. Comme je l’ai mentionné précédemment, des aspects de l’opération comme son objet et l’industrie ou le marché dans lequel elle a lieu sont importants pour interpréter tous les contrats. Il en va de même de la nature du travail qui aurait été mal exécuté et du dommage qui en découlerait. L’absence de faits se rapportant aux négociations ne signifie pas qu’il n’y a aucun élément contextuel éclairant l’exercice d’interprétation, ce qui, par conséquent, tend à indiquer que cette interprétation serait une question mixte de droit et de fait.

[117] Selon moi, le troisième élément de l’exception proposée — le point de savoir si l’interprétation a valeur de précédent — pose simplement de façon différente et peu utile la question cruciale, qui a trait au niveau de généralité du principe juridique. Les questions de droit sont contrôlées en appel selon la norme de la décision correcte parce que les décisions sur ces questions ont valeur de précédent : les décisions de ce genre garantissent l’uniformité entre les affaires similaires et permettent aux cours d’appel d’accomplir leur fonction d’élaboration du droit (*Housen*, par. 8-9). Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. Poser la question sous l’angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause équivaut, à mon sens, à poser simplement la

analysis back to the question of degree of generality.

[118] As my colleague’s interpretive analysis shows, there are important contextual elements — surrounding circumstances — that inform how the text should be applied to the facts. This is not a case where there are no such contextual factors to consider. Focusing on the question of the generality of the legal principle in issue, I do not see a good case for correctness review on that basis either.

[119] The question this case raises, boiled down to its essentials, is this: Is the cost of replacing a window that was scratched by a window cleaner while cleaning it the “cost of making good faulty workmanship” (which is excluded from insurance coverage) or the cost of repairing “physical damage [that] results” from faulty workmanship (which is covered)? The answer proposed by Wagner J. is that it is the cost of repairing the physical damage, because the exclusion applies only to the cost of redoing the faulty work, in this case, recleaning the windows: para. 5. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. However, this principle does not seem to me to operate at a very high level of generality.

[120] Applying the principle turns on two considerations: the scope of the “faulty work” and the nature of “redoing” it. We could say that the window cleaners’ faulty work did not require them to install windows in good condition: para. 81. But this seems to me to be the assertion of the conclusion rather than a reason for it. Presumably, the window cleaners’ work was to clean the windows without destroying them; if their faulty work destroyed the windows, why should we say that “redoing” their work does not involve replacing the windows? In short, I am not convinced the principle that the exclusion only relates to “the cost of redoing the faulty

question fondamentale d’une manière différente qui fait uniquement porter l’analyse sur la question du degré de généralité.

[118] Comme le démontre l’analyse interprétative de mon collègue, il existe d’importants éléments contextuels — circonstances — qui nous renseignent sur la façon dont le texte devrait être appliqué aux faits. Nous ne sommes pas en présence d’un cas où il n’existe pas de tels facteurs contextuels à prendre en considération. En axant mon examen sur le caractère général du principe juridique en cause, je n’estime pas non plus qu’il est justifié de procéder à un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte sur cette base.

[119] Ramenée à l’essentiel, la question soulevée en l’espèce est la suivante : le coût de remplacement d’une fenêtre égratignée par un laveur de vitres pendant qu’il était en train de la nettoyer équivaut-il aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon » (qui sont exclus de la couverture) ou au coût de la réparation des « dommages matériels [qui] découl[ent] » de la malfaçon (lesquels sont couverts)? La réponse proposée par le juge Wagner est la suivante : il s’agit du coût de la réparation des dommages matériels parce que l’exclusion ne vise que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence un nouveau nettoyage des fenêtres (par. 5). Selon le principe juridique, l’expression « remédier à une malfaçon » s’entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Toutefois, ce principe ne me semble pas atteindre un très haut niveau de généralité.

[120] L’application du principe repose sur deux considérations : l’étendue de la « malfaçon » et la nature de sa « nouvelle exécution ». On pourrait avancer que la malfaçon des laveurs de vitres ne les obligeait pas à installer des fenêtres en bon état (par. 81). Cette affirmation me semble toutefois être l’énoncé de la conclusion plutôt que son fondement. On peut présumer que le travail des laveurs de vitres consistait à nettoyer les fenêtres sans les détruire; si, par leur malfaçon, ils ont détruit celles-ci, pourquoi devrait-on dire que la « nouvelle exécution » de leur travail n’implique pas le remplacement des fenêtres? En somme, je ne suis pas convaincu que le principe

work” can operate at a very high level of generality. Rather, its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

[121] The extensive jurisprudence cited to us tends to confirm the view that it is difficult to define the scope of the exclusion in general terms. The line basically has to be drawn on a case-by-case basis. For example, in *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.), a contractor was hired by the appellants to construct the framework of a house. Shortly after the contractor completed its contract, the framework was damaged by high winds and, as a result, the house had to be substantially demolished and rebuilt: para. 2. It was uncontested that the loss was caused by the failure of the contractor to install temporary bracing.

[122] The trial judge held that the loss was caused by faulty or improper workmanship and was an excluded peril under clause 9(a) of the appellants’ insurance policy with the respondent company. He rejected the appellants’ contention that the exclusion clause should be limited to the cost of remedying the improper installation of permanent or temporary bracing: *Greene*, at para. 3.

[123] The Court of Appeal confirmed the trial decision, holding that “the defective or inadequate bracing was to stabilize the house during construction and the resulting accident caused the destruction of that house. I see no error in the decision of the trial judge that the loss suffered by the appellants was the cost of making good faulty or improper workmanship, not ‘resultant damage’, nor in his analysis of the applicable case law”: *Greene*, at para. 16. As I see it, the analysis of this case could easily have gone a different way. The court could have held, as we do in this case, that because the contractor was only responsible for constructing the framework of the house, the exclusion should only be the cost of

selon lequel l’exclusion vise uniquement le « coût de la nouvelle exécution du travail défectueux » peut atteindre un très haut niveau de généralité. Les tribunaux décideront plutôt de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

[121] La jurisprudence abondante qui nous a été citée tend à confirmer l’opinion selon laquelle il est difficile de cerner l’étendue de l’exclusion en termes généraux. La ligne doit essentiellement être tracée au cas par cas. Par exemple, dans *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), un entrepreneur avait été engagé par les appelants pour construire la charpente d’une maison. Peu après que l’entrepreneur eut mené à terme l’exécution de son contrat, la charpente en question a été endommagée par des vents violents. La maison a donc dû être démolie et reconstruite en grande partie (par. 2). Nul ne conteste que la perte était imputable à l’omission de l’entrepreneur d’installer un contreventement temporaire.

[122] Le juge de première instance a statué que la perte résultait d’une malfaçon ou d’un travail défectueux et constituait un risque exclu aux termes de la clause 9a) de la police d’assurance à laquelle les appelants avaient souscrit auprès de la société intimée. Il a rejeté la prétention des appelants selon laquelle la clause d’exclusion devrait viser uniquement les frais engagés pour remédier à l’installation défectueuse d’un contreventement temporaire ou permanent (*Greene*, par. 3).

[123] La Cour d’appel a confirmé la décision de première instance, affirmant que [TRADUCTION] « le contreventement défectueux ou inadéquat devait stabiliser la maison pendant la construction et l’accident qui en a résulté a causé la destruction de cette maison. Je ne relève aucune erreur ni dans la conclusion du juge de première instance que la perte subie par les appelants équivalait aux frais engagés pour remédier à la malfaçon ou au travail défectueux, et non aux “dommages en découlant”, ni dans son analyse de la jurisprudence applicable » (*Greene*, par. 16). À mon avis, l’analyse de cette affaire aurait pu facilement donner un résultat différent. La cour aurait pu décider, tout comme nous

redoing the framework of the house, and not the cost of fixing damages to the whole house.

[124] Other examples include *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), where a subcontractor was hired to build and install roof trusses and partially damaged the trusses due to faulty erection procedures. Although the faulty workmanship occurred during the erection procedures, the cost of replacing the trusses themselves ended up also not being covered because the court considered it would be making good faulty workmanship. In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), the contractual obligation of the contractor responsible for the damage was to install a power-generating boiler. As part of the installation, the plaintiff requested that the contractor perform an acid wash on the boiler. The acid wash ultimately damaged the tubing and the court held that the cost of making good improper workmanship was not only the cost of rewashing the tubing, but also to replace it: para. 37.

[125] I conclude that there are important surrounding circumstances that inform the interpretation of standard form contracts and that the legal principle is not of much precedential value. In short, the issue here involves applying a legal standard to a set of facts and did not give rise to any extricable question of law.

C. *The Merits of the Appeals*

[126] I agree in substance with the trial judge's analysis and conclusion: 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494. Clackson J. made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

en l'espèce, que, comme l'entrepreneur n'était responsable que de la construction de la charpente de la maison, l'exclusion ne devrait viser que le coût de la nouvelle charpente de la maison, et non les frais engagés pour remédier aux dommages causés à l'ensemble de la maison.

[124] On peut également citer d'autres exemples telle l'affaire *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), où un sous-traitant avait été engagé pour fabriquer et installer des fermes de toit. Or, il a partiellement endommagé les fermes parce qu'il avait employé une mauvaise méthode d'installation. Bien que la malfaçon ait eu lieu à l'étape de l'installation, le coût de remplacement des fermes elles-mêmes a finalement été exclu lui aussi parce que la cour a considéré qu'un tel remplacement équivaldrait à remédier à une malfaçon. Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), l'obligation contractuelle de l'entrepreneur responsable du dommage consistait à installer une chaudière génératrice de courant. Dans le cadre de ce contrat, le demandeur a demandé à l'entrepreneur de nettoyer la chaudière à l'acide. Ce nettoyage a endommagé la tuyauterie. La cour a statué que les frais engagés pour remédier à la malfaçon représentaient non seulement le coût d'un nouveau nettoyage de la tuyauterie, mais aussi le coût de son remplacement (par. 37).

[125] Je conclus qu'il existe des circonstances importantes qui nous éclairent sur l'interprétation des contrats types et que le principe juridique n'a pas une grande valeur comme précédent. Bref, le litige en l'espèce porte sur l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et il n'a posé aucune question de droit isolable.

C. *Le bien-fondé des pourvois*

[126] Je souscris pour l'essentiel à l'analyse et à la conclusion du juge de première instance (2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494). Le juge Clackson n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

[127] The trial judge considered the competing interpretations of the relevant policy provisions. The insureds' position was that excluding the cost of "making good" faulty cleaning simply excludes the cost of redoing the cleaning properly. The insurers' position was that "making good" faulty cleaning extends to the damage done by the faulty cleaning. The trial judge found that both of these interpretations were reasonable as the policy did not clearly suggest one alternative over the other. The judge then took into consideration the general rules of contract construction: he looked at the context, the language of the contract, as well as the nature and purpose of an all risks policy, which helped him to determine the reasonable expectations of the parties. It remains that, according to him, these rules did not produce a clear result. He therefore applied the *contra proferentem* principle, interpreted the clause against the insurers and held that the exclusion did not apply. I see no reviewable error in this analysis.

III. Disposition

[128] I would allow the appeals, set aside the order of the Court of Appeal (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) and restore the order of the trial judge with costs to the appellants throughout.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Ledcor Construction Limited: Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Solicitors for the appellant Station Lands Ltd.: Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

[127] Le juge de première instance a examiné les interprétations opposées des dispositions pertinentes de la police. Les assurées faisaient valoir qu'en excluant les frais engagés pour « remédier » au nettoyage défectueux, on excluait simplement le coût d'un nouveau nettoyage adéquat. Les assureurs soutenaient quant à eux que le fait de « remédier » au nettoyage défectueux s'étendait aux dommages causés par ce nettoyage. Le juge de première instance a conclu que ces deux interprétations étaient raisonnables puisque la police ne privilégiait clairement aucune de ces interprétations aux dépens de l'autre. Le juge a ensuite pris en considération les règles générales d'interprétation des contrats et examiné le contexte, le libellé du contrat ainsi que la nature et l'objet d'une police d'assurance tous risques, ce qui l'a aidé à établir les attentes raisonnables des parties. Par contre, il a estimé que ces règles ne conduisaient pas à un résultat clair. Il a donc appliqué le principe *contra proferentem*, soit interprété la clause contre les assureurs, et jugé que l'exclusion ne s'appliquait pas. Je ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans cette analyse.

III. Dispositif

[128] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelante Ledcor Construction Limited : Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Station Lands Ltd. : Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs des intimées : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

TAB 3

**Sattva Capital Corporation (formerly
Sattva Capital Inc.)** *Appellant*

v.

**Creston Moly Corporation (formerly
Georgia Ventures Inc.)** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia and
BCICAC Foundation** *Interveners*

**INDEXED AS: SATTVA CAPITAL CORP. v. CRESTON
MOLY CORP.**

2014 SCC 53

File No.: 35026.

2013: December 12; 2014: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

Contracts — Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract

**Sattva Capital Corporation (anciennement
Sattva Capital Inc.)** *Appelante*

c.

**Creston Moly Corporation (anciennement
Georgia Ventures Inc.)** *Intimée*

et

**Procureur général de la
Colombie-Britannique et
BCICAC Foundation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SATTVA CAPITAL CORP. c. CRESTON
MOLY CORP.**

2014 CSC 53

N° du greffe : 35026.

2013 : 12 décembre; 2014 : 1^{er} août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la Cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

Contrats — Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation

as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

S and C entered into an agreement that required C to pay S a finder's fee in relation to the acquisition of a molybdenum mining property by C. The parties agreed that under this agreement, S was entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and was entitled to be paid this fee in shares of C. However, they disagreed on which date should be used to price the shares and therefore the number of shares to which S was entitled. S argued that the share price was dictated by the date set out in the Market Price definition in the agreement and therefore that it should receive approximately 11,460,000 shares priced at \$0.15. C claimed that the agreement's "maximum amount" proviso prevented S from receiving shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee was payable, and therefore that S should receive approximately 2,454,000 shares priced at \$0.70. The parties entered into arbitration pursuant to the B.C. *Arbitration Act* and the arbitrator found in favour of S. C sought leave to appeal the arbitrator's decision pursuant to s. 31(2) of the *Arbitration Act*, but leave was denied on the basis that the question on appeal was not a question of law. The Court of Appeal reversed the decision and granted C's application for leave to appeal, finding that the arbitrator's failure to address the meaning of the agreement's "maximum amount" proviso raised a question of law. The superior court judge on appeal dismissed C's appeal, holding that the arbitrator's interpretation of the agreement was correct. The Court of Appeal allowed C's appeal, finding that the arbitrator reached an absurd result. S appeals the decisions of the Court of Appeal that granted leave and that allowed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the arbitrator's award reinstated.

Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the *Arbitration Act*. Under s. 31(1), they are limited to questions of law, and leave to appeal is required if the parties do not consent to the appeal. Section 31(2)(a) sets out the requirements for leave at issue in the present case: the court may grant leave if it determines that the result is important to the parties and

et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?

S et C ont conclu une entente selon laquelle C devait payer à S des honoraires d'intermédiation relative à l'acquisition d'une propriété minière de molybdène par C. Les parties reconnaissaient qu'en vertu de l'entente, S a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, versés en actions de C. Cependant, elles ne s'entendaient pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que S doit recevoir. S prétendait que la valeur de l'action était dictée par la date établie dans la définition du cours prévue dans l'entente et, par conséquent, qu'elle devait recevoir environ 11 460 000 actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. C prétendait que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l'entente, empêchait S de recevoir des actions d'une valeur supérieure à 1,5 million \$US à la date du versement des honoraires et donc que S devait obtenir environ 2 454 000 actions, à raison de 0,70 \$ l'unité. Les parties ont soumis le différend à l'arbitrage conformément à l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique et l'arbitre a statué en faveur de S. C a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l'*Arbitration Act*. La demande a été rejetée au motif que la question soulevée n'était pas une question de droit. La Cour d'appel a infirmé la décision et accueilli la demande, présentée par C, en autorisation d'interjeter appel, jugeant que l'omission par l'arbitre d'examiner la signification de la stipulation de l'entente relative au « plafond » soulevait une question de droit. Le juge de la cour supérieure saisi de l'appel a rejeté l'appel de C et conclu que l'interprétation de l'entente par l'arbitre était correcte. La Cour d'appel a accueilli l'appel de C, concluant que l'interprétation de l'arbitre menait à un résultat absurde. S interjette appel des décisions de la Cour d'appel ayant accordé l'autorisation d'appel et ayant accueilli l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la sentence arbitrale est rétablie.

L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'*Arbitration Act*. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit, et l'autorisation d'appel est requise lorsque les parties ne consentent pas à l'appel. L'alinéa 31(2)(a) énonce les critères d'autorisation sur lesquels porte le présent litige, à savoir que le tribunal peut accorder

the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice.

In the case at bar, the Court of Appeal erred in finding that the construction of the finder's fee agreement constituted a question of law. Such an exercise raises a question of mixed fact and law, and therefore, the Court of Appeal erred in granting leave to appeal.

The historical approach according to which determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix of the contract.

It may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law; however, the close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. The goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. Accordingly, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. Concluding that C's application for leave to appeal raised no question of law is sufficient to dispose of this appeal; however, the Court found it salutary to continue with its analysis.

In order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a), an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case. According to this standard, a determination of a point of law "may prevent a miscarriage of justice" only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of "may prevent a miscarriage of justice" because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

l'autorisation s'il estime que, selon le cas, l'issue est importante pour les parties et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire.

En l'espèce, la Cour d'appel a assimilé à tort l'interprétation de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation à une question de droit. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit, et la Cour d'appel a donc commis une erreur en accueillant la demande d'autorisation d'appel.

Il faut rompre avec l'approche historique selon laquelle la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortit à une question de droit. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel de ce dernier.

Il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit, mais le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. Le but de l'interprétation contractuelle — déterminer l'intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Par conséquent, le tribunal doit faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle. L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Conclure que la demande d'autorisation d'appel présentée par C ne soulevait aucune question de droit suffit à trancher le présent pourvoi; toutefois, la Cour juge salutaire de poursuivre l'analyse.

Pour que l'erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a), elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat. Suivant cette norme, le règlement d'un point de droit « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu'il existe une certaine possibilité que l'appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l'échec ne saurait « permettre d'éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l'issue d'un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law by the leave court is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case. The appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit, meaning that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law.

Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the standard of review. The leave court's assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal.

The words "may grant leave" in s. 31(2) of the *Arbitration Act* confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met. Discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) include: conduct of the parties, existence of alternative remedies, undue delay and the urgent need for a final answer. These considerations could be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria have been met. However, courts should exercise such discretion with caution.

Appellate review of commercial arbitration awards is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal, thus the standard of review framework developed for judicial review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. As a result, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

Ce n'est pas à l'étape de l'autorisation qu'il convient d'examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l'absence ou l'existence d'une erreur de droit. Cependant, le tribunal saisi de la demande d'autorisation doit procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l'appel a une chance d'être accueilli et, par conséquent, de modifier l'issue du litige. Ce qu'il faut démontrer, pour l'application du par. 31(2), c'est que la question de droit invoquée a un fondement défendable, à savoir que l'argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l'issue d'un examen préliminaire de la question de droit.

L'examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d'autorisation d'appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l'analyse du bien-fondé de l'appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet cette norme. Le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne procède qu'à un examen préliminaire à l'égard de la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l'appel.

Les termes « peut accorder l'autorisation » figurant au par. 31(2) de l'*Arbitration Act* confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l'autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés. Les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) comprennent : la conduite des parties, l'existence d'autres recours, un retard indu et le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif. Ces facteurs pourraient justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères légaux. Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif, de sorte que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Par conséquent, certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences arbitrales commerciales.

In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise. The question at issue here does not fall into one of those categories and thus the standard of review in this case is reasonableness.

In the present case, the arbitrator reasonably construed the contract as a whole in determining that S is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15. The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both that definition and the "maximum amount" proviso and reconciles them in a manner that cannot be said to be unreasonable. The arbitrator's reasoning meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility.

A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case. It decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful, even where the determination of whether to grant leave involves a preliminary consideration of the question of law at issue. For this reason, comments by a leave court regarding the merits cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78; *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*,

En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur. La question dont nous sommes saisis n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories; la norme de la décision raisonnable s'applique donc à la présente affaire.

En l'espèce, l'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble en déterminant que S était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond » en les conciliant d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable. Le raisonnement de l'arbitre satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité.

Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond. Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli, même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause. C'est pourquoi les remarques sur le bien-fondé de l'affaire formulées par le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne sauraient lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII); *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309

2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [formerly *Commercial Arbitration Act*], s. 31.
Civil Code of Québec.

Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. c. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 [auparavant *Commercial Arbitration Act*], art. 31.
Code civil du Québec.

Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Levine JJ.A.), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, setting aside a decision of Greyell J., 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, and from a subsequent judgment of the British Columbia Court of Appeal (Kirkpatrick, Neilson and Bennett JJ.A.), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, setting aside a decision of Armstrong J., 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Appeal allowed.

Michael A. Feder and Tammy Shoranick, for the appellant.

Darrell W. Roberts, Q.C., and *David Mitchell*, for the respondent.

Jonathan Eades and Micah Weintraub, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Wotherspoon and Gavin R. Cameron, for the intervener the BCICAC Foundation.

Doctrine et autres documents cités

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Levine), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, qui a infirmé une décision du juge Greyell, 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, et contre un arrêt subséquent de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Kirkpatrick, Neilson et Bennett), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, qui a infirmé une décision du juge Armstrong, 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Pourvoi accueilli.

Michael A. Feder et Tammy Shoranick, pour l’appelante.

Darrell W. Roberts, c.r., et *David Mitchell*, pour l’intimée.

Jonathan Eades et Micah Weintraub, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Wotherspoon et Gavin R. Cameron, pour l’intervenante BCICAC Foundation.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Facts.....	2
II. Arbitral Award	11
III. Judicial History.....	19
A. <i>British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Issues	31
V. Analysis	32
A. <i>The Leave Issue Is Properly Before This Court</i>	32
B. <i>The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA</i>	38
(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA	38
(2) The Result Is Important to the Parties	41

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Faits	2
II. Sentence arbitrale	11
III. Historique judiciaire	19
A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Questions en litige	31
V. Analyse	32
A. <i>Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l'autorisation</i>	32
B. <i>La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA</i>	38
(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA	38
(2) L'issue est importante pour les parties ...	41

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law42	(3) La question soulevée n'est pas une question de droit42
(a) <i>When Is Contractual Interpretation a Question of Law?</i>42	a) <i>Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question de droit?</i>42
(b) <i>The Role and Nature of the "Surrounding Circumstances"</i>56	b) <i>Le rôle et la nature des « circonstances »</i>56
(c) <i>Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule</i>59	c) <i>Tenir compte des circonstances n'est pas contraire à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque</i>59
(d) <i>Application to the Present Case</i>62	d) <i>Application au présent pourvoi</i>62
(4) May Prevent a Miscarriage of Justice68	(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire68
(a) <i>Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA</i>68	a) <i>L'erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a) de l'AA</i>68
(b) <i>Application to the Present Case</i>80	b) <i>Application au présent pourvoi</i>80
(5) Residual Discretion to Deny Leave.....85	(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilite à refuser l'autorisation.....85
(a) <i>Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application</i>85	a) <i>Éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a)</i>85
(b) <i>Application to the Present Case</i>93	b) <i>Application au présent pourvoi</i>93
C. <i>Standard of Review Under the AA</i>102	C. <i>Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA</i>102
D. <i>The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole</i>107	D. <i>L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble</i>107

E. <i>Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder's Fees and Commissions

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the *Arbitration Act*)

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — When is contractual interpretation to be treated as a question of mixed fact and law and when should it be treated as a question of law? How is the balance between reviewability and finality of commercial arbitration awards under the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (now the *Arbitration Act*, hereinafter the “AA”), to be determined? Can findings made by a court granting leave to appeal with respect to the merits of an appeal bind the court that ultimately decides the appeal? These are three of the issues that arise in this appeal.

I. Facts

[2] The issues in this case arise out of the obligation of Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.) to pay a finder's fee to Sattva Capital

E. <i>La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'*Arbitration Act*)

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question mixte de fait et de droit et dans quelles circonstances est-elle une question de droit? Comment établir l'équilibre entre le caractère révisable et l'irrévocabilité des sentences arbitrales commerciales prononcées sous le régime de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (maintenant l'*Arbitration Act*, ci-après l'« AA »)? Les conclusions relatives au bien-fondé de l'appel tirées par le tribunal qui autorise l'appel peuvent-elles lier celui qui est appelé à trancher l'appel? Voilà trois questions qui sont soulevées dans le présent pourvoi.

I. Faits

[2] Les questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de l'obligation de Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) de

Corporation (formerly Sattva Capital Inc.). The parties agree that Sattva is entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and is entitled to be paid this fee in shares of Creston, cash or a combination thereof. They disagree on which date should be used to price the Creston shares and therefore the number of shares to which Sattva is entitled.

[3] Mr. Hai Van Le, a principal of Sattva, introduced Creston to the opportunity to acquire a molybdenum mining property in Mexico. On January 12, 2007, the parties entered into an agreement (the "Agreement") that required Creston to pay Sattva a finder's fee in relation to the acquisition of this property. The relevant provisions of the Agreement are set out in Appendix I.

[4] On January 30, 2007, Creston entered into an agreement to purchase the property for US\$30 million. On January 31, 2007, at the request of Creston, trading of Creston's shares on the TSX Venture Exchange ("TSXV") was halted to prevent speculation while Creston completed due diligence in relation to the purchase. On March 26, 2007, Creston announced it intended to complete the purchase and trading resumed the following day.

[5] The Agreement provides that Sattva was to be paid a finder's fee equal to the maximum amount that could be paid pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in the TSXV Policy Manual. Section 3.3 of Policy 5.1 is incorporated by reference into the Agreement at s. 3.1 and is set out in Appendix II of these reasons. The maximum amount pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in this case is US\$1.5 million.

[6] According to the Agreement, by default, the fee would be paid in Creston shares. The fee would only be paid in cash or a combination of shares and cash if Sattva made such an election. Sattva made no such election and was therefore entitled to be paid the fee in shares. The finder's fee was to be paid no later than five working days after the closing of the transaction purchasing the molybdenum mining property.

payer des honoraires d'intermédiation à Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.). Les parties reconnaissent que Sattva a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, qui peuvent lui être versés en argent, en actions de Creston, ou en argent et en actions. Elles ne s'entendent pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que Sattva recevra.

[3] M. Hai Van Le, un directeur de Sattva, a fait part à Creston de la possibilité d'acquérir une propriété minière de molybdène au Mexique. Le 12 janvier 2007, les parties ont conclu une entente (l'« entente »), selon laquelle Creston devait payer à Sattva des honoraires d'intermédiation relativement à l'acquisition de cette propriété. Les dispositions pertinentes de l'entente sont énoncées à l'annexe I.

[4] Le 30 janvier 2007, Creston a conclu une convention d'achat de la propriété, le prix étant fixé à 30 millions \$US. Le 31 janvier 2007, Creston a demandé que la négociation de ses actions à la Bourse de croissance TSX (la « Bourse ») soit suspendue afin d'empêcher la spéculation le temps d'achever le contrôle diligent préalable à l'achat. Le 26 mars 2007, Creston a annoncé qu'elle avait l'intention de conclure l'achat, et la négociation à la bourse a repris le lendemain.

[5] Aux termes de l'entente, Sattva doit recevoir des honoraires d'intermédiation correspondant au plafond autorisé par le point 3.3 de la politique 5.1 qui se trouve dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse. Le point 3.3 est incorporé par renvoi à l'entente, à l'art. 3.1, et il est reproduit à l'annexe II des présents motifs. Dans le cas qui nous occupe, le plafond autorisé au point 3.3 de la politique 5.1 est de 1,5 million \$US.

[6] Aux termes de l'entente, à moins d'indication contraire, les honoraires sont payés sous forme d'actions de Creston. Ils ne seraient versés en argent ou en argent et en actions que si Sattva avait indiqué avoir fait tel choix, ce qu'elle n'a pas fait. Ses honoraires devaient donc lui être versés sous forme d'actions au plus tard cinq jours ouvrables après la conclusion de l'achat de la propriété minière de molybdène.

[7] The dispute between the parties concerns which date should be used to determine the price of Creston shares and thus the number of shares to which Sattva is entitled. Sattva argues that the share price is dictated by the Market Price definition at s. 2 of the Agreement, i.e. the price of the shares “as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition”. The press release announcing the acquisition was released on March 26, 2007. Prior to the halt in trading on January 31, 2007, the last closing price of Creston shares was \$0.15. On this interpretation, Sattva would receive approximately 11,460,000 shares (based on the finder’s fee of US\$1.5 million).

[8] Creston claims that the Agreement’s “maximum amount” proviso means that Sattva cannot receive cash or shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee is payable. The shares were payable no later than five days after May 17, 2007, the closing date of the transaction. At that time, the shares were priced at \$0.70 per share. This valuation is based on the price an investment banking firm valued Creston at as part of underwriting a private placement of shares on April 17, 2007. On this interpretation, Sattva would receive approximately 2,454,000 shares, some 9 million fewer shares than if the shares were priced at \$0.15 per share.

[9] The parties entered into arbitration pursuant to the AA. The arbitrator found in favour of Sattva. Creston sought leave to appeal the arbitrator’s decision pursuant to s. 31(2) of the AA. Leave was denied by the British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1079 (CanLII) (“SC Leave Court”). Creston successfully appealed this decision and was granted leave to appeal the arbitrator’s decision by the British Columbia Court of Appeal (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (“CA Leave Court”).

[10] The British Columbia Supreme Court judge who heard the merits of the appeal (2011 BCSC

[7] Le différend qui oppose les parties porte sur la date à retenir pour fixer le cours de l’action de Creston et, par conséquent, le nombre d’actions auquel Sattva a droit. Cette dernière prétend que la valeur de l’action est dictée par la définition du « cours », à l’art. 2 de l’entente, c.-à-d. la valeur de l’action [TRADUCTION] « le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition ». Le communiqué de presse a été publié le 26 mars 2007. Avant la suspension de la négociation des actions le 31 janvier 2007, le dernier cours de clôture de l’action de Creston s’établissait à 0,15 \$. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 11 460 000 actions (selon le calcul effectué en fonction des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US).

[8] Creston prétend que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l’entente, a pour effet de limiter à 1,5 million \$US la somme d’argent ou la valeur des actions que peut recevoir Sattva à la date de versement des honoraires. Les actions devaient être cédées au plus tard cinq jours après le 17 mai 2007, date de conclusion de l’achat. À ce moment-là, l’action de Creston valait 0,70 \$, selon les calculs effectués par une société bancaire d’investissement en vue d’un placement privé par voie de prise ferme le 17 avril 2007. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 2 454 000 actions, soit environ 9 millions d’actions de moins que si chacune valait 0,15 \$.

[9] Les parties ont soumis le différend à l’arbitrage conformément à l’AA. L’arbitre a statué en faveur de Sattva. Creston a demandé l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l’AA. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé l’autorisation (2009 BCSC 1079 (CanLII) (« formation de la CS saisie de la demande d’autorisation »)). Creston a appelé de cette décision et obtenu l’autorisation de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’interjeter appel de la sentence arbitrale (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (« formation de la CA saisie de la demande d’autorisation »)).

[10] Le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique chargé de statuer sur le bien-fondé de

597, 84 B.L.R. (4th) 102 (“SC Appeal Court”)) upheld the arbitrator’s award. Creston appealed that decision to the British Columbia Court of Appeal (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (“CA Appeal Court”)). That court overturned the SC Appeal Court and found in favour of Creston. Sattva appeals the decisions of the CA Leave Court and CA Appeal Court to this Court.

II. Arbitral Award

[11] The arbitrator, Leon Getz, Q.C., found in favour of Sattva, holding that it was entitled to receive its US\$1.5 million finder’s fee in shares priced at \$0.15 per share.

[12] The arbitrator based his decision on the Market Price definition in the Agreement:

What, then, was the “Market Price” within the meaning of the Agreement? The relevant press release is that issued on March 26 Although there was no closing price on March 25 (the shares being on that date halted), the “last closing price” within the meaning of the definition was the \$0.15 at which the [Creston] shares closed on January 30, the day before trading was halted “pending news” This conclusion requires no stretching of the words of the contractual definition; on the contrary, it falls literally within those words. [para. 22]

[13] Both the Agreement and the finder’s fee had to be approved by the TSXV. Creston was responsible for securing this approval. The arbitrator found that it was either an implied or an express term of the Agreement that Creston would use its best efforts to secure the TSXV’s approval and that Creston did not apply its best efforts to this end.

[14] As previously noted, by default, the finder’s fee would be paid in shares unless Sattva made an election otherwise. The arbitrator found that

l’appel (2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102 (« formation de la CS saisie de l’appel »)) a confirmé la sentence arbitrale. Creston a interjeté appel de cette décision devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (« formation de la CA saisie de l’appel »)), laquelle a infirmé la décision de la formation de la CS saisie de l’appel et a donné gain de cause à Creston. Sattva interjette appel des décisions des deux formations de la CA, soit celle saisie de la demande d’autorisation et celle saisie de l’appel, devant la Cour.

II. Sentence arbitrale

[11] L’arbitre, Leon Getz, c.r., a donné gain de cause à Sattva, concluant qu’elle était en droit de recevoir des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US en actions, à raison de 0,15 \$ l’action.

[12] L’arbitre a fondé sa décision sur la définition du « cours » figurant dans l’entente :

[TRADUCTION] Qu’était donc le « cours » au sens de l’entente? Le communiqué de presse pertinent est celui qui a été publié le 26 mars [. . .] Il n’y avait pas de cours de clôture le 25 mars (la négociation des actions était suspendue à cette date). Par conséquent, le « dernier cours de clôture », au sens où cette expression est employée dans la définition, était de 0,15 \$, soit le cours de clôture des actions de [Creston] le 30 janvier, le jour précédant la suspension des opérations « jusqu’à nouvel ordre » [. . .] Cette conclusion ne nécessite aucune extension de sens des mots employés dans la définition qui figure au contrat. Au contraire, elle concorde littéralement avec la définition. [par. 22]

[13] L’entente et les honoraires d’intermédiation devaient être approuvés par la Bourse. Creston était chargée d’obtenir cette approbation. L’arbitre a conclu qu’il était implicitement ou expressément prévu dans l’entente que Creston ferait de son mieux pour obtenir l’approbation de la Bourse. Selon lui, Creston n’avait pas fait de son mieux pour y arriver.

[14] Comme nous l’avons expliqué, les honoraires d’intermédiation se payaient en actions à moins d’avis contraire de la part de Sattva. L’arbitre a

Sattva never made such an election. Despite this, Creston represented to the TSXV that the finder's fee was to be paid in cash. The TSXV conditionally approved a finder's fee of US\$1.5 million to be paid in cash. Sattva first learned that the fee had been approved as a cash payment in early June 2007. When Sattva raised this matter with Creston, Creston responded by saying that Sattva had the choice of taking the finder's fee in cash or in shares priced at \$0.70.

[15] Sattva maintained that it was entitled to have the finder's fee paid in shares priced at \$0.15. Creston asked its lawyer to contact the TSXV to clarify the minimum share price it would approve for payment of the finder's fee. The TSXV confirmed on June 7, 2007 over the phone and August 9, 2007 via email that the minimum share price that could be used to pay the finder's fee was \$0.70 per share. The arbitrator found that Creston "consistently misrepresented or at the very least failed to disclose fully the nature of the obligation it had undertaken to Sattva" (para. 56(k)) and "that in the absence of an election otherwise, Sattva is entitled under that Agreement to have that fee paid in shares at \$0.15" (para. 56(g)). The arbitrator found that the first time Sattva's position was squarely put before the TSXV was in a letter from Sattva's solicitor on October 9, 2007.

[16] The arbitrator found that had Creston used its best efforts, the TSXV could have approved the payment of the finder's fee in shares priced at \$0.15 and such a decision would have been consistent with its policies. He determined that there was "a substantial probability that [TSXV] approval would have been given" (para. 81). He assessed that probability at 85 percent.

[17] The arbitrator found that Sattva could have sold its Creston shares after a four-month holding period at between \$0.40 and \$0.44 per share, netting proceeds of between \$4,583,914 and \$5,156,934.

conclu que Sattva n'avait pas manifesté de choix. Malgré cela, Creston a déclaré à la Bourse que les honoraires d'intermédiation seraient versés en argent. La Bourse a donc approuvé conditionnellement le versement d'une somme de 1,5 million \$US en argent. Sattva a appris qu'un versement en argent de ses honoraires avait été approuvé au début du mois de juin 2007. Quand Sattva a abordé ce point avec Creston, cette dernière a répondu que Sattva avait le choix de percevoir ses honoraires en argent ou en actions, à raison de 0,70 \$ l'action.

[15] Sattva a soutenu qu'elle avait droit au versement des honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. Creston a demandé à ses avocats de communiquer avec la Bourse afin qu'elle indique la valeur minimale de l'action qu'elle approuverait pour le versement des honoraires d'intermédiation. La Bourse a confirmé, par téléphone le 7 juin 2007 et par courriel le 9 août de la même année, qu'un cours minimal de 0,70 \$ l'action s'appliquait aux fins du calcul des honoraires d'intermédiation. Selon l'arbitre, Creston [TRADUCTION] « a constamment fait des déclarations inexactes quant à l'obligation qu'elle avait contractée envers Sattva ou, à tout le moins, omis d'en divulguer complètement la nature » (par. 56(k)) et qu'« à moins que Sattva n'en décide autrement, elle a le droit aux termes de l'entente de percevoir ces honoraires sous forme d'actions, à raison de 0,15 \$ l'action » (par. 56(g)). Selon l'arbitre, la position de Sattva a été véritablement présentée à la Bourse pour la première fois dans la lettre de l'avocat de celle-ci datée du 9 octobre 2007.

[16] L'arbitre était d'avis que si Creston avait fait de son mieux, la Bourse aurait pu approuver le versement des honoraires d'intermédiation sous forme d'actions, à 0,15 \$ l'action, et qu'une telle décision aurait été conforme à ses politiques. Il a affirmé que [TRADUCTION] « [la Bourse] aurait fort probablement donné son approbation » (par. 81) et il a évalué cette probabilité à 85 p. 100.

[17] Selon l'arbitre, Sattva aurait pu vendre ses actions de Creston après quatre mois à un prix variant entre 0,40 et 0,44 \$ l'unité, ce qui aurait représenté un produit net situé dans une fourchette de

The arbitrator took the average of those two amounts, which came to \$4,870,424, and then assessed damages at 85 percent of that number, which came to \$4,139,860, and rounded it to \$4,140,000 plus costs.

[18] After this award was made, Creston made a cash payment of US\$1.5 million (or the equivalent in Canadian dollars) to Sattva. The balance of the damages awarded by the arbitrator was placed in the trust account of Sattva's solicitors.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079*

[19] The SC Leave Court denied leave to appeal because it found the question on appeal was not a question of law as required under s. 31 of the AA. In the judge's view, the issue was one of mixed fact and law because the arbitrator relied on the "factual matrix" in coming to his conclusion. Specifically, determining how the finder's fee was to be paid involved examining "the TSX's policies concerning the maximum amount of the finder's fee payable, as well as the discretionary powers granted to the Exchange in determining that amount" (para. 35).

[20] The judge found that even had he found a question of law was at issue he would have exercised his discretion against granting leave because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee to the TSXV and Sattva, and "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41).

4 583 914 \$ à 5 156 934 \$. Établissant la moyenne de ces deux sommes d'argent à 4 870 424 \$, l'arbitre a ensuite évalué les dommages-intérêts à 85 p. 100 de ce nombre, soit 4 139 860 \$, qu'il a ensuite arrondi à la hausse, pour obtenir 4 140 000 \$, plus les dépens.

[18] Après le prononcé de cette sentence arbitrale, Creston a versé 1,5 million \$US (ou l'équivalent en dollars canadiens) à Sattva. Le solde des dommages-intérêts accordés par l'arbitre a été placé dans le compte en fiducie des avocats de Sattva.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079*

[19] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande d'autorisation d'appel parce qu'elle était d'avis que la question soulevée n'était pas une question de droit, un critère prévu à l'art. 31 de l'AA. Selon le juge, il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit puisque l'arbitre avait appuyé sa conclusion sur le [TRADUCTION] « fondement factuel ». Plus précisément, pour déterminer sous quelle forme les honoraires d'intermédiation devaient être versés, il fallait examiner « les politiques de la TSX se rapportant au plafond applicable aux honoraires d'intermédiation, ainsi que les pouvoirs discrétionnaires dont dispose la Bourse pour déterminer le montant des honoraires » (par. 35).

[20] Le juge a conclu que, même s'il avait été d'avis que le litige soulevait une question de droit, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation d'appel en raison des déclarations inexactes faites par Creston à propos des honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva, et par égard pour le [TRADUCTION] « principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41).

B. *British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239*

[21] The CA Leave Court reversed the SC Leave Court and granted Creston’s application for leave to appeal the arbitral award. It found the SC Leave Court “err[ed] in failing to find that the arbitrator’s failure to address the meaning of s. 3.1 of the Agreement (and in particular the ‘maximum amount’ provision) raised a question of law” (para. 23). The CA Leave Court decided that the construction of s. 3.1 of the Agreement, and in particular the “maximum amount” proviso, was a question of law because it did not involve reference to the facts of what the TSXV was told or what it decided.

[22] The CA Leave Court acknowledged that Creston was “less than forthcoming in its dealings with Mr. Le and the [TSXV]” but said that “these facts are not directly relevant to the question of law it advances on the appeal” (para. 27). With respect to the SC leave judge’s reference to the preservation of the integrity of the arbitration system, the CA Leave Court said that the parties would have known when they chose to enter arbitration under the AA that an appeal on a question of law was possible. Additionally, while the finality of arbitration is an important factor in exercising discretion, when “a question of law arises on a matter of importance and a miscarriage of justice might be perpetrated if an appeal were not available, the integrity of the process requires, at least in the circumstances of this case, that the right of appeal granted by the legislation also be respected” (para. 29).

C. *British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597*

[23] Armstrong J. reviewed the arbitrator’s decision on a correctness standard. He dismissed the

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d’autorisation d’appel, 2010 BCCA 239*

[21] La Cour d’appel a infirmé la décision de la Cour suprême et a accueilli la demande, présentée par Creston, en autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour suprême avait [TRADUCTION] « commis une erreur en ne reconnaissant pas que l’omission par l’arbitre d’examiner la signification de l’art. 3.1 de l’entente (et plus particulièrement de la stipulation relative au “plafond”) soulevait une question de droit » (par. 23). La Cour d’appel a conclu que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente, et plus particulièrement de la stipulation relative au « plafond », constituait une question de droit parce qu’elle ne reposait pas sur les faits de l’affaire, à savoir les renseignements communiqués à la Bourse et la décision de cette dernière.

[22] La Cour d’appel a reconnu que Creston s’était montrée [TRADUCTION] « moins que franche dans ses démarches auprès de M. Le et de [la Bourse] », mais a déclaré que « ces faits n’intéressent pas directement la question de droit qu’elle soulève en appel » (par. 27). Au sujet de la remarque sur la préservation de l’intégrité du système d’arbitrage formulée par la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation d’appel, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a dit que les parties, quand elles ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage en vertu de l’AA, savaient que l’appel d’une question de droit était possible. De plus, bien que l’irrévocabilité de la sentence arbitrale constitue un facteur important dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire, lorsqu’« une question de droit importante est soulevée et qu’il y a risque d’erreur judiciaire en cas d’impossibilité d’interjeter appel, l’intégrité du processus exige, du moins dans les circonstances de l’espèce, que le droit d’appel conféré par la loi soit respecté » (par. 29).

C. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2011 BCSC 597*

[23] Le juge Armstrong a contrôlé la sentence arbitrale selon la norme de la décision correcte. Il

appeal, holding the arbitrator's interpretation of the Agreement was correct.

[24] Armstrong J. found that the plain and ordinary meaning of the Agreement required that the US\$1.5 million fee be paid in shares priced at \$0.15. He did not find the meaning to be absurd simply because the price of the shares at the date the fee became payable had increased in relation to the price determined according to the Market Price definition. He was of the view that changes in the price of shares over time are inevitable, and that the parties, as sophisticated business persons, would have reasonably understood a fluctuation in share price to be a reality when providing for a fee payable in shares. According to Armstrong J., it is indeed because of market fluctuations that it is necessary to choose a specific date to price the shares in advance of payment. He found that this was done by defining "Market Price" in the Agreement, and that the fee remained US\$1.5 million in \$0.15 shares as determined by the Market Price definition regardless of the price of the shares at the date that the fee was payable.

[25] According to Armstrong J., that the price of the shares may be more than the Market Price definition price when they became payable was foreseeable as a "natural consequence of the fee agreement" (para. 62). He was of the view that the risk was borne by Sattva, since the price of the shares could increase, but it could also decrease such that Sattva would have received shares valued at less than the agreed upon fee of US\$1.5 million.

[26] Armstrong J. held that the arbitrator's interpretation which gave effect to both the Market Price definition and the "maximum amount" proviso should be preferred to Creston's interpretation of the agreement which ignored the Market Price definition.

[27] In response to Creston's argument that the arbitrator did not consider s. 3.1 of the Agreement

a rejeté l'appel et conclu que l'interprétation de l'entente proposée par l'arbitre était correcte.

[24] Le juge Armstrong estimait que, selon le sens ordinaire de l'entente, les honoraires de 1,5 million \$US devaient être versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Il n'estimait pas une telle interprétation absurde du simple fait que le cours de l'action à la date du versement des honoraires était supérieur à celui déterminé suivant la définition du cours. Selon lui, avec le temps, la fluctuation des cours est inévitable, et dès lors qu'elles ont prévu la possibilité du versement des honoraires en actions, les parties, des entreprises averties, devaient raisonnablement s'attendre à la fluctuation du marché. De l'avis du juge Armstrong, c'est d'ailleurs à cause de cette fluctuation qu'il faut indiquer une date précise qui servira à déterminer la valeur de l'action avant le versement. Il est arrivé à la conclusion que pour ce faire, le « cours » était défini dans l'entente et que le montant des honoraires demeurait 1,5 million \$US, à payer sous forme d'actions à raison de 0,15 \$ l'unité, cette valeur étant établie suivant la définition du cours, sans égard à la valeur de l'action à la date du versement des honoraires.

[25] Selon le juge Armstrong, il était prévisible que le cours de l'action à la date du versement soit supérieur à celui établi conformément à la définition du cours et il s'agissait là d'une [TRADUCTION] « conséquence naturelle de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation » (par. 62). Il était d'avis que le risque était assumé par Sattva, puisque le prix de l'action pouvait certes augmenter, mais il pouvait aussi diminuer, de sorte que Sattva aurait alors reçu un portefeuille d'actions d'une valeur inférieure au montant des honoraires (1,5 million \$US) qui avait été convenu.

[26] Le juge Armstrong était d'avis que l'interprétation de l'arbitre, laquelle donnait effet à la définition du cours et à la stipulation relative au « plafond », était préférable à celle de Creston, qui faisait fi de la définition du cours.

[27] En réponse à l'argument de Creston selon lequel l'arbitre n'avait pas examiné l'art. 3.1 de

which contains the “maximum amount” proviso, Armstrong J. noted that the arbitrator explicitly addressed the “maximum amount” proviso at para. 23 of his decision.

D. British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329

[28] The CA Appeal Court allowed Creston’s appeal, ordering that the payment of US\$1.5 million that had been made by Creston to Sattva on account of the arbitrator’s award constituted payment in full of the finder’s fee. The court reviewed the arbitrator’s decision on a standard of correctness.

[29] The CA Appeal Court found that both it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court. There were two findings that were binding: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but shares valued at approximately \$8 million if Sattva took its fee in shares; and (2) the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement.

[30] The Court of Appeal found that it was an absurd result to find that Sattva is entitled to an \$8 million finder’s fee in light of the fact that the “maximum amount” proviso in the Agreement limits the finder’s fee to US\$1.5 million. The court was of the view that the proviso limiting the fee to US\$1.5 million “when paid” should be given paramount effect (para. 47). In its opinion, giving effect to the Market Price definition could not have been the intention of the parties, nor could it have been in accordance with good business sense.

IV. Issues

[31] The following issues arise in this appeal:

l’entente, qui contient la stipulation relative au « plafond », le juge Armstrong a souligné que l’arbitre avait fait expressément référence à cette stipulation au par. 23 de la sentence arbitrale.

D. Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2012 BCCA 329

[28] La Cour d’appel a accueilli l’appel de Creston et a statué que la somme de 1,5 million \$US versée par Creston en faveur de Sattva en exécution de la sentence arbitrale constituait le paiement intégral des honoraires d’intermédiation. La cour a contrôlé la sentence arbitrale suivant la norme de la décision correcte.

[29] La formation de la CA saisie de l’appel s’estimait liée, de même que la Cour suprême, par deux conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, à savoir : 1^o il serait incongru que l’entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d’actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2^o l’arbitre n’a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l’art. 3.1 de l’entente.

[30] Selon la Cour d’appel, conclure que Sattva avait droit à des honoraires d’intermédiation de 8 millions \$ menait à un résultat absurde, étant donné la stipulation de l’entente relative au « plafond », qui limite le montant de tels honoraires à 1,5 million \$US. La cour était d’avis qu’il faudrait donner l’effet prépondérant à cette stipulation qui limite à 1,5 million \$US les honoraires [TRADUCTION] « à la date de leur versement » (par. 47). Elle était d’avis que donner effet à la définition du cours ne saurait avoir été l’intention des parties, et ce n’était pas non plus une décision sensée sur le plan commercial.

IV. Questions en litige

[31] Les questions suivantes sont soulevées dans le présent pourvoi :

- | | |
|--|--|
| <p>(a) Is the issue of whether the CA Leave Court erred in granting leave under s. 31(2) of the AA properly before this Court?</p> <p>(b) Did the CA Leave Court err in granting leave under s. 31(2) of the AA?</p> <p>(c) If leave was properly granted, what is the appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under the AA?</p> <p>(d) Did the arbitrator reasonably construe the Agreement as a whole?</p> <p>(e) Did the CA Appeal Court err in holding that it was bound by comments regarding the merits of the appeal made by the CA Leave Court?</p> | <p>a) La Cour a-t-elle été saisie à bon droit de la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>b) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>c) Si l’autorisation a été accordée à bon droit, quelle norme de contrôle convient-il d’appliquer aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l’AA?</p> <p>d) L’arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l’entente dans son ensemble?</p> <p>e) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en s’estimant liée par les remarques formulées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation au sujet du bien-fondé de l’appel?</p> |
|--|--|

V. Analysis

A. *The Leave Issue Is Properly Before This Court*

[32] Sattva argues, in part, that the CA Leave Court erred in granting leave to appeal from the arbitrator’s decision. In Sattva’s view, the CA Leave Court did not identify a question of law, a requirement to obtain leave pursuant to s. 31(2) of the AA. Creston argues that this issue is not properly before this Court. Creston makes two arguments in support of this point.

[33] First, Creston argues that this issue was not advanced in Sattva’s application for leave to appeal to this Court. This argument must fail. Unless this Court places restrictions in the order granting leave, the order granting leave is “at large”. Accordingly, appellants may raise issues on appeal that were not set out in the leave application. However, the Court may exercise its discretion to refuse to deal with issues that were not addressed in the courts below, if there is prejudice to the respondent, or if for any other reason the Court considers it appropriate not to deal with a question.

V. Analyse

A. *Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l’autorisation*

[32] Sattva prétend notamment que la Cour d’appel a commis une erreur en accordant l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour d’appel n’a cerné aucune question de droit, alors que l’autorisation est subordonnée à l’existence d’une telle question, aux termes du par. 31(2) de l’AA. Creston soutient que la Cour n’est pas saisie à bon droit de cette question et avance deux arguments à l’appui de sa position.

[33] Premièrement, Creston fait valoir que cette question n’était pas soulevée dans la demande d’autorisation d’appel que Sattva a présentée à la Cour. Cet argument ne saurait tenir. À moins que la Cour n’impose des restrictions dans l’ordonnance accordant l’autorisation, cette ordonnance est de « portée générale ». Par conséquent, l’appelant peut soulever en appel une question qui n’était pas énoncée dans la demande d’autorisation. La Cour peut toutefois exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de trancher une question qui n’a pas été abordée par les tribunaux d’instance inférieure, s’il en résulte un préjudice pour l’intimé, ou si, pour toute autre raison, elle juge opportun de ne pas la trancher.

[34] Here, this Court's order granting leave to appeal from both the CA Leave Court decision and the CA Appeal Court decision contained no restrictions (2013 CanLII 11315). The issue — whether the proposed appeal was on a question of law — was expressly argued before, and was dealt with in the judgments of, the SC Leave Court and the CA Leave Court. There is no reason Sattva should be precluded from raising this issue on appeal despite the fact it was not mentioned in its application for leave to appeal to this Court.

[35] Second, Creston argues that the issue of whether the CA Leave Court identified a question of law is not properly before this Court because Sattva did not contest this decision before all of the lower courts. Specifically, Creston states that Sattva did not argue that the question on appeal was one of mixed fact and law before the SC Appeal Court and that it conceded the issue on appeal was a question of law before the CA Appeal Court. This argument must also fail. At the SC Appeal Court, it was not open to Sattva to reargue the question of whether leave should have been granted. The SC Appeal Court was bound by the CA Leave Court's finding that leave should have been granted, including the determination that a question of law had been identified. Accordingly, Sattva could hardly be expected to reargue before the SC Appeal Court a question that had been determined by the CA Leave Court. There is nothing in the AA to indicate that Sattva could have appealed the leave decision made by a panel of the Court of Appeal to another panel of the same court. The fact that Sattva did not reargue the issue before the SC Appeal Court or CA Appeal Court does not prevent it from raising the issue before this Court, particularly since Sattva was also granted leave to appeal the CA Leave Court decision by this Court.

[34] En l'espèce, l'ordonnance accordant l'autorisation d'interjeter appel des deux décisions de la Cour d'appel, sur la demande d'autorisation d'appel et sur l'appel, ne comportait aucune restriction (2013 CanLII 11315). La question — à savoir si l'appel proposé soulevait une question de droit — a été expressément débattue devant les formations de la CS et de la CA saisies de la demande d'autorisation, qui l'ont tranchée. Rien n'empêche Sattva de soulever cette question en appel, même si elle ne l'a pas mentionnée dans la demande d'autorisation d'appel qu'elle a présentée à la Cour.

[35] Deuxièmement, Creston soutient que la Cour n'a pas été saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a cerné une question de droit parce que Sattva n'a pas contesté la décision rendue à ce sujet devant tous les tribunaux d'instance inférieure. Plus précisément, aux dires de Creston, Sattva n'aurait pas fait valoir devant la formation de la CS saisie de l'appel que l'appel soulevait une question mixte de fait et de droit et aurait reconnu devant la Cour d'appel que l'appel soulevait une question de droit. Un tel argument ne tient pas. Devant la formation de la CS saisie de l'appel, il n'était pas possible pour Sattva de débattre à nouveau de la question de savoir si l'autorisation aurait dû être accordée. La formation de la CS saisie de l'appel était liée par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, à savoir que l'autorisation était opportune et qu'une question de droit avait été cernée. Ainsi, Sattva ne pouvait guère plaider devant la formation de la CS saisie de l'appel un point sur lequel la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation s'était déjà prononcée. Rien dans l'AA n'habilite Sattva à interjeter appel de la décision sur la demande d'autorisation d'appel rendue par une formation de la Cour d'appel à une autre formation de la même cour. Ce n'est pas parce que Sattva n'a pas plaidé à nouveau le point devant la formation de la CS saisie de l'appel ou devant la formation de la CA saisie de l'appel qu'elle ne peut le soulever devant notre Cour, tout particulièrement étant donné que Sattva a obtenu de notre Cour l'autorisation d'appeler de la décision rendue par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation.

[36] While this Court may decline to grant leave where an issue sought to be argued before it was not argued in the courts appealed from, that is not this case. Here, whether leave from the arbitrator's decision had been sought by Creston on a question of law or a question of mixed fact and law had been argued in the lower leave courts.

[37] Accordingly, the issue of whether the CA Leave Court erred in finding a question of law for the purposes of granting leave to appeal is properly before this Court.

B. The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA

(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA

[38] Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the AA. Under s. 31(1), appeals are limited to either questions of law where the parties consent to the appeal or to questions of law where the parties do not consent but where leave to appeal is granted. Section 31(2) of the AA, reproduced in its entirety in Appendix III, sets out the requirements for leave:

- (2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that
- (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.

[36] Ainsi, la Cour peut certes refuser l'autorisation si la question que l'on cherche à soulever devant elle n'a pas été plaidée devant les tribunaux d'instance inférieure, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, les arguments sur le fondement de la demande d'autorisation d'appel de la sentence arbitrale présentée par Creston — à savoir si elle soulevait une question de droit ou une question mixte de fait et de droit — avaient été plaidés devant les formations saisies des demandes d'autorisation.

[37] Par conséquent, la Cour est saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA qui a accueilli la demande d'autorisation a conclu à tort que l'appel soulevait une question de droit.

B. La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA

(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA

[38] L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'AA. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit dans le cas où les parties consentent à l'appel ou, en l'absence de consentement, dans les cas où l'autorisation d'appel est accordée. Le paragraphe 31(2) de l'AA, reproduit intégralement à l'annexe III, énonce les critères d'autorisation :

[TRADUCTION]

- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
- (a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - (b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - (c) la question de droit est d'importance publique.

[39] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA give the courts judicial discretion to deny leave even where the statutory requirements have been met (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (“*BCIT*”), at paras. 25-26). Appellate review of an arbitrator’s award will only occur where the requirements of s. 31(2) are met and where the leave court does not exercise its residual discretion to nonetheless deny leave.

[40] Although Creston’s application to the SC Leave Court sought leave pursuant to s. 31(2)(a), (b) and (c), it appears the arguments before that court and throughout focused on s. 31(2)(a). The SC Leave Court’s decision quotes a lengthy passage from *BCIT* that focuses on the requirements of s. 31(2)(a). The SC Leave Court judge noted that both parties conceded the first requirement of s. 31(2)(a): that the issue be of importance to the parties. The CA Leave Court decision expressed concern that denying leave might give rise to a miscarriage of justice — a criterion only found in s. 31(2)(a). Finally, neither the lower courts’ leave decisions nor the arguments before this Court reflected arguments about the question of law being important to some class or body of persons of which the applicant is a member (s. 31(2)(b)) or being a point of law of general or public importance (s. 31(2)(c)). Accordingly, the following analysis will focus on s. 31(2)(a).

(2) The Result Is Important to the Parties

[41] In order for leave to be granted from a commercial arbitral award, a threshold requirement must be met: leave must be sought on a question of law. However, before dealing with that issue, it will be convenient to quickly address another requirement of s. 31(2)(a) on which the parties agree: whether

[39] De l’avis des tribunaux de la C.-B., l’expression [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » qui figure au par. 31(2) de l’AA confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui l’habilite à refuser l’autorisation même lorsque les critères légaux sont respectés (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (« *BCIT* »), par. 25-26). L’appel d’une sentence arbitrale n’est donc entendu que si les critères du par. 31(2) sont remplis et que le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne refuse pas néanmoins l’autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[40] Bien que Creston ait présenté une demande d’autorisation à la Cour suprême sur le fondement des al. 31(2)(a), (b) et (c), il semble que les arguments invoqués devant elle et au cours des autres instances portaient sur l’al. 31(2)(a). La décision de la Cour suprême sur la demande d’autorisation reprend un long passage tiré de l’affaire *BCIT* axé sur les éléments de l’al. 31(2)(a). La Cour suprême y souligne que les deux parties reconnaissent qu’il est satisfait au premier élément de l’al. 31(2)(a), c’est-à-dire que la question est importante pour les parties. Dans sa décision sur la demande d’autorisation d’appel, la Cour d’appel a dit craindre que refuser l’autorisation ne donne lieu à une erreur judiciaire — un critère prévu seulement à l’al. 31(2)(a). Enfin, ni les décisions sur les demandes d’autorisation des tribunaux d’instance inférieure ni les arguments soulevés devant notre Cour ne traitent des autres critères, à savoir que la question de droit revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie (al. 31(2)(b)) ou est d’importance publique (al. 31(2)(c)). Par conséquent, l’analyse qui suit porte principalement sur l’al. 31(2)(a).

(2) L’issue est importante pour les parties

[41] L’autorisation d’interjeter appel d’une sentence arbitrale commerciale est subordonnée au respect d’un critère minimal : l’appel doit porter sur une question de droit. Toutefois, avant d’aborder ce sujet, il convient d’examiner sommairement un autre élément requis par l’al. 31(2)(a) et sur lequel

the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. Justice Saunders explained this criterion in *BCIT* as requiring that the result of the arbitration be “sufficiently important”, in terms of principle or money, to the parties to justify the expense and time of court proceedings (para. 27). The parties in this case have agreed that the result of the arbitration is of importance to each of them. In view of the relatively large monetary amount in dispute and in light of the fact that the parties have agreed that the result is important to them, I accept that the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. This requirement of s. 31(2)(a) is satisfied.

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law

(a) *When Is Contractual Interpretation a Question of Law?*

[42] Under s. 31 of the AA, the issue upon which leave is sought must be a question of law. For the purpose of identifying the appropriate standard of review or, as is the case here, determining whether the requirements for leave to appeal are met, reviewing courts are regularly required to determine whether an issue decided at first instance is a question of law, fact, or mixed fact and law.

[43] Historically, determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law (*King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 20, per Steel J.A.; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5th ed. 2011 & Supp. 2013), at pp. 173-76; and G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 125-26). This rule originated in England at a time when there were frequent civil jury trials and widespread illiteracy. Under those circumstances, the interpretation of written documents had to be considered questions of law because only the judge could be

s’entendent les parties, à savoir que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties doit justifier l’intervention du tribunal. Selon l’explication donnée par la juge Saunders de ce critère dans *BCIT*, il faut que l’issue de l’arbitrage soit [TRADUCTION] « suffisamment importante » aux yeux des parties, pour le principe ou les sommes d’argent en jeu, pour justifier le coût et la longueur d’une instance (par. 27). Les parties en l’espèce ont convenu que l’issue de l’arbitrage revêt de l’importance pour chacune. Étant donné la somme relativement considérable en litige et compte tenu du fait que les parties s’entendent pour dire que l’issue est importante pour elles, je conviens que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties justifie l’intervention du tribunal. Cette condition prévue à l’al. 31(2)(a) est remplie.

(3) La question soulevée n’est pas une question de droit

a) *Dans quelles circonstances l’interprétation contractuelle est-elle une question de droit?*

[42] Aux termes de l’art. 31 de l’AA, la demande d’autorisation d’appel doit porter sur une question de droit. Pour déterminer la norme de contrôle applicable ou, comme c’est le cas en l’espèce, pour déterminer si les critères d’autorisation sont respectés, le tribunal siégeant en révision est régulièrement appelé à décider si une question tranchée en première instance est une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[43] Autrefois, la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortissait à une question de droit (*King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 20, la juge Steel; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5^e éd. 2011 et suppl. 2013), p. 173-176; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012), p. 125-126). Cette règle a pris naissance en Angleterre, à une époque où les procès civils devant jury étaient fréquents et l’analphabétisme courant. Dans de telles circonstances, l’interprétation des documents écrits devait être assimilée à une question de droit parce que le juge était le seul dont on

assured to be literate and therefore capable of reading the contract (Hall, at p. 126; and Lewison, at pp. 173-74).

[44] This historical rationale no longer applies. Nevertheless, courts in the United Kingdom continue to treat the interpretation of a written contract as always being a question of law (*Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, at paras. 58 and 82-83; and Lewison, at pp. 173-77). They do this despite the fact that U.K. courts consider the surrounding circumstances, a concept addressed further below, when interpreting a written contract (*Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); and *Rear-don Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] In Canada, there remains some support for the historical approach. See for example *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), at para. 10; *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, at para. 26; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, at paras. 11-12; and *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78, at para. 34. However, some Canadian courts have abandoned the historical approach and now treat the interpretation of written contracts as an exercise involving either a question of law or a question of mixed fact and law. See for example *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 11; 269893 *Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, at para. 13; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 44; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, at paras. 22-23 (majority reasons, *per* Blair J.A.) and paras. 133-35 (*per* Gillese J.A., in dissent, but not on this point); and *King*, at paras. 20-23.

[46] The shift away from the historical approach in Canada appears to be based on two developments. The first is the adoption of an approach to contractual interpretation which directs courts to have regard for the surrounding circumstances of the contract

pouvait être certain qu'il savait lire et écrire et, par conséquent, qu'il était en mesure de prendre connaissance du contrat (Hall, p. 126; Lewison, p. 173-174).

[44] Cette justification historique ne s'applique plus. Néanmoins, pour les tribunaux du Royaume-Uni, l'interprétation d'un contrat écrit ressortit toujours à une question de droit (*Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, par. 58 et 82-83; Lewison, p. 173-177), et ce, même s'ils tiennent compte des circonstances — un concept que nous aborderons — dans l'interprétation du contrat écrit (*Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); *Rear-don Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] Au Canada, l'approche historique n'a pas perdu tous ses adeptes. Voir par exemple *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), par. 10; *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, par. 26; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, par. 11-12; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII), par. 34. Or, des tribunaux canadiens ont délaissé l'approche historique au profit d'une nouvelle démarche qui conçoit l'interprétation des contrats écrits soit comme une question de droit soit comme une question mixte de fait et de droit. Voir par exemple *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 11; 269893 *Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, par. 13; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 44; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, par. 22-23 (les juges majoritaires, sous la plume du juge Blair) et par. 133-135 (la juge Gillese, dissidente, mais pas sur ce point); *King*, par. 20-23.

[46] La tendance à délaissé l'approche historique au Canada semble s'expliquer par deux changements. Le premier est l'adoption d'une méthode d'interprétation contractuelle qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances — que l'on appelle

— often referred to as the factual matrix — when interpreting a written contract (Hall, at pp. 13, 21-25 and 127; and J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 749-51). The second is the explanation of the difference between questions of law and questions of mixed fact and law provided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35, and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26 and 31-36.

[47] Regarding the first development, the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction. The overriding concern is to determine “the intent of the parties and the scope of their understanding” (*Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at para. 27, *per* LeBel J.; see also *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 64-65, *per* Cromwell J.). To do so, a decision-maker must read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract. Consideration of the surrounding circumstances recognizes that ascertaining contractual intention can be difficult when looking at words on their own, because words alone do not have an immutable or absolute meaning:

No contracts are made in a vacuum; there is always a setting in which they have to be placed. . . . In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating.

(*Reardon Smith Line*, at p. 574, *per* Lord Wilberforce)

[48] The meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement (see *Moore Realty Inc.*

souvent le fondement factuel — dans l’interprétation d’un contrat écrit (Hall, p. 13, 21-25 et 127; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 749-751). Le deuxième découle des explications formulées dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35, et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26 et 31-36, sur ce qui distingue la question de droit de la question mixte de fait et de droit.

[47] Relativement au premier changement, l’interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière d’interprétation. La question prédominante consiste à discerner « l’intention des parties et la portée de l’entente » (*Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 27, le juge LeBel; voir aussi *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 64-65, le juge Cromwell). Pour ce faire, le décideur doit interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat. Par l’examen des circonstances, on reconnaît qu’il peut être difficile de déterminer l’intention contractuelle à partir des seuls mots, car les mots en soi n’ont pas un sens immuable ou absolu :

[TRADUCTION] Aucun contrat n’est conclu dans l’abstrait : les contrats s’inscrivent toujours dans un contexte. [. . .] Lorsqu’un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d’autre part une connaissance de l’origine de l’opération, de l’historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

(*Reardon Smith Line*, p. 574, le lord Wilberforce)

[48] Le sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l’objet de l’entente et la nature des rapports créés par celle-ci (voir *Moore Realty Inc. c. Manitoba*

v. Manitoba Motor League, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, at para. 15, *per* Hamilton J.A.; see also Hall, at p. 22; and McCamus, at pp. 749-50). As stated by Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.):

The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[49] As to the second development, the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and *Southam*. Questions of law “are questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35). Yet in contractual interpretation, the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties — a fact-specific goal — through the application of legal principles of interpretation. This appears closer to a question of mixed fact and law, defined in *Housen* as “applying a legal standard to a set of facts” (para. 26; see also *Southam*, at para. 35). However, some courts have questioned whether this definition, which was developed in the context of a negligence action, can be readily applied to questions of contractual interpretation, and suggest that contractual interpretation is primarily a legal affair (see for example *Bell Canada*, at para. 25).

[50] With respect for the contrary view, I am of the opinion that the historical approach should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix.

[51] The purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law further

Motor League, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, par. 15, la juge Hamilton; voir aussi Hall, p. 22; McCamus, p. 749-750). Pour reprendre les propos du lord Hoffmann dans *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.) :

[TRADUCTION] Le sens d’un document (ou toute autre déclaration) qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[49] Relativement au deuxième changement, l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et *Southam*. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35). Or, lorsqu’il s’agit d’interprétation contractuelle, le but de l’exercice consiste à déterminer l’intention objective des parties — un but axé sur les faits — par l’application des principes juridiques d’interprétation. Il me semble que cela se rapproche plutôt de la question mixte de fait et de droit, définie dans l’arrêt *Housen* comme supposant « l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits » (par. 26; voir aussi *Southam*, par. 35). Toutefois, certains tribunaux ont émis des doutes sur l’application directe de cette définition, qui avait été établie à l’égard d’une action intentée pour négligence, à des questions d’interprétation contractuelle et laissent entendre que cette dernière est d’abord et avant tout une affaire de droit (voir par exemple *Bell Canada*, par. 25).

[50] Avec tout le respect que je dois aux tenants de l’opinion contraire, à mon avis, il faut rompre avec l’approche historique. L’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel.

[51] Cette conclusion est étayée par les raisons qui sous-tendent la distinction établie entre la

supports this conclusion. One central purpose of drawing a distinction between questions of law and those of mixed fact and law is to limit the intervention of appellate courts to cases where the results can be expected to have an impact beyond the parties to the particular dispute. It reflects the role of courts of appeal in ensuring the consistency of the law, rather than in providing a new forum for parties to continue their private litigation. For this reason, *Southam* identified the degree of generality (or “precedential value”) as the key difference between a question of law and a question of mixed fact and law. The more narrow the rule, the less useful will be the intervention of the court of appeal:

If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future. [para. 37]

[52] Similarly, this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

question de droit et la question mixte de fait et de droit. En distinguant ces deux catégories, on visait principalement à restreindre l’intervention de la juridiction d’appel aux affaires qui entraîneraient probablement des répercussions qui ne seraient pas limitées aux parties au litige. Ainsi, le rôle des cours d’appel, qui consiste à assurer la cohérence du droit, et non à offrir aux parties une nouvelle tribune leur permettant de poursuivre leur litige privé, est préservé. C’est pourquoi la Cour dans l’arrêt *Southam* reconnaît le degré de généralité (ou « la valeur comme précédents ») comme la principale différence entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. Plus la règle est stricte, moins l’intervention de la cour d’appel sera utile :

Si une cour décidait que le fait d’avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l’affaire prend le caractère d’une question d’application pure, et s’approche donc d’une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu’il n’est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n’est pas susceptible de présenter beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir. [par. 37]

[52] De même, la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[53] Nonetheless, it may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law (*Housen*, at paras. 31 and 34-35). Legal errors made in the course of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (*King*, at para. 21). Moreover, there is no question that many other issues in contract law do engage substantive rules of law: the requirements for the formation of the contract, the capacity of the parties, the requirement that certain contracts be evidenced in writing, and so on.

[54] However, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Given the statutory requirement to identify a question of law in a leave application pursuant to s. 31(2) of the AA, the applicant for leave and its counsel will seek to frame any alleged errors as questions of law. The legislature has sought to restrict such appeals, however, and courts must be careful to ensure that the proposed ground of appeal has been properly characterized. The warning expressed in *Housen* to exercise caution in attempting to extricate a question of law is relevant here:

Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” . . . [para. 36]

[55] Although that caution was expressed in the context of a negligence case, it applies, in my opinion, to contractual interpretation as well. As mentioned above, the goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. The close relationship between the selection and application of principles of

[53] Néanmoins, il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit (*Housen*, par. 31 et 34-35). L’interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment [TRADUCTION] « appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*King*, par. 21). En outre, il est indubitable que nombre d’autres questions se posant en droit des contrats mettent en jeu des règles de droit substantiel : les critères de formation du contrat, la capacité des parties, l’obligation que soient constatés par écrit certains types de contrat, etc.

[54] Le tribunal doit cependant faire preuve de prudence avant d’isoler une question de droit dans un litige portant sur l’interprétation contractuelle. Compte tenu de l’obligation, prévue au par. 31(2) de l’AA, que la demande d’autorisation soulève une question de droit, le demandeur et son représentant chercheront à qualifier de question de droit toute erreur qu’ils invoquent. Toutefois, le législateur a pris des mesures visant à limiter ce genre d’appels, et les tribunaux doivent examiner soigneusement le motif d’appel proposé pour déterminer s’il est bien caractérisé. La mise en garde exprimée dans *Housen* qui appelle à la prudence lorsqu’il s’agit d’isoler une question de droit s’applique dans le cas présent :

Les cours d’appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu à la négligence, puisqu’il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit » . . . [par. 36]

[55] Certes, cette mise en garde a été formulée dans le contexte d’une action pour négligence, mais elle s’applique également à mon avis à l’interprétation contractuelle. Comme je le mentionne précédemment, le but de l’interprétation contractuelle — déterminer l’intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Le rapport

contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. In the absence of a legal error of the type described above, no appeal lies under the AA from an arbitrator's interpretation of a contract.

(b) *The Role and Nature of the “Surrounding Circumstances”*

[56] I now turn to the role of the surrounding circumstances in contractual interpretation and the nature of the evidence that can be considered. The discussion here is limited to the common law approach to contractual interpretation; it does not seek to apply to or alter the law of contractual interpretation governed by the *Civil Code of Québec*.

[57] While the surrounding circumstances will be considered in interpreting the terms of a contract, they must never be allowed to overwhelm the words of that agreement (*Hayes Forest Services*, at para. 14; and Hall, at p. 30). The goal of examining such evidence is to deepen a decision-maker's understanding of the mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract. The interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text and read in light of the entire contract (Hall, at pp. 15 and 30-32). While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a new agreement (*Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] The nature of the evidence that can be relied upon under the rubric of “surrounding circumstances” will necessarily vary from case to case. It does, however, have its limits. It should consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract (*King*,

étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. En l'absence d'une erreur de droit du genre de celles décrites plus haut, aucun droit d'appel de l'interprétation par un arbitre d'un contrat n'est prévu à l'AA.

b) *Le rôle et la nature des « circonstances »*

[56] Abordons le rôle des circonstances dans l'interprétation du contrat et la nature des éléments admis à l'examen. La présente analyse ne traite que de la démarche d'interprétation contractuelle fondée sur la common law; elle ne se veut ni une application ni une modification du droit relatif à l'interprétation contractuelle régi par le *Code civil du Québec*.

[57] Bien que les circonstances soient prises en considération dans l'interprétation des termes d'un contrat, elles ne doivent jamais les supplanter (*Hayes Forest Services*, par. 14; Hall, p. 30). Le décideur examine cette preuve dans le but de mieux saisir les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat. Une disposition contractuelle doit toujours être interprétée sur le fondement de son libellé et de l'ensemble du contrat (Hall, p. 15 et 30-32). Les circonstances sous-tendent l'interprétation du contrat, mais le tribunal ne saurait fonder sur elles une lecture du texte qui s'écarte de ce dernier au point de créer dans les faits une nouvelle entente (*Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] La nature de la preuve susceptible d'appartenir aux « circonstances » variera nécessairement d'une affaire à l'autre. Il y a toutefois certaines limites. Il doit s'agir d'une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat (*King*, par. 66 et 70), c'est-à-dire, les renseignements qui

at paras. 66 and 70), that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting. Subject to these requirements and the parol evidence rule discussed below, this includes, in the words of Lord Hoffmann, “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” (*Investors Compensation Scheme*, at p. 114). Whether something was or reasonably ought to have been within the common knowledge of the parties at the time of execution of the contract is a question of fact.

(c) *Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule*

[59] It is necessary to say a word about consideration of the surrounding circumstances and the parol evidence rule. The parol evidence rule precludes admission of evidence outside the words of the written contract that would add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing (*King*, at para. 35; and *Hall*, at p. 53). To this end, the rule precludes, among other things, evidence of the subjective intentions of the parties (*Hall*, at pp. 64-65; and *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paras. 54-59, *per* Iacobucci J.). The purpose of the parol evidence rule is primarily to achieve finality and certainty in contractual obligations, and secondarily to hamper a party’s ability to use fabricated or unreliable evidence to attack a written contract (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 341-42, *per* Sopinka J.).

[60] The parol evidence rule does not apply to preclude evidence of the surrounding circumstances. Such evidence is consistent with the objectives of finality and certainty because it is used as an interpretive aid for determining the meaning of the written words chosen by the parties, not to change or overrule the meaning of those words. The surrounding circumstances are facts known or facts

appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci. Compte tenu de ces exigences et de la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque que nous verrons, on entend par « circonstances », pour reprendre les propos du lord Hoffmann [TRADUCTION] « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Investors Compensation Scheme*, p. 114). La question de savoir si quelque chose appartenait ou aurait dû raisonnablement appartenir aux connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait.

c) *Tenir compte des circonstances n’est pas contraire à la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque*

[59] Quelques mots sur l’examen des circonstances et la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque s’imposent. Cette règle empêche l’admission d’éléments de preuve autres que les termes du contrat écrit qui auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d’y ajouter de nouvelles clauses ou d’en supprimer (*King*, par. 35; *Hall*, p. 53). À cette fin, la règle interdit notamment les éléments de preuve concernant les intentions subjectives des parties (*Hall*, p. 64-65; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 54-59, le juge Iacobucci). La règle vise, premièrement, à donner un caractère définitif et certain aux obligations contractuelles et, deuxièmement, à empêcher qu’une partie puisse utiliser des éléments de preuve fabriqués ou douteux pour attaquer un contrat écrit (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341-342, le juge Sopinka).

[60] La règle d’exclusion de la preuve extrinsèque n’interdit pas au tribunal de tenir compte des circonstances entourant le contrat. Cette preuve est compatible avec les objectifs relatifs au caractère définitif et certain puisqu’elle sert d’outil d’interprétation qui vient éclairer le sens des mots du contrat choisis par les parties, et non le changer ou s’y substituer. Les circonstances sont des faits connus

that reasonably ought to have been known to both parties at or before the date of contracting; therefore, the concern of unreliability does not arise.

[61] Some authorities and commentators suggest that the parol evidence rule is an anachronism, or, at the very least, of limited application in view of the myriad of exceptions to it (see for example *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), at paras. 19-20; and Hall, at pp. 53-64). For the purposes of this appeal, it is sufficient to say that the parol evidence rule does not apply to preclude evidence of surrounding circumstances when interpreting the words of a written contract.

(d) *Application to the Present Case*

[62] In this case, the CA Leave Court granted leave on the following issue: “Whether the Arbitrator erred in law in failing to construe the whole of the Finder’s Fee Agreement . . .” (A.R., vol. I, at p. 62).

[63] As will be explained below, while the requirement to construe a contract as a whole is a question of law that could — if extricable — satisfy the threshold requirement under s. 31 of the AA, I do not think this question was properly extricated in this case.

[64] I accept that a fundamental principle of contractual interpretation is that a contract must be construed as a whole (McCamus, at pp. 761-62; and Hall, at p. 15). If the arbitrator did not take the “maximum amount” proviso into account, as alleged by Creston, then he did not construe the Agreement as a whole because he ignored a specific and relevant provision of the Agreement. This is a question of law that would be extricable from a finding of mixed fact and law.

[65] However, it appears that the arbitrator did consider the “maximum amount” proviso. Indeed,

ou qui auraient raisonnablement dû l’être des deux parties à la date de signature du contrat ou avant celle-ci; par conséquent, le risque que des éléments d’une fiabilité douteuse soient invoqués ne se pose pas.

[61] Selon une certaine jurisprudence et des auteurs, la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque serait un anachronisme ou, à tout le moins, d’application restreinte vu la myriade d’exceptions dont elle est assortie (voir par exemple *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), par. 19-20; Hall, p. 53-64). Dans le cadre du présent pourvoi, il suffit de dire que la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque ne s’oppose pas à la présentation d’une preuve des circonstances entourant le contrat pour l’interprétation de ce dernier.

d) *Application au présent pourvoi*

[62] En l’espèce, la Cour d’appel a accordé l’autorisation d’appel relativement à la question suivante : [TRADUCTION] « L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en n’interprétant pas l’entente relative aux honoraires d’intermédiation dans son ensemble . . . ? » (d.a., vol. I, p. 62)

[63] Comme nous le verrons, l’obligation d’interpréter le contrat dans son ensemble est une question de droit susceptible, si on pouvait l’isoler, de satisfaire au critère minimal exigé à l’art. 31 de l’AA. À mon avis, cette question n’a pas été isolée comme il se doit en l’espèce.

[64] Je reconnais qu’il est un principe fondamental de l’interprétation contractuelle selon lequel le contrat doit être interprété dans son ensemble (McCamus, p. 761-762; Hall, p. 15). Si l’arbitre n’a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond », comme le prétend Creston, il n’a alors pas interprété l’entente dans son ensemble, car il en a négligé une clause précise et pertinente. Voilà une question de droit qui pourrait être isolée de la conclusion mixte de fait et de droit.

[65] Or, il semble que l’arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

the CA Leave Court acknowledges that the arbitrator had considered that proviso, since it notes that he turned his mind to the US\$1.5 million maximum amount, an amount that can only be calculated by referring to the TSXV policy referenced in the “maximum amount” proviso in s. 3.1 of the Agreement. As I read its reasons, rather than being concerned with whether the arbitrator ignored the maximum amount proviso, which is what Creston alleges in this Court, the CA Leave Court decision focused on how the arbitrator construed s. 3.1 of the Agreement, which included the maximum amount proviso (paras. 25-26). For example, the CA Leave Court expressed concern that the arbitrator did not address the “incongruity” in the fact that the value of the fee would vary “hugely” depending on whether it was taken in cash or shares (para. 25).

[66] With respect, the CA Leave Court erred in finding that the construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law. As explained by Justice Armstrong in the SC Appeal Court decision, construing s. 3.1 and taking account of the proviso required relying on the relevant surrounding circumstances, including the sophistication of the parties, the fluctuation in share prices, and the nature of the risk a party assumes when deciding to accept a fee in shares as opposed to cash. Such an exercise raises a question of mixed fact and law. There being no question of law extricable from the mixed fact and law question of how s. 3.1 and the proviso should be interpreted, the CA Leave Court erred in granting leave to appeal.

[67] The conclusion that Creston’s application for leave to appeal raised no question of law would be sufficient to dispose of this appeal. However, as this Court rarely has the opportunity to address appeals of arbitral awards, it is, in my view, useful to explain that, even had the CA Leave Court been correct in finding that construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law, it should have nonetheless denied leave to appeal as the

En effet, selon la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, l’arbitre a examiné la stipulation, puisqu’elle signale qu’il a envisagé le plafond de 1,5 million \$US, un nombre auquel il ne peut être arrivé que s’il a consulté la politique de la Bourse à laquelle renvoie la stipulation relative au « plafond » à l’art. 3.1 de l’entente. À la lumière de ses motifs, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, au lieu de se demander si l’arbitre a négligé la stipulation relative au plafond — ce que Creston prétend devant la Cour —, a axé sa décision sur l’interprétation qu’a donnée l’arbitre de l’art. 3.1 de l’entente, qui contient cette stipulation (par. 25-26). Par exemple, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation s’est dite préoccupée que l’arbitre n’ait pas abordé l’[TRADUCTION] « absurdité » de la variation « considérable » dans la valeur des honoraires selon qu’ils étaient versés en argent ou en actions (par. 25).

[66] Avec tout le respect que je lui dois, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a assimilé à tort l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente à une question de droit. Comme l’explique le juge Armstrong dans la décision de la CS sur l’appel, pour interpréter l’art. 3.1 et tenir compte de la stipulation, il fallait examiner les circonstances pertinentes, y compris le fait que les parties étaient des parties avisées, la fluctuation du cours de l’action et la nature du risque qu’une partie assume quand elle opte pour le versement de ses honoraires en actions plutôt qu’en argent. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit. Comme aucune question de droit ne peut être isolée de la question mixte de fait et de droit qui porte sur l’interprétation de l’art. 3.1 et de la stipulation, la Cour d’appel a commis une erreur en accueillant la demande d’autorisation d’appel.

[67] Conclure que la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston ne soulevait aucune question de droit suffirait à trancher le présent pourvoi. Toutefois, puisque la Cour a rarement l’occasion de se pencher sur l’appel d’une sentence arbitrale, il est à mon avis utile d’expliquer que même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait conclu à bon droit que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente constituait une question de

application also failed the miscarriage of justice and residual discretion stages of the leave analysis set out in s. 31(2)(a) of the AA.

(4) May Prevent a Miscarriage of Justice

(a) *Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA*

[68] Once a question of law has been identified, the court must be satisfied that the determination of that point of law on appeal “may prevent a miscarriage of justice” in order for it to grant leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a) of the AA. The first step in this analysis is defining miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a).

[69] In *BCIT*, Justice Saunders discussed the miscarriage of justice requirement under s. 31(2)(a). She affirmed the definition set out in *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), which required the error of law in question to be a material issue that, if decided differently, would lead to a different result: “. . . if the point of law were decided differently, the arbitrator would have been led to a different result. In other words, was the alleged error of law material to the decision; does it go to its heart?” (*BCIT*, at para. 28). See also *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, which discusses the test of whether “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred” in the context of a civil jury trial (para. 43).

[70] Having regard to *BCIT* and *Quan*, I am of the opinion that in order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case.

droit, elle devait néanmoins rejeter la demande, car il n’était pas satisfait aux autres volets de l’analyse des demandes d’autorisation que requiert l’al. 31(2)(a) de l’AA, qui concernent l’erreur judiciaire et le pouvoir discrétionnaire résiduel.

(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire

a) *L’erreur judiciaire pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA*

[68] Une fois qu’il a cerné une question de droit, le tribunal doit être convaincu que le fait de statuer sur cette dernière [TRADUCTION] « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » avant d’accorder l’autorisation d’appel en vertu de l’al. 31(2)(a) de l’AA. La première étape de l’analyse consiste donc à définir l’erreur judiciaire pour l’application de cette disposition.

[69] Dans *BCIT*, la juge Saunders traite du critère concernant l’erreur judiciaire prévu à l’al. 31(2)(a). Elle confirme la définition énoncée dans l’affaire *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), selon laquelle l’erreur de droit doit toucher une question importante de sorte qu’une conclusion différente aurait abouti à un résultat différent : [TRADUCTION] « . . . si le point de droit avait été tranché différemment, l’arbitre aurait rendu une décision différente. Autrement dit, l’erreur de droit invoquée a-t-elle eu un effet déterminant sur la décision; touche-t-elle au cœur de la décision? » (*BCIT*, par. 28). Voir également l’arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, où la Cour analyse le critère qui sert à déterminer s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » dans le contexte des procès civils avec jury (par. 43).

[70] Compte tenu des arrêts *BCIT* et *Quan*, je suis d’avis que, pour que l’erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat.

[71] According to this standard, a determination of a point of law “may prevent a miscarriage of justice” only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of “may prevent a miscarriage of justice” because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

[72] At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case.

[73] *BCIT* sets the threshold for this preliminary assessment of the appeal as “more than an arguable point” (para. 30). With respect, once an arguable point has been made out, it is not apparent what more is required to meet the “more than an arguable point” standard. Presumably, the leave judge would have to delve more deeply into the arguments around the question of law on appeal than would be appropriate at the leave stage to find *more* than an arguable point. Requiring this closer examination of the point of law, in my respectful view, blurs the line between the function of the court considering the leave application and the court hearing the appeal.

[74] In my opinion, the appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit. The arguable merit standard is often used to assess, on a preliminary basis, the merits of an appeal at the leave stage (see for example *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, at para. 5; and *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), at para. 7). “Arguable merit” is a well-known phrase whose meaning has been expressed in a variety of ways: “a reasonable prospect of success” (*Quick Auto Lease*, at para. 5; and *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), at para. 2); “some hope of success” and “sufficient merit” (*R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, at para. 11); and “credible

[71] Suivant cette norme, le règlement d’un point de droit « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu’il existe une certaine possibilité que l’appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l’échec ne saurait « permettre d’éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l’issue d’un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

[72] Ce n’est pas à l’étape de l’autorisation qu’il convient d’examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l’absence ou l’existence d’une erreur de droit. Cependant, il faut procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l’appel a une chance d’être accueilli et, par conséquent, de modifier le résultat du litige.

[73] Selon l’arrêt *BCIT*, le demandeur doit établir [TRADUCTION] « plus qu’un argument défendable » (par. 30) lors de cet examen préliminaire de l’appel. Pourtant, une fois un argument défendable soulevé, que faudrait-il démontrer de plus pour qu’il soit satisfait à cette norme? Vraisemblablement, le juge saisi de la demande d’autorisation devrait alors examiner les arguments se rapportant à la question de droit soulevée en appel de plus près que ce qui serait indiqué à cette étape pour trouver *plus* qu’un argument défendable. À mon humble avis, exiger un examen plus approfondi du point de droit brouille les rôles respectifs de la formation saisie de la demande d’autorisation et de celle saisie de l’appel.

[74] Selon moi, ce qu’il faut démontrer, pour l’application du par. 31(2), c’est que la question de droit invoquée a un fondement défendable. Ce critère s’applique souvent à l’étape de l’autorisation, pour établir sommairement le bien-fondé de l’appel (voir par exemple *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, par. 5; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), par. 7). Il est bien connu et a été exprimé de diverses façons : [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable d’être accueilli » (*a reasonable prospect of success*) (*Quick Auto Lease*, par. 5; *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), par. 2); une « certaine chance de succès » (*some hope of success*) et un « fondement suffisant » (*sufficient merit*) (*R. c. Hubley*, 2009 PECA

argument” (*R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, at para. 8). In my view, the common thread among the various expressions used to describe arguable merit is that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law. In order to decide whether the award should be set aside, a more thorough examination is necessary and that examination is appropriately conducted by the court hearing the appeal once leave is granted.

[75] Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the applicable standard of review. As I will later explain, reasonableness will almost always apply to commercial arbitrations conducted pursuant to the AA, except in the rare circumstances where the question is one that would attract a correctness standard, such as a constitutional question or a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s expertise. Therefore, the leave inquiry will ordinarily ask whether there is any arguable merit to the position that the arbitrator’s decision on the question at issue is unreasonable, keeping in mind that the decision-maker is not required to refer to all the arguments, provisions or jurisprudence or to make specific findings on each constituent element, for the decision to be reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Of course, the leave court’s assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal. As such, this should not be taken as an invitation to engage in extensive arguments or analysis about the standard of review at the leave stage.

21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, par. 11); un « argument plausible » (*credible argument*) (*R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, par. 8). À mon avis, les diverses appellations qui désignent le fondement défendable présentent un élément commun : l’argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l’issue d’un examen préliminaire de la question de droit. Pour déterminer s’il faut annuler la sentence arbitrale, un examen approfondi est nécessaire, et c’est au tribunal saisi de l’appel qu’il incombe, une fois l’autorisation accordée.

[75] L’examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d’autorisation d’appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l’analyse du bien-fondé de l’appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet la norme applicable. Comme nous le verrons, la norme de la décision raisonnable s’appliquera presque toujours aux arbitrages commerciaux régis par l’AA, sauf dans les rares circonstances où l’application de la norme de la décision correcte s’imposera, notamment lorsqu’il s’agit d’une question constitutionnelle ou d’une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur administratif. Par conséquent, dans le cadre de l’examen préalable à l’autorisation le tribunal s’interrogera ordinairement quant à savoir si la prétention — selon laquelle la sentence arbitrale sur la question en litige était déraisonnable — a un fondement défendable, compte tenu du fait que le décideur n’est pas tenu de faire référence à tous les arguments, dispositions ou précédents ni de tirer une conclusion précise sur chaque élément constitutif du raisonnement pour que sa décision soit raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16). Certes, le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne procède qu’à un examen préliminaire ayant pour objet la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l’appel. Ainsi, il ne faudrait pas considérer qu’il s’agit d’une invitation à se perdre en analyses ou en arguments poussés à propos de la norme de contrôle à l’étape de la demande d’autorisation.

[76] In *BCIT*, Saunders J.A. considered the stage of s. 31(2)(a) of the AA at which an examination of the merits of the appeal should occur. At the behest of one of the parties, she considered examining the merits under the miscarriage of justice criterion. However, she decided that a consideration of the merits was best done at the residual discretion stage. Her reasons indicate that this decision was motivated by the desire to take a consistent approach across s. 31(2)(a), (b) and (c):

Where, then, if anywhere, does consideration of the merits of the appeal belong? Mr. Roberts for the Student Association contends that any consideration of the merits of the appeal belongs in the determination of whether a miscarriage of justice may occur; that is, under the second criterion. I do not agree. In my view, the apparent merit or lack of merit of an appeal is part of the exercise of the residual discretion, and applies equally to all three subsections, (a) through (c). Just as an appeal woefully lacking in merit should not attract leave under (b) (of importance to a class of people including the applicant) or (c) (of general or public importance), so too it should not attract leave under (a). Consideration of the merits, for consistency in the section as a whole, should be made as part of the exercise of residual discretion. [para. 29]

[77] I acknowledge the consistency rationale. However, in my respectful opinion, the desire for a consistent approach to s. 31(2)(a), (b) and (c) cannot override the text of the legislation. Unlike s. 31(2)(b) and (c), s. 31(2)(a) requires an assessment to determine whether allowing leave to appeal “may prevent a miscarriage of justice”. It is my opinion that a preliminary assessment of the question of law is an implicit component in a determination of whether allowing leave “may prevent a miscarriage of justice”.

[78] However, in an application for leave to appeal pursuant to s. 31(2)(b) or (c), neither of which contain a miscarriage of justice requirement, I agree with Justice Saunders in *BCIT* that a preliminary

[76] Dans *BCIT*, la juge Saunders s’interroge sur l’étape à laquelle il convient d’examiner le bien-fondé de l’appel dans le cadre de l’analyse requise par l’al. 31(2)(a) de l’AA. Contrairement à ce que prétendait une partie, soit que l’évaluation du bien-fondé se rapporte au critère de l’erreur judiciaire, la juge détermine que cet examen se rattache plutôt à l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Ses motifs révèlent que sa décision découle de sa volonté d’adopter une approche uniforme à l’égard des al. 31(2)(a), (b) et (c) :

[TRADUCTION] À quel moment, le cas échéant, faut-il alors examiner le bien-fondé de l’appel? M. Roberts, qui représente l’Association étudiante, prétend qu’il convient de procéder à cet examen lorsqu’on se demande si une erreur judiciaire risque d’être commise, c’est-à-dire, à la deuxième étape. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’appréciation du bien-fondé ou de l’absence de fondement apparent de l’appel s’inscrit dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel et s’applique également aux trois alinéas, de (a) à (c). Tout comme un appel manifestement dénué de fondement ne devrait pas être autorisé en vertu de l’al. (b) (revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie) ou de l’al. (c) (est d’importance publique), un tel appel ne devrait pas non plus être autorisé en vertu de l’al. (a). Dans un but d’uniformité à l’égard de l’article entier, l’appréciation du bien-fondé devrait être intégrée à l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel. [par. 29]

[77] Je reconnais la validité du raisonnement axé sur l’uniformité. Cependant, à mon humble avis, cette volonté d’adopter une démarche semblable au regard des al. 31(2)(a), (b) et (c) ne saurait l’emporter sur le libellé de la disposition. Contrairement aux al. 31(2)(b) et (c), l’al. 31(2)(a) exige que le tribunal détermine si le fait d’autoriser l’appel « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ». J’estime qu’un examen préliminaire de la question de droit s’inscrit implicitement dans l’examen qui vise à déterminer si l’autorisation « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ».

[78] Cependant, lorsqu’il s’agit d’une demande d’autorisation d’appel présentée en vertu des al. 31(2)(b) ou (c) — puisque ces dispositions ne prévoient pas le risque d’erreur judiciaire comme

examination of the merits of the question of law should be assessed at the residual discretion stage of the analysis as considering the merits of the proposed appeal will always be relevant when deciding whether to grant leave to appeal under s. 31.

[79] In sum, in order to establish that “the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice” for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an applicant must demonstrate that the point of law on appeal is material to the final result and has arguable merit.

(b) *Application to the Present Case*

[80] The CA Leave Court found that the arbitrator may have erred in law by not interpreting the Agreement as a whole, specifically in ignoring the “maximum amount” proviso. Accepting that this is a question of law for these purposes only, a determination of the question would be material because it could change the ultimate result arrived at by the arbitrator. The arbitrator awarded \$4.14 million in damages on the basis that there was an 85 percent chance the TSXV would approve a finder’s fee paid in \$0.15 shares. If Creston’s argument is correct and the \$0.15 share price is foreclosed by the “maximum amount” proviso, damages would be reduced to US\$1.5 million, a significant reduction from the arbitrator’s award of damages.

[81] As s. 31(2)(a) of the AA is the relevant provision in this case, a preliminary assessment of the question of law will be conducted in order to determine if a miscarriage of justice could have occurred had Creston been denied leave to appeal. Creston argues that the fact that the arbitrator’s conclusion results in Sattva receiving shares valued at considerably more than the US\$1.5 million maximum dictated by the “maximum amount” proviso is

critère —, je souscris aux commentaires formulés par la juge Saunders dans *BCIT* selon lesquels l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit devrait intervenir à l’étape de l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel dans l’analyse, puisque l’examen du bien-fondé de l’appel proposé demeure pertinent dans la décision d’accorder ou non l’autorisation d’appel en vertu de l’art. 31.

[79] Bref, afin d’établir que l’intervention du tribunal est justifiée [TRADUCTION] « et que le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, le demandeur doit prouver que le point de droit en appel aura une incidence sur le résultat final et qu’il est défendable.

b) *Application au présent pourvoi*

[80] La formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a conclu à la possibilité d’une erreur de droit par l’arbitre qui n’aurait pas interprété l’entente dans son ensemble et, plus particulièrement, aurait fait fi de la stipulation relative au « plafond ». Admettons cette prétention comme question de droit uniquement pour les besoins de la cause. Le règlement de la question est déterminant parce qu’il pourrait avoir pour effet de modifier la sentence de l’arbitre, lequel a accordé 4,14 millions \$ en dommages-intérêts au motif qu’il évaluait à 85 p. 100 la probabilité que la Bourse approuve des honoraires d’intermédiation payés en actions, à raison de 0,15 \$ l’unité. Si l’argument invoqué par Creston est correct et que le cours de l’action ne peut s’établir à 0,15 \$ en raison de la stipulation relative au « plafond », les dommages-intérêts seraient réduits à 1,5 million \$US, une amputation considérable de la somme initiale accordée.

[81] Comme l’al. 31(2)(a) de l’AA est la disposition pertinente en l’espèce, il doit être procédé à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer le risque qu’une erreur judiciaire découle du rejet de la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston. Cette dernière soutient que le fait que Sattva reçoive un portefeuille d’actions dont la valeur est très supérieure au plafond de 1,5 million \$US en exécution de la sentence arbitrale

evidence of the arbitrator's failure to consider that proviso.

[82] However, the arbitrator did refer to s. 3.1, the "maximum amount" proviso, at two points in his decision: paras. 18 and 23(a). For example, at para. 23 he stated:

In summary, then, as of March 27, 2007 it was clear and beyond argument that under the Agreement:

- (a) Sattva was entitled to a fee equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange – section 3.1. It is common ground that the quantum of this fee is US\$1,500,000.
- (b) The fee was payable in shares based on the Market Price, as defined in the Agreement, unless Sattva elected to take it in cash or a combination of cash and shares.
- (c) The Market Price, as defined in the Agreement, was \$0.15. [Emphasis added.]

[83] Although the arbitrator provided no express indication that he considered how the "maximum amount" proviso interacted with the Market Price definition, such consideration is implicit in his decision. The only place in the contract that specifies that the amount of the fee is calculated as US\$1.5 million is the "maximum amount" proviso's reference to s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1. The arbitrator acknowledged that the quantum of the fee is US\$1.5 million and awarded Sattva US\$1.5 million in shares priced at \$0.15. Contrary to Creston's argument that the arbitrator failed to consider the proviso in construing the Agreement, it is apparent on a preliminary examination of the question that the arbitrator did in fact consider the "maximum amount" proviso.

[84] Accordingly, even had the CA Leave Court properly identified a question of law, leave to appeal should have been denied. The requirement that there be arguable merit that the arbitrator's decision was unreasonable is not met and the miscarriage of justice threshold was not satisfied.

prouve que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[82] Or, l'arbitre renvoie effectivement à l'art. 3.1, la stipulation relative au « plafond », à deux reprises dans sa décision, soit aux par. 18 et 23(a). Par exemple, il affirme ce qui suit au par. 23 :

[TRADUCTION]

Bref, à partir du 27 mars 2007, il était clair et incontestable qu'aux termes de l'entente :

- (a) Sattva avait le droit de recevoir des honoraires équivalant au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX – article 3.1. Les parties conviennent que le montant des honoraires s'établit à 1 500 000 \$US.
- (b) La commission était payable en actions, en fonction du cours, tel qu'il est défini dans l'entente, à moins que Sattva n'opte pour le versement des honoraires en argent ou en argent et en actions.
- (c) Le cours de l'action, tel qu'il est défini dans l'entente, s'établissait à 0,15 \$. [Je souligne.]

[83] Ainsi, même si l'arbitre n'indique pas expressément avoir examiné le jeu de la stipulation relative au « plafond » et de la définition du cours, cet examen ressort implicitement de sa sentence. La seule clause de l'entente qui prévoit le montant des honoraires, soit 1,5 million \$US, est la stipulation relative au « plafond », qui renvoie au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse. Reconnaissant que le montant des honoraires s'élève à 1,5 million \$US, l'arbitre a accordé à Sattva pareille somme, payable en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Contrairement à l'argument avancé par Creston, selon qui l'arbitre aurait négligé la stipulation dans son interprétation de l'entente, il ressort de l'examen préliminaire de la question que l'arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[84] Par conséquent, même si la Cour d'appel avait cerné à juste titre une question de droit, elle aurait dû rejeter la demande d'autorisation. Il n'était pas satisfait au critère qui exige que le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale ait un fondement défendable, ni à celui de l'erreur judiciaire.

(5) Residual Discretion to Deny Leave(a) *Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application*

[85] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met (*BCIT*, at paras. 9 and 26). In *BCIT*, Saunders J.A. sets out a non-exhaustive list of considerations that would be applicable to the exercise of discretion (para. 31):

1. “the apparent merits of the appeal”;
2. “the degree of significance of the issue to the parties, to third parties and to the community at large”;
3. “the circumstances surrounding the dispute and adjudication including the urgency of a final answer”;
4. “other temporal considerations including the opportunity for either party to address the result through other avenues”;
5. “the conduct of the parties”;
6. “the stage of the process at which the appealed decision was made”;
7. “respect for the forum of arbitration, chosen by the parties as their means of resolving disputes”; and
8. “recognition that arbitration is often intended to provide a speedy and final dispute mechanism, tailor-made for the issues which may face the parties to the arbitration agreement”.

(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilité à refuser l’autorisationa) *Éléments à examiner dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l’égard d’une demande d’autorisation présentée en vertu de l’al. 31(2)(a)*

[85] Les tribunaux de la C.-B. ont conclu que les termes [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » figurant au par. 31(2) de l’AA confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l’autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés (*BCIT*, par. 9 et 26). Dans *BCIT*, la juge Saunders énumère des facteurs à considérer dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire (par. 31) :

1. [TRADUCTION] « le bien-fondé apparent de l’appel »;
2. « l’importance de la question pour les parties, les tiers et la société en général »;
3. « les circonstances qui sont à l’origine du différend et de l’arbitrage, y compris le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif »;
4. « d’autres considérations temporelles, y compris la possibilité pour l’une ou l’autre des parties de remédier autrement aux conséquences »;
5. « la conduite des parties »;
6. « l’étape à laquelle la décision qui a été portée en appel avait été prise »;
7. « le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage pour résoudre leurs différends »;
8. « la reconnaissance du fait que l’arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends, spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d’arbitrage ».

[86] I agree with Justice Saunders that it is not appropriate to create what she refers to as an “immutable checklist” of factors to consider in exercising discretion under s. 31(2) (*BCIT*, at para. 32). However, I am unable to agree that all the listed considerations are applicable at this stage of the analysis.

[87] In exercising its statutorily conferred discretion to deny leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a), a court should have regard to the traditional bases for refusing discretionary relief: the parties’ conduct, the existence of alternative remedies, and any undue delay (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at pp. 364-67). Balance of convenience considerations are also involved in determining whether to deny discretionary relief (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 52). This would include the urgent need for a final answer.

[88] With respect to the other listed considerations and addressed in turn below, it is my opinion that they have already been considered elsewhere in the s. 31(2)(a) analysis or are more appropriately considered elsewhere under s. 31(2). Once considered, these matters should not be assessed again under the court’s residual discretion.

[89] As discussed above, in s. 31(2)(a), a preliminary assessment of the merits of the question of law at issue in the leave application is to be considered in determining the miscarriage of justice question. The degree of significance of the issue to the parties is covered by the “importance of the result of the arbitration to the parties” criterion in s. 31(2)(a). The degree of significance of the issue to third parties and to the community at large should not be considered under s. 31(2)(a) as the AA sets these out as separate grounds for granting leave to appeal under s. 31(2)(b) and (c). Furthermore, respect for the forum of arbitration chosen by the parties is a consideration that animates the legislation itself and

[86] Je conviens avec la juge Saunders pour dire qu’il n’est pas opportun de dresser ce qu’elle appelle une [TRADUCTION] « liste immuable » de facteurs à considérer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 31(2) (*BCIT*, par. 32). Cependant, je ne peux convenir que tous les facteurs qui figurent sur la liste qu’elle a dressée sont applicables à cette étape de l’analyse.

[87] Dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’al. 31(2)(a) et qui l’habilite à rejeter la demande d’autorisation, le tribunal devrait examiner les motifs traditionnels justifiant le refus d’une réparation discrétionnaire : la conduite des parties, l’existence d’autres recours et tout retard indu (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364-367). L’exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser une réparation fait intervenir des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 52). Parmi celles-ci se trouve le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif.

[88] Quant aux autres facteurs mentionnés dans la liste et dont je traite successivement ci-après, j’estime qu’ils ont déjà été examinés dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a) ou qu’il conviendrait mieux de les examiner à un autre volet du critère énoncé au par. 31(2). Une fois examinés, ces facteurs ne devraient pas être réexaminés par le tribunal au moment de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[89] Je le rappelle, dans l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a), il faut procéder à l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit soulevée dans la demande d’autorisation pour déterminer s’il y a risque d’erreur judiciaire. La question de l’importance pour les parties se règle à l’al. 31(2)(a) : [TRADUCTION] « l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties ». L’importance de la question pour les tiers et pour la société en général ne doit pas être examinée à l’al. 31(2)(a), car l’AA prévoit ces motifs à des dispositions distinctes, soit les al. 31(2)(b) et (c). En outre, le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage sous-tend la loi elle-même, ce dont témoigne le seuil élevé auquel l’autorisation

can be seen in the high threshold to obtain leave under s. 31(2)(a). Recognition that arbitration is often chosen as a means to obtain a fast and final resolution tailor-made for the issues is already reflected in the urgent need for a final answer.

[90] As for the stage of the process at which the decision sought to be appealed was made, it is not a consideration relevant to the exercise of the court's residual discretion to deny leave under s. 31(2)(a). This factor seeks to address the concern that granting leave to appeal an interlocutory decision may be premature and result in unnecessary fragmentation and delay of the legal process (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-67 to 3-76). However, any such concern will have been previously addressed by the leave court in its analysis of whether a miscarriage of justice may arise; more specifically, whether the interlocutory issue has the potential to affect the final result. As such, the above-mentioned concerns should not be considered anew.

[91] In sum, a non-exhaustive list of discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) of the AA would include:

- conduct of the parties;
- existence of alternative remedies;
- undue delay; and
- the urgent need for a final answer.

[92] These considerations could, where applicable, be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria of s. 31(2)(a) have been met. However, courts should

est subordonnée aux termes de l'al. 31(2)(a). La reconnaissance du fait que l'arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends et spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d'arbitrage s'inscrit dans le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[90] Quant à l'étape du processus à laquelle la décision dont on veut faire appel a été rendue, ce n'est pas un facteur pertinent pour l'exercice par le tribunal du pouvoir discrétionnaire résiduel conféré par l'al. 31(2)(a) qui lui permet de refuser l'autorisation. Ce facteur a été défini en réponse à des préoccupations selon lesquelles l'autorisation d'appeler d'une décision interlocutoire risque d'être prématurée et d'entraîner des retards indus ainsi qu'une fragmentation inutile du processus judiciaire (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-67 à 3-76). Or, ces préoccupations auront été dissipées par la formation saisie de la demande d'autorisation lorsqu'elle se sera penchée sur le risque d'erreur judiciaire, et, plus précisément, sur la possibilité que la question interlocutoire ait une incidence sur le résultat final. Ainsi, les préoccupations mentionnées précédemment ne devraient donc pas être réexaminées.

[91] En résumé, une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) de l'AA comprendrait :

- la conduite des parties;
- l'existence d'autres recours;
- un retard indu;
- le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[92] Ces facteurs pourraient, le cas échéant, justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères prévus à

exercise such discretion with caution. Having found an error of law and, at least with respect to s. 31(2)(a), a potential miscarriage of justice, these discretionary factors must be weighed carefully before an otherwise eligible appeal is rejected on discretionary grounds.

(b) *Application to the Present Case*

[93] The SC Leave Court judge denied leave on the basis that there was no question of law. Even had he found a question of law, the SC Leave Court judge stated that he would have exercised his residual discretion to deny leave for two reasons: first, because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee issue to the TSXV and Sattva; and second, "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41). The CA Leave Court overruled the SC Leave Court on both of these discretionary grounds.

[94] For the reasons discussed above, fostering and preserving the integrity of the arbitral system should not be a discrete discretionary consideration under s. 31(2)(a). While the scheme of s. 31(2) recognizes this objective, the exercise of discretion must pertain to the facts and circumstances of a particular case. This general objective is not a discretionary matter for the purposes of denying leave.

[95] However, conduct of the parties is a valid consideration in the exercise of the court's residual discretion under s. 31(2)(a). A discretionary decision to deny leave is to be reviewed with deference by an appellate court. A discretionary decision should not be interfered with merely because an appellate court would have exercised the discretion differently (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012]

l'al. 31(2)(a). Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Après avoir conclu à l'existence d'une erreur de droit et, au moins en ce qui concerne l'al. 31(2)(a), d'un risque d'erreur judiciaire, le tribunal doit soupeser ces facteurs avec soin avant de décider s'il va rejeter ou non pour des motifs discrétionnaires une demande par ailleurs admissible.

b) *Application au présent pourvoi*

[93] Le juge de la CS saisi de la demande d'autorisation a rejeté cette dernière au motif qu'elle ne soulevait aucune question de droit. Il a indiqué que, même s'il avait conclu à l'existence d'une telle question, il aurait refusé l'autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, et ce, pour deux raisons : premièrement, à cause de la conduite de Creston qui a présenté inexactement les faits relatifs aux honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva; deuxièmement, [TRADUCTION] « par égard pour le principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41). La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a écarté la décision de la CS pour ces deux raisons discrétionnaires.

[94] Pour les motifs énoncés précédemment, l'objectif qui vise à favoriser et à préserver l'intégrité du système d'arbitrage ne devrait pas constituer une considération distincte dans l'analyse que requiert l'al. 31(2)(a) préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que le régime instauré par le par. 31(2) reconnaît cet objectif, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se rapporter aux faits et aux circonstances de l'affaire. Cet objectif général ne fait pas partie des considérations susceptibles de justifier le refus discrétionnaire de l'autorisation.

[95] Toutefois, la conduite des parties est un facteur que le tribunal peut prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel que lui confère l'al. 31(2)(a). La cour d'appel doit faire preuve de déférence lorsqu'elle contrôle la décision discrétionnaire de refuser l'autorisation d'interjeter appel. Elle doit se garder d'intervenir seulement parce qu'elle aurait exercé son pouvoir

2 S.C.R. 509, at paras. 18 and 30). An appellate court is only justified in interfering with a lower court judge's exercise of discretion if that judge misdirected himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117).

[96] Here, the SC Leave Court relied upon a well-accepted consideration in deciding to deny discretionary relief: the misconduct of Creston. The CA Leave Court overturned this decision on the grounds that Creston's conduct was "not directly relevant to the question of law" advanced on appeal (at para. 27).

[97] The CA Leave Court did not explain why misconduct need be directly relevant to a question of law for the purpose of denying leave. I see nothing in s. 31(2) of the AA that would limit a leave judge's exercise of discretion in the manner suggested by the CA Leave Court. My reading of the jurisprudence does not support the view that misconduct must be directly relevant to the question to be decided by the court.

[98] In *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011, at pp. 1037-38, misconduct by a party not directly relevant to the question at issue before the court resulted in denial of a remedy. The litigation in *Homex* arose out of a disagreement regarding whether the purchaser of lots in a subdivision, Homex, had assumed the obligations of the vendor under a subdivision agreement to provide "all the requirements, financial and otherwise" for the installation of municipal services on a parcel of land that had been subdivided (pp. 1015-16). This Court determined that Homex had not been accorded procedural fairness when the municipality passed a by-law related to the dispute (p. 1032). Nevertheless, discretionary relief to quash the by-law was denied because, among other things, Homex had sought "throughout all these proceedings to

discretionnaire différemment (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 18 et 30). La cour d'appel ne saurait intervenir à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de l'instance inférieure que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117).

[96] En l'espèce, la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation a fondé sur un facteur reconnu sa décision de refuser la réparation discrétionnaire : l'inconduite de Creston. La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a infirmé cette décision au motif que [TRADUCTION] « ces faits [la conduite de Creston] n'intéressent pas directement la question de droit » soulevée en appel (par. 27).

[97] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation n'a pas expliqué pourquoi l'inconduite doit se rapporter directement à une question de droit pour que l'autorisation soit refusée. Rien dans le par. 31(2) de l'AA ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'autorisation de la façon avancée par la Cour d'appel. Mon interprétation de la jurisprudence ne cadre pas avec le point de vue selon lequel l'inconduite d'une partie doit se rapporter directement à la question devant être tranchée par la cour.

[98] Dans l'arrêt *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011, p. 1037-1038, l'inconduite d'une partie ne se rapportait pas directement à la question en cause devant la Cour, mais cette dernière a néanmoins refusé d'accorder la réparation. Le litige tirait son origine d'un désaccord sur la question de savoir si l'acheteur de lots sur un lotissement, Homex, avait assumé les obligations du vendeur prévues à la convention de lotissement, c'est-à-dire de satisfaire à « toutes les exigences, financières ou autres » relativement à l'installation des services d'utilité publique sur un lotissement (p. 1015-1016). La Cour décide qu'Homex n'a pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque la municipalité avait adopté un règlement se rapportant au litige (p. 1032). Néanmoins, la demande visant à obtenir l'annulation discrétionnaire du règlement a été rejetée notamment

avoid the burden associated with the subdivision of the lands” that it owned (p. 1037), even though the Court held that Homex knew this obligation was its responsibility (pp. 1017-19). This conduct was related to the dispute that gave rise to the litigation, but not to the question of whether the by-law was enacted in a procedurally fair manner. Accordingly, I read *Homex* as authority for the proposition that misconduct related to the dispute that gave rise to the proceedings may justify the exercise of discretion to refuse the relief sought, in this case refusing to grant leave to appeal.

[99] Here, the arbitrator found as a fact that Creston misled the TSXV and Sattva regarding “the nature of the obligation it had undertaken to Sattva by representing that the finder’s fee was payable in cash” (para. 56(k)). While this conduct is not tied to the question of law found by the CA Leave Court, it is tied to the arbitration proceeding convened to determine which share price should be used to pay Sattva’s finder’s fee. The SC Leave Court was entitled to rely upon such conduct as a basis for denying leave pursuant to its residual discretion.

[100] In the result, in my respectful opinion, even if the CA Leave Court had identified a question of law and the miscarriage of justice test had been met, it should have upheld the SC Leave Court’s denial of leave to appeal in deference to that court’s exercise of judicial discretion.

[101] Although the CA Leave Court erred in granting leave, these protracted proceedings have nonetheless now reached this Court. In light of the fact that the true concern between the parties is the merits of the appeal — that is, how much the Agreement requires Creston to pay Sattva — and that the courts below differed significantly in their interpretation of the Agreement, it would be

parce que « [t]out au long de ces procédures, Homex a cherché à éviter les obligations qui se rattachent au lotissement des terrains » qu’elle détenait (p. 1037), même si Homex savait, de l’avis de la Cour, qu’elle devait assumer cette obligation (p. 1017-1019). Cette conduite se rapportait, non pas à la question de savoir si le règlement avait été adopté d’une manière équitable sur le plan de la procédure, mais au désaccord à l’origine du litige. Par conséquent, je crois que l’arrêt *Homex* étaye la proposition selon laquelle une conduite répréhensible se rapportant au différend à l’origine du litige peut justifier le refus de la réparation discrétionnaire sollicitée, en l’occurrence l’autorisation d’interjeter appel.

[99] En l’espèce, l’arbitre a tiré la conclusion de fait suivante : Creston a induit la Bourse et Sattva en erreur en ce qui concerne [TRADUCTION] « la nature de l’obligation qu’elle avait contractée envers Sattva en affirmant que les honoraires d’intermédiation étaient payables en argent » (par. 56(k)). Bien que cette conduite ne soit pas reliée à la question de droit énoncée par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, elle est reliée à l’arbitrage visant à déterminer le cours de l’action applicable aux fins du versement des honoraires d’intermédiation de Sattva. La Cour suprême pouvait à bon droit fonder sur une telle conduite sa décision de refuser l’autorisation, en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Par conséquent, à mon humble avis, même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait défini une question de droit et qu’il avait été satisfait au critère du risque d’erreur judiciaire, elle aurait dû confirmer la décision de la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation de rejeter cette demande, par égard pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire de cette cour.

[101] S’il est vrai que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a commis une erreur en autorisant l’appel, ces interminables procédures ne s’en trouvent pas moins à l’heure actuelle devant nous. Puisque, par ailleurs, c’est la question de fond de l’appel — soit celle de savoir combien l’entente exige que Creston paie à Sattva — qui intéresse réellement les parties, et que les tribunaux d’instance

unsatisfactory not to address the very dispute that has given rise to these proceedings. I will therefore proceed to consider the three remaining questions on appeal as if leave to appeal had been properly granted.

C. *Standard of Review Under the AA*

[102] I now turn to consideration of the decisions of the appeal courts. It is first necessary to determine the standard of review of the arbitrator's decision in respect of the question on which the CA Leave Court granted leave: whether the arbitrator construed the finder's fee provision in light of the Agreement as a whole, particularly, whether the finder's fee provision was interpreted having regard for the "maximum amount" proviso.

[103] At the outset, it is important to note that the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, which sets out standards of review of the decisions of many statutory tribunals in British Columbia (see ss. 58 and 59), does not apply in the case of arbitrations under the AA.

[104] Appellate review of commercial arbitration awards takes place under a tightly defined regime specifically tailored to the objectives of commercial arbitrations and is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal. For example, for the most part, parties engage in arbitration by mutual choice, not by way of a statutory process. Additionally, unlike statutory tribunals, the parties to the arbitration select the number and identity of the arbitrators. These differences mean that the judicial review framework developed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. For example, the AA forbids review of an arbitrator's factual findings. In the context of commercial arbitration, such a provision is absolute. Under the

inférieure ont considérablement divergé d'opinion quant à l'interprétation qu'il faut donner à l'entente, il serait bien peu satisfaisant que le véritable litige à l'origine de cette instance ne soit pas réglé. Je vais donc examiner les trois autres questions soulevées en appel comme si l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée à bon droit.

C. *Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA*

[102] Abordons les décisions des tribunaux siégeant en appel. Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer la norme applicable au contrôle de la sentence arbitrale en fonction de la question à l'égard de laquelle la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a accordé cette dernière : l'arbitre a-t-il interprété la disposition sur les honoraires d'intermédiation à la lumière de l'entente dans son ensemble? Plus particulièrement, l'a-t-il interprétée en tenant compte de la stipulation relative au « plafond »?

[103] D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, laquelle prévoit les normes de contrôle applicables aux décisions rendues par de nombreux tribunaux administratifs de la Colombie-Britannique (art. 58 et 59), ne s'applique pas aux arbitrages régis par l'AA.

[104] L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales s'inscrit dans un régime, strictement défini et adapté aux objectifs de l'arbitrage commercial, qui diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif. Par exemple, la plupart du temps, les parties décident d'un commun accord de soumettre leur différend à l'arbitrage. Il ne s'agit pas d'un processus imposé par la loi. De plus, contrairement à la procédure devant un tribunal administratif, dans le cas d'un arbitrage les parties à la convention choisissent le nombre d'arbitres et l'identité de chacun. Ces différences révèlent que le cadre relatif au contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Par exemple, l'AA interdit

Dunsmuir judicial review framework, a privative clause does not prevent a court from reviewing a decision, it simply signals deference (*Dunsmuir*, at para. 31).

[105] Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. Both involve a court reviewing the decision of a non-judicial decision-maker. Additionally, as expertise is a factor in judicial review, it is a factor in commercial arbitrations: where parties choose their own decision-maker, it may be presumed that such decision-makers are chosen either based on their expertise in the area which is the subject of dispute or are otherwise qualified in a manner that is acceptable to the parties. For these reasons, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

[106] *Dunsmuir* and the post-*Dunsmuir* jurisprudence confirm that it will often be possible to determine the standard of review by focusing on the nature of the question at issue (see for example *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 44). In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise (*Alberta Teachers' Association*, at para. 30). The question at issue here, whether the arbitrator interpreted the Agreement as a whole, does not fall into one of those categories. The relevant portions of the *Dunsmuir* analysis point to a standard of review of reasonableness in this case.

le contrôle des conclusions de fait tirées par l'arbitre. En matière d'arbitrage commercial, une telle disposition est absolue. Suivant le cadre établi dans *Dunsmuir*, l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (aussi appelée clause privative) n'empêche pas le tribunal judiciaire de procéder au contrôle d'une décision administrative, elle signale simplement que la déférence est de mise (*Dunsmuir*, par. 31).

[105] Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Dans les deux cas, le tribunal examine la décision rendue par un décideur administratif. En outre, l'expertise constitue un facteur tant en matière de contrôle judiciaire qu'en matière d'arbitrage commercial : quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable. Pour ces raisons, j'estime que certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences rendues en matière d'arbitrage commercial.

[106] La jurisprudence depuis l'arrêt *Dunsmuir* vient confirmer qu'il est souvent possible de déterminer la norme de contrôle applicable suivant la nature de la question en litige (voir par exemple *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 44). En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). La question dont nous sommes saisis, à savoir si l'arbitre a interprété l'entente dans son ensemble, n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories. Compte tenu des éléments pertinents de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable s'applique en l'espèce.

D. *The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole*

[107] For largely the reasons outlined by Justice Armstrong in paras. 57-75 of the SC Appeal Court decision, in my respectful opinion, in determining that Sattva is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15 per share, the arbitrator reasonably construed the Agreement as a whole. Although Justice Armstrong conducted a correctness review of the arbitrator's decision, his reasons amply demonstrate the reasonableness of that decision. The following analysis is largely based upon his reasoning.

[108] The question that the arbitrator had to decide was which date should be used to determine the price of the shares used to pay the finder's fee: the date specified in the Market Price definition in the Agreement or the date the finder's fee was to be paid?

[109] The arbitrator concluded that the price determined by the Market Price definition prevailed, i.e. \$0.15 per share. In his view, this conclusion followed from the words of the Agreement and was "clear and beyond argument" (para. 23). Apparently, because he considered this issue clear, he did not offer extensive reasons in support of his conclusion.

[110] In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, Abella J. cites Professor David Dyzenhaus to explain that, when conducting a reasonableness review, it is permissible for reviewing courts to supplement the reasons of the original decision-maker as part of the reasonableness analysis:

"Reasonable" means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc., then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in

D. *L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble*

[107] Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exprimés par le juge Armstrong aux par. 57-75 de la décision de la CS sur l'appel, je suis d'avis que l'arbitre, en déterminant que Sattva était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action, a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble. Le juge Armstrong a contrôlé la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte, mais ses motifs démontrent amplement le caractère raisonnable de cette décision. L'analyse qui suit est largement fondée sur son raisonnement.

[108] La question que devait trancher l'arbitre portait sur la date qui doit être retenue pour évaluer le cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation : la date établie selon la définition du cours qui figure dans l'entente ou la date du versement des honoraires d'intermédiation.

[109] L'arbitre a conclu que la valeur calculée selon la définition du cours l'emportait, soit 0,15 \$ l'action. Selon lui, tel constat découlait des termes de l'entente et était [TRADUCTION] « clair et incontestable » (par. 23). Apparemment, comme il estimait que ce point était clair, il ne l'a pas motivé abondamment.

[110] Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, la juge Abella cite le professeur David Dyzenhaus pour expliquer que les tribunaux siégeant en révision peuvent compléter les motifs du décideur de première ligne dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étaient, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de

some respects defective. [Emphasis added by Abella J.; para. 12.]

(Quotation from D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

Accordingly, Justice Armstrong’s explanation of the interaction between the Market Price definition and the “maximum amount” proviso can be considered a supplement to the arbitrator’s reasons.

[111] The two provisions at issue here are the Market Price definition and the “maximum amount” proviso:

2. DEFINITIONS

“**Market Price**” for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company’s stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

And:

3. FINDER’S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder’s fee (the “Finder’s Fee”) based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder’s fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder’s Fee Limitations. [Emphasis added.]

première ligne, la connaissance directe qu’a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu’on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Soulignement ajouté par la juge Abella; par. 12.]

(Citation de D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Par conséquent, on peut supposer que l’explication donnée par le juge Armstrong du jeu de la définition du cours et de la stipulation relative au « plafond » complète les motifs de l’arbitre.

[111] Les deux clauses en cause sont la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c’est-à-dire qu’il s’entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s’entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition.

Et :

3. HONORAIRES D’INTERMÉDIATION

3.1 . . . la société convient qu’à la conclusion d’une acquisition qui lui a été présentée par l’intermédiaire, elle verse à l’intermédiaire des honoraires (des « honoraires d’intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l’intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n’excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d’intermédiation. [Je souligne.]

[112] Section 3.1 entitles Sattva to be paid a finder's fee in shares based on the "Market Price". Section 2 of the Agreement states that Market Price for companies listed on the TSXV should be "calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition". In this case, shares priced on the basis of the Market Price definition would be \$0.15 per share. The words "provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations" in s. 3.1 of the Agreement constitute the "maximum amount" proviso. This proviso limits the amount of the finder's fee. The maximum finder's fee in this case is US\$1.5 million (see s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1 in Appendix II).

[113] While the "maximum amount" proviso limits the amount of the finder's fee, it does not affect the Market Price definition. As Justice Armstrong explained, the Market Price definition acts to fix the date at which one medium of payment (US\$) is transferred into another (shares):

The medium for payment of the finder's fee is clearly established by the fee agreement. The market value of those shares at the time that the parties entered into the fee agreement was unknown. The respondent analogizes between payment of the \$1.5 million US finder's fee in shares and a hypothetical agreement permitting payment of \$1.5 million US in Canadian dollars. Both agreements would contemplate a fee paid in different currencies. The exchange rate of the US and Canadian dollar would be fixed to a particulate date, as is the value of the shares by way of the Market Price in the fee agreement. That exchange rate would determine the number of Canadian dollars paid in order to satisfy the \$1.5 million US fee, as the Market Price does for the number of shares paid in relation to the fee. The Canadian dollar is the form of the fee payment, as are the shares. Whether the Canadian dollar increased or decreased in value after the date on which the exchange rate is based is irrelevant. The amount of the fee paid remains \$1.5 million US, payable in the number of Canadian dollars (or shares) equal to the

[112] L'article 3.1 de l'entente permet à Sattva de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions en fonction du « cours ». Aux termes de l'art. 2 de l'entente, le cours des titres des sociétés cotées à la Bourse de croissance TSX est égal au « cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition ». En l'espèce, compte tenu de la définition du cours, l'action vaudrait 0,15 \$. Le passage « dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation » tiré de l'art. 3.1 de l'entente constitue la stipulation relative au « plafond ». Cette stipulation limite le montant des honoraires d'intermédiation. Le plafond correspond dans le cas qui nous occupe à 1,5 million \$US (voir le point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse à l'annexe II).

[113] La stipulation relative au « plafond » limite le montant des honoraires d'intermédiation, mais elle ne change rien à la définition du cours. Comme l'explique le juge Armstrong, la définition du cours fixe la date à laquelle un moyen de paiement (dollars américains) est converti en un autre (actions) :

[TRADUCTION] Le moyen de paiement des honoraires d'intermédiation est clairement établi par l'entente conclue en ce sens. La valeur marchande de ces actions au moment où les parties ont conclu cette entente était inconnue. L'intimée établit une analogie entre le paiement en actions des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US et une entente hypothétique en vertu de laquelle la somme de 1,5 million \$US serait convertie en dollars canadiens. Dans les deux cas, les honoraires seraient payés en devises différentes. Le taux de change d'une à l'autre serait fixé à une date précise, tout comme l'est le cours de l'action dans l'entente relative aux honoraires. Ce taux de change permettrait de calculer la somme à verser en dollars canadiens en règlement des honoraires de 1,5 million \$US, tout comme le cours permet de déterminer le nombre d'actions cédées en règlement des honoraires. Le dollar canadien est une forme de paiement, au même titre que l'action. Il importe peu que la valeur du dollar canadien augmente ou diminue après la date fixée pour établir le taux de change. Le

amount of the fee based on the value of that currency on the date that the value is determined.

(SC Appeal Court decision, at para. 71)

[114] Justice Armstrong explained that Creston's position requires the Market Price definition to be ignored and for the shares to be priced based on the valuation done in anticipation of a private placement.

[115] However, nothing in the Agreement expresses or implies that compliance with the "maximum amount" proviso should be reassessed at a date closer to the payment of the finder's fee. Nor is the basis for the new valuation, in this case a private placement, mentioned or implied in the Agreement. To accept Creston's interpretation would be to ignore the words of the Agreement which provide that the "finder's fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price".

[116] The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both the Market Price definition and the "maximum amount" proviso. The arbitrator's interpretation of the Agreement, as explained by Justice Armstrong, achieves this goal by reconciling the Market Price definition and the "maximum amount" proviso in a manner that cannot be said to be unreasonable.

[117] As Justice Armstrong explained, setting the share price in advance creates a risk that makes selecting payment in shares qualitatively different from choosing payment in cash. There is an inherent risk in accepting a fee paid in shares that is not present when accepting a fee paid in cash. A fee paid in cash has a specific predetermined value. By contrast, when a fee is paid in shares, the price of the shares (or mechanism to determine the price of the shares) is set in advance. However, the price of those shares on the market will change over time. The recipient

montant des honoraires payé est toujours égal à 1,5 million \$US. Il est converti en un certain nombre de dollars canadiens (ou d'actions) équivalant au montant des honoraires en fonction de la valeur de la devise à la date à laquelle cette valeur est déterminée.

(Décision de la CS sur l'appel, par. 71)

[114] Comme l'explique le juge Armstrong, accepter la position de Creston revient à ne pas tenir compte de la définition du cours et à fixer le cours de l'action en fonction de l'évaluation faite en prévision d'un placement privé.

[115] Cependant, rien dans l'entente n'indique, expressément ou implicitement, qu'il faille réévaluer avant la date du versement des honoraires d'intermédiation la conformité à la stipulation relative au « plafond ». L'entente ne précise pas non plus — ni expressément, ni implicitement — la base sur laquelle il faudrait procéder à une telle réévaluation — en l'occurrence un placement privé. Accepter l'interprétation de Creston reviendrait à faire fi du libellé de l'entente selon lequel les « honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ».

[116] La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond ». Comme l'explique le juge Armstrong, l'interprétation par l'arbitre de l'entente atteint cet objectif en conciliant la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable.

[117] Comme l'explique le juge Armstrong, fixer le cours de l'action en avance engendre un risque qui rend le paiement en actions qualitativement différent du paiement en argent. Le versement des honoraires sous forme d'actions présente un risque inhérent, qui ne se pose pas dans le cas du versement en argent. Les honoraires payés en argent ont une valeur prédéterminée. Par contre, quand les honoraires sont versés en actions, le cours de l'action (ou le mécanisme permettant de le déterminer) est fixé à l'avance. Cependant, le cours de l'action

of a fee paid in shares hopes the share price will rise resulting in shares with a market value greater than the value of the shares at the predetermined price. However, if the share price falls, the recipient will receive shares worth less than the value of the shares at the predetermined price. This risk is well known to those operating in the business sphere and both Creston and Sattva would have been aware of this as sophisticated business parties.

[118] By accepting payment in shares, Sattva was accepting that it was subject to the volatility of the market. If Creston's share price had fallen, Sattva would still have been bound by the share price determined according to the Market Price definition resulting in it receiving a fee paid in shares with a market value of less than the maximum amount of US\$1.5 million. It would make little sense to accept the risk of the share price decreasing without the possibility of benefitting from the share price increasing. As Justice Armstrong stated:

It would be inconsistent with sound commercial principles to insulate the appellant from a rise in share prices that benefitted the respondent at the date that the fee became payable, when such a rise was foreseeable and ought to have been addressed by the appellant, just as it would be inconsistent with sound commercial principles, and the terms of the fee agreement, to increase the number of shares allocated to the respondent had their value decreased relative to the Market Price by the date that the fee became payable. Both parties accepted the possibility of a change in the value of the shares after the Market Price was determined when entering into the fee agreement.

(SC Appeal Court decision, at para. 70)

[119] For these reasons, the arbitrator did not ignore the "maximum amount" proviso. The arbitrator's reasoning, as explained by Justice Armstrong, meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility (*Dunsmuir*, at para. 47).

fluctue avec le temps. La personne qui reçoit des honoraires payés en actions espère une augmentation du cours, de sorte que ses actions auront une valeur marchande supérieure à celle qui est établie selon le cours prédéterminé. En revanche, si le cours chute, cette personne reçoit des actions dont la valeur est inférieure à celle des actions selon le cours prédéterminé. Ce risque est bien connu de ceux qui évoluent dans ce milieu, et Creston et Sattva, des parties avisées, en auraient eu connaissance.

[118] En acceptant un paiement en actions, Sattva acceptait de se soumettre à la volatilité du marché. Si l'action de Creston avait chuté, Sattva aurait tout de même été liée par la valeur déterminée en application de la définition du cours, de sorte qu'elle aurait reçu des actions d'une valeur marchande inférieure au plafond de 1,5 million \$US. Il ne serait guère logique d'accepter le risque d'une baisse du cours de l'action sans avoir la possibilité de bénéficier d'une hausse. Pour reprendre les propos du juge Armstrong :

[TRADUCTION] Il serait contraire aux principes commerciaux reconnus de protéger l'appelante de la hausse du cours de l'action dont bénéficiait l'intimée à la date de versement des honoraires, alors qu'une telle augmentation était prévisible et aurait dû être soulevée par l'appelante, tout comme il serait contraire aux principes commerciaux reconnus, et aux termes de l'entente relative aux honoraires, d'augmenter le nombre d'actions cédées à l'intimée dans le cas où leur valeur aurait baissé par rapport au cours en vigueur à la date du versement des honoraires. Les deux parties ont reconnu, quand elles ont conclu l'entente relative aux honoraires, la possibilité de fluctuation de la valeur de l'action après la définition du cours.

(Décision de la CS sur l'appel, par. 70)

[119] Pour ces raisons, on ne peut prétendre que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation de l'entente relative au « plafond ». Le raisonnement de l'arbitre, que le juge Armstrong explique, satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Dunsmuir*, par. 47).

E. Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts

[120] The CA Appeal Court held that it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court regarding not simply the decision to grant leave to appeal, but also the merits of the appeal. In other words, it found that the SC Appeal Court erred in law by ignoring the findings of the CA Leave Court regarding the merits of the appeal.

[121] The CA Appeal Court noted two specific findings regarding the merits of the appeal that it held were binding on it and the SC Appeal Court: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but allowed it to receive shares valued at approximately \$8 million if Sattva received its fee in shares; and (2) that the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement:

The [SC Appeal Court] judge found the arbitrator had expressly addressed the maximum amount payable under paragraph 3.1 of the Agreement and that he was correct.

This finding is contrary to the remarks of Madam Justice Newbury in the earlier appeal that, if Sattva took its fee in shares valued at \$0.15, it would receive a fee having a value at the time the fee became payable of over \$8 million. If the fee were taken in cash, the amount payable would be \$1.5 million US. Newbury J.A. specifically held that the arbitrator did not note this anomaly and did not address the meaning of paragraph 3.1 of the Agreement.

The [SC Appeal Court] judge was bound to accept those findings. Similarly, absent a five-judge division in this appeal, we must also accept those findings. [paras. 42-44]

E. La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel

[120] La Cour d'appel a conclu qu'elle-même et la formation de la CS saisie de l'appel étaient liées par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation en ce qui a trait non seulement à la décision d'autoriser l'appel, mais aussi au bien-fondé de l'appel. Autrement dit, elle a conclu que la formation de la CS saisie de l'appel avait commis une erreur de droit en faisant fi des conclusions de la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation quant au bien-fondé de l'appel.

[121] La formation de la CA saisie de l'appel a mis en relief deux conclusions précises quant au bien-fondé de l'appel qui, à son avis, la liaient elle, et aussi la formation de la CS saisie de l'appel : 1^o il serait incongru que l'entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d'actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2^o l'arbitre n'a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l'art. 3.1 de l'entente :

[TRADUCTION] Le juge [de la CS saisi de l'appel] a conclu que l'arbitre avait expressément tenu compte du plafond des honoraires payables conformément au paragraphe 3.1 de l'entente et que sa sentence était correcte.

Cette conclusion est contraire aux remarques formulées par la juge Newbury dans l'appel antérieur selon lesquelles, si ses honoraires étaient versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité, Sattva obtiendrait des honoraires d'une valeur, à la date du versement des honoraires, de plus de 8 millions \$. Si elle optait pour le versement en argent, elle recevrait un montant de 1,5 million \$US. La juge Newbury a statué expressément que l'arbitre n'avait pas soulevé cette anomalie et qu'il n'avait pas tenu compte du sens du paragraphe 3.1 de l'entente.

Le juge [de la CS saisi de l'appel] était tenu d'accepter ces conclusions. De même, à défaut d'une décision d'une formation de cinq juges en l'espèce, nous devons aussi accepter ces conclusions. [par. 42-44]

[122] With respect, the CA Appeal Court erred in holding that the CA Leave Court's comments on the merits of the appeal were binding on it and on the SC Appeal Court. A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 88). A leave court decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful (*Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, at para. 27, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii). This is true even where the determination of whether to grant leave involves, as in this case, a preliminary consideration of the question of law at issue. A grant of leave cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal (*Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), at para. 32).

[123] Creston concedes this point but argues that the CA Appeal Court's finding that it was bound by the CA Leave Court was inconsequential because the CA Appeal Court came to the same conclusion on the merits as the CA Leave Court based on separate and independent reasoning.

[124] The fact that the CA Appeal Court provided its own reasoning as to why it came to the same conclusion as the CA Leave Court does not vitiate the error. Once the CA Appeal Court treated the CA Leave Court's reasons on the merits as binding, it could hardly have come to any other decision. As counsel for Sattva pointed out, treating the leave decision as binding would render an appeal futile.

[122] Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la formation de la CA saisie de l'appel a commis une erreur en concluant que les commentaires sur le bien-fondé de l'appel formulés par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation la liaient elle, de même que la formation de la CS saisie de l'appel. Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 88). Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli (*Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, par. 27, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii). Cela vaut même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause, comme c'est le cas en l'espèce. L'autorisation accordée ne saurait lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs (*Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), par. 32).

[123] Creston concède ce point, mais prétend que la conclusion tirée par la formation de la CA saisie de l'appel selon laquelle elle était liée par les conclusions de celle saisie de la demande d'autorisation était sans conséquence parce que la première est arrivée à la même conclusion que la seconde sur le bien-fondé, à l'issue d'un raisonnement distinct et indépendant.

[124] Le fait que la formation de la CA saisie de l'appel soit arrivée à la même conclusion que celle saisie de la demande d'autorisation pour des motifs différents n'annule pas l'erreur. Dès lors que la formation de la CA saisie de l'appel a accordé un caractère obligatoire aux motifs concernant le bien-fondé de l'appel énoncés par celle saisie de la demande d'autorisation, elle ne pouvait guère arriver à une autre décision. Comme le souligne l'avocat de Sattva, considérer comme impérative la décision relative à la demande d'autorisation rendrait l'appel futile.

VI. Conclusion

[125] The CA Leave Court erred in granting leave to appeal in this case. In any event, the arbitrator's decision was reasonable. The appeal from the judgments of the Court of Appeal for British Columbia dated May 14, 2010 and August 7, 2012 is allowed with costs throughout and the arbitrator's award is reinstated.

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

(a) "Market Price" definition:

2. DEFINITIONS

"**Market Price**" for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company's stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

(b) Finder's fee provision (which contains the "maximum amount" proviso):

3. FINDER'S FEE

3.1 ... the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder's fee (the "Finder's Fee") based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder's fee

VI. Conclusion

[125] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a commis une erreur en accordant l'autorisation d'interjeter appel en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la sentence arbitrale était raisonnable. L'appel interjeté à l'encontre des décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datées du 14 mai 2010 et du 7 août 2012 est accueilli avec dépens devant toutes les cours. La sentence arbitrale est rétablie.

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

a) Définition du « cours » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c'est-à-dire qu'il s'entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s'entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition.

b) Disposition relative aux honoraires d'intermédiation (laquelle contient la stipulation relative au « plafond ») :

[TRADUCTION]

3. HONORAIRES D'INTERMÉDIATION

3.1 ... la société convient qu'à la conclusion d'une acquisition qui lui a été présentée par l'intermédiaire, elle verse à l'intermédiaire des honoraires (des « honoraires d'intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques

is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder’s Fee Limitations.

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1:
Loans, Bonuses, Finder’s Fees and Commissions

3.3 Finder’s Fee Limitations

The finder’s fee limitations apply if the benefit to the Issuer is an asset purchase or sale, joint venture agreement, or if the benefit to the Issuer is not a specific financing. The consideration should be stated both in dollars and as a percentage of the value of the benefit received. Unless there are unusual circumstances, the finder’s fee should not exceed the following percentages:

Benefit	Finder’s Fee
On the first \$300,000	Up to 10%
From \$300,000 to \$1,000,000	Up to 7.5%
From \$1,000,000 and over	Up to 5%

As the dollar value of the benefit increases, the fee or commission, as a percentage of that dollar value should generally decrease.

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the Arbitration Act)

Appeal to the court

31 (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if

de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l’intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n’excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d’intermédiation.

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d’intermédiation et commissions

3.3 Plafond des honoraires d’intermédiation

Les honoraires d’intermédiation sont assujettis à un plafond si l’avantage que retire l’émetteur prend la forme d’un achat ou d’une vente d’actifs ou d’une convention de coentreprise, ou si son avantage n’est pas lié à un financement précis. La contrepartie devrait être exprimée à la fois en valeur monétaire et en pourcentage de la valeur de l’avantage reçu. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les honoraires d’intermédiation ne doivent pas dépasser les pourcentages suivants :

Avantage	Honoraires d’intermédiation
300 000 \$ et moins	Jusqu’à 10 %
Entre 300 000 \$ et 1 000 000 \$	Jusqu’à 7,5 %
1 000 000 \$ et plus	Jusqu’à 5 %

De façon générale, les honoraires ou la commission, exprimés en pourcentage de la valeur monétaire de l’avantage, devraient être inversement proportionnels à cette valeur.

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l’Arbitration Act)

[TRADUCTION]

Appel devant le tribunal

31 (1) Une partie à l’arbitrage peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence si, selon le cas :

- (a) all of the parties to the arbitration consent, or
- (b) the court grants leave to appeal.
- (2) In an application for leave under subsection (1) (b), the court may grant leave if it determines that
 - (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.
- (3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.
- (4) On an appeal to the court, the court may
 - (a) confirm, amend or set aside the award, or
 - (b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the BCICAC Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

- (a) toutes les parties à l'arbitrage y consentent,
- (b) le tribunal accorde l'autorisation.
- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
 - (a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - (b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - (c) la question de droit est d'importance publique.
- (3) Si le tribunal accorde l'autorisation en vertu du présent article, il peut assortir des conditions qu'il estime équitables l'ordonnance accordant l'autorisation.
- (4) En appel, le tribunal peut, selon le cas :
 - (a) confirmer, modifier ou annuler la sentence,
 - (b) renvoyer la sentence à l'arbitre avec l'opinion du tribunal sur la question de droit qui a fait l'objet de l'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante BCICAC Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

TAB 4

Shorter Oxford English Dictionary

ON HISTORICAL PRINCIPLES

Sixth edition

VOLUME 2 · N-Z

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

Great Clarendon Street, Oxford OX2 6DP

Oxford University Press is a department of the University of Oxford.
It furthers the University's objective of excellence in research, scholarship,
and education by publishing worldwide in

Oxford New York

Auckland Cape Town Dar es Salaam Hong Kong Karachi

Kuala Lumpur Madrid Melbourne Mexico City Nairobi

New Delhi Shanghai Taipei Toronto

With offices in

Argentina Austria Brazil Chile Czech Republic France Greece

Guatemala Hungary Italy Japan Poland Portugal Singapore

South Korea Switzerland Thailand Turkey Ukraine Vietnam

Oxford is a registered trade mark of Oxford University Press
in the UK and in certain other countries

Published in the United States

by Oxford University Press Inc., New York

© Oxford University Press 1973, 1993, 2002, 2007

Database right Oxford University Press (makers)

First edition 1933

Second edition 1936

Third edition 1944

Reprinted with revised etymologies and enlarged addenda 1973

Fourth edition published 1993 as the *New Shorter Oxford English Dictionary*

Fifth edition 2002

Sixth edition 2007

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced,
stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means,
without the prior permission in writing of Oxford University Press,
or as expressly permitted by law, or under terms agreed with the appropriate
reprographics rights organization. Enquiries concerning reproduction
outside the scope of the above should be sent to the Rights Department,
Oxford University Press, at the address above

You must not circulate this book in any other binding or cover
and you must impose this same condition on any acquirer

British Library Cataloguing in Publication Data

Data available

Library of Congress Cataloging in Publication Data

Data available

ISBN 978-0-19-920687-2

ISBN 978-0-19-920688-9 (deluxe)

ISBN 978-0-19-923324-3 (US)

ISBN 978-0-19-923325-0 (deluxe leatherbound)

10 9 8 7 6 5 4 3 2

Typeset in OUP Swift, OUP Argo, and Capitulum

by Interactive Sciences Ltd, Gloucester

Printed in China through Asia Pacific Offset

2 An animal that is hunted or killed, esp. (and now only) by another animal for food. **ME**. ▶ **b** That which is procured or serves for food. **LME–117**.

A. HARDY Sea-anemones capture larger prey. D. MORRIS Hyaenas start tearing at the legs of any prey in reach.

3 A person who or thing which is influenced by or vulnerable to someone or something harmful. **ME**.

S. T. WARNER At night I become prey to the gloomiest suspicions. S. WEINTRAUB She was easy prey to someone influential.

4 The action of preying; seizing by force or violence, or in order to devour; pillage, capture, seizure. Now *rare*. **E16**.

PHRASES: *beast of prey:* see **BEAST** noun. *bird of prey:* see **BIRD** noun. ▶ **preyful** adjective (*rare*) killing much prey, prone to prey **116–117**.

prey /preɪ/ verb. **ME**.

[**ORIGIN** Old French *preier*, *preer* from late Latin *praedare* alt. of earlier *praedari*, from *praeda* **PREY** noun.]

1 verb trans. **a** Plunder, pillage, spoil; rob, ravage. **ME–M17**.

b Make prey or spoil of; take as booty. *rare*. **116–117**.

2 verb intrans. Pillage, plunder. (Foll. by (up)on.) Now *rare*. **ME**.

3 verb intrans. Take or look for prey. *Usu.* foll. by (up)on, seize and kill as prey; *fig.* make a victim of, make harmful use of for one's own purposes. **ME**.

A. C. CLARKE Alert for the mountain lions that would prey upon his father's sheep. G. GREENE You are obviously preying on her good nature. R. CHRISTIANSEN Oswald is a hard-hearted cynic who preys on the weakness of others.

4 verb intrans. Exert a baneful, wasting, or destructive influence (up)on. **E18**.

H. KELLER Anger and bitterness had preyed upon me continually for weeks. B. CHATWIN The thought of it preyed on their minds and made them ill.

■ **preyer** noun **116**.

prez /prez/ noun¹. colloq. **119**.

[**ORIGIN** Abbreviation.]

= **PRESIDENT** noun.

prez /prez/ noun². colloq. Also **pres**. **E20**.

[**ORIGIN** Abbreviation.]

= **PRESENT** noun².

prezzie /'prezi/ noun. colloq. Also **pressie**. **M20**.

[**ORIGIN** from **PREZ** noun¹ + **-IE**.]

A present, a gift.

prial /'praɪəl/ noun. **E19**.

[**ORIGIN** Alt.]

= *pair royal* s.v. **PAIR** noun¹.

Priamel /'praɪəməɪ(ə)l/ noun. Also **p-**. Pl. **-meln** /-mɔːln/. **M20**.

[**ORIGIN** German from Latin *praeambulum* **PREAMBLE** noun.]

hist. An epigrammatic verse form popular in Germany in the 15th and 16th cents. Also, a similar verse form in ancient Greek poetry.

prian noun var. of **PRYAN**.

Priapi noun pl. see **PRIAPUS**.

priapic /'praɪ'apɪk/ adjective. Also **p-**. **118**.

[**ORIGIN** from **PRIAPUS** + **-IC**.]

Of, pertaining to, or characteristic of the god Priapus; phallic. Also (**MEDICINE**), of a man: having a persistently erect penis.

■ Also **priapean** /'praɪ'apɪən/ adjective **117**.

priapism /'praɪ'apɪz(ə)m/ noun. Earlier in Latin form **'priapismus**. **LME**.

[**ORIGIN** Late Latin *priapismus* from Greek *priapismos*, from *priapizein* act Priapus, be lewd, formed as **PRIAPUS**: see **-ISM**. Cf. French *priapisme*.]

1 **MEDICINE**. Persistent erection of the penis, commonly due to a blood clot in the erectile tissue. **LME**.

2 = **PRIAPUS** 2. *rare*. **M17**.

3 Lewdness, licentiousness. **M18**.

■ **Priapist** noun (*rare*) a worshipper of Priapus; a lecher. **M16**.

priapulid /'praɪ'apjʊlɪd/ noun & adjective. **E20**.

[**ORIGIN** mod. Latin *Priapulida* (see below), from *Priapulus* genus name, dim. of **PRIAPUS**: see **-ID**.]

ZOOLOGY. ▶ **A** noun. Any of various wormlike marine animals of the minor phylum Priapulida, which burrow in sand or mud and possess an eversible proboscis or pharynx. **E20**.

▶ **B** adjective. Of, pertaining to, or designating this phylum. **E20**.

Priapus /'praɪ'əpʊs/ noun. Also **p-**. Pl. **-pi** /-paɪ/, **-piɪ** /-piɪ/, **-pus**. **LME**.

[**ORIGIN** Latin from Greek *Priapos*, the Greek and Roman god of procreation whose symbol was the phallus, later adopted as a god of gardens.]

1 A statue or image of the god Priapus, esp. characterized by having large genitals. **LME**.

2 *transf.* (A representation of) the penis, esp. when erect. **116**.

pribble /'prɪb(ə)l/ noun. **116**.

[**ORIGIN** Alt. of **PRABBLE** noun.]

Petty disputation, vain chatter. Chiefly in *pribble-prabble*.

pribumi /'prɪbʊmi/ noun & adjective. Also **p-**. **L20**.

[**ORIGIN** Indonesian or Javanese Cf. Sanskrit *bhūmi* earth.]

▶ **A** noun. Pl. same. **-s**. In Indonesia and Malaysia, a member of the indigenous population. **L20**.

▶ **B** *attrib.* or as adjective. Of or pertaining to the pribumi. **L20**.

price /praɪs/ noun & adjective. Also **↑prize**. (as noun, now *dial.*) **prize** /'praɪz/. See also **PRIZE** noun¹. **ME**.

[**ORIGIN** Old French *pris* (mod. *prix*) from Latin *pretium* price, value, wages, reward. Cf. **PRASE** noun.]

▶ **A** noun. **1** The (esp. stated) sum in money or goods for which a thing is or may be bought or sold, or a thing or person ransomed or redeemed; *spec.* in *pl.*, the current level of prices charged by a shop, hotel, etc., for goods or services. Formerly also, a rate for labour, wages. **ME**.

▶ **b** Payment in purchase of something, *obsolete* exc. in *without price* (a) below. **LME**. ▶ **c** Reckoning or statement of the value of something, estimation of value. Only in *above price*, *beyond price*, *without price* (b), below. **116**.

▶ **d** **ECONOMICS**. The actual cost of acquiring, producing, etc., something calculated according to some specific measure. **117**.

A. KENNY Cigarettes at duty-free prices. E. LEONARD All they get . . . are tourists . . . the way their prices are. *Which?* An average price for each item.

2 *fig.* The cost of a thing in expenditure of effort, endurance, suffering, etc.; what is borne, sacrificed, surrendered, etc., to obtain some advantage. **LME**.

B. NEL Was madness the price for a few hours' living? P. DE VRIES The stops . . . were small price to pay for the stimulations . . . of that journey.

3 A sum of money offered as a reward for the capture or killing of a person. Chiefly in *put a price on a person's head*, *set a price on a person's head* below. **M18**.

4 The amount of money etc. needed to procure a person's interest or support. **M18**.

J. BENTHAM It is a well-known adage . . . that every man has his price.

5 The odds in betting. **119**.

▶ **II** **6** Value, worth; esp. high value. Formerly also, honourableness, virtue. *arch.* **ME**.

AV Matt. 13:46 One pearl of great price.

▶ **7** Esteem, regard; esp. high esteem. **ME–M17**.

▶ **b** Valuation, assessment. *rare* (Shakes.). Only in **E17**.

▶ **III** **8** = **PRASE** noun **1a**. **ME–M16**.

▶ **9** = **PRASE** noun **1b**. **ME–E17**.

▶ **IV** See **PRIZE** noun¹.

– **PHRASES:** *above price* = *beyond price* below. **a price on one's head** a reward on offer for one's capture or death. **ASKING price**.

at any price whatever it may cost, whatever loss, sacrifice, etc., is or may be entailed. at a price at a high cost, entailing considerable loss, sacrifice, etc. **beyond price** so valuable that no price can be stated. **long price**: see **LONG** adjective¹. **MARKED price**.

maximum price: see **MAXIMUM** adjective. **middle price**: see **MIDDLE** adjective. **10f price** (a) (of a thing) precious, valuable; (b) (of a person) worthy, honourable. **put a price on a person's head**.

set a price on a person's head offer a reward for a person's capture or death. **reserve price**: see **RESERVE** noun **5b**. **retail price index**. **retail price maintenance**: see **RETAIL** noun, adjective. **set a price on a person's head**: see **put a price on a person's head** above. **short price**: see **SHORT** adjective. **unit price**: see **UNIT** noun¹ & adjective. **upset price**: see **UPSET** adjective. **what price** —? what is the value or use of —?; what is the likelihood of —? **without price** (a) *arch.* without payment, free; (b) = *beyond price* above.

– **COMB.**: **price buster** (colloq., orig. *US*) a person who or thing which inflates or reduces the price of an item or commodity; (b) an item or commodity selling at a reduced price; **price control** governmental establishment and maintenance of a maximum price to be charged for specified goods and services; **price current** a price list for a particular range of goods etc.; **price cut** a reduction made by price-cutting; **price-cut verb trans.** & *intrans.* practise price-cutting (on); **price-cutting** the action of reducing the price of goods for sale, esp. in order to compete with other traders; **price discrimination** the action of charging different prices to different customers for the same goods or services; **price-earnings multiple**. **price-earnings ratio** *economics* the ratio between the current market price of a company's stock and its annual per-share income; **price elasticity** the extent to which demand for goods etc. is affected by a change in price; **price-fixed adjective** (of goods for sale etc.) maintained at a certain price level by price fixing; **price fixing** the action of maintaining prices at a certain level by agreement between traders; **price index**: showing the variation in the prices of a set of goods etc. since a chosen base period; **price leader** a dominant firm that determines the prices within an industry; **price list**: giving current prices of goods for sale etc.; **price mark** noun a mark on an item for sale indicating its price; **price-mark verb trans.** (US) put a price mark on (an item for sale); **price movement** a fluctuation in price; **price point** (chiefly *US*) a point on a scale of possible prices at which something might be marketed; **price ring** an association of traders formed to control certain prices; **price shading** the action of changing prices by small gradations; **price stop** a ban on price increases; **price support** assistance in maintaining the levels of prices regardless of supply or demand; **price system** an economic system in which prices are determined by market forces; **price tab** *US* a bill; **price tag**. **price ticket** (a) a label on an item indicating its price; (b) *economics* the estimated value of a company, esp. as the sum required for a takeover etc.; **price war** intense competition among traders by price-cutting.

▶ **IB** adjective. Precious, valuable; (of a person) worthy, honourable. **ME–E17**.

price /praɪs/ verb trans. Also (earlier) **↑prize**. **LME**.

[**ORIGIN** Var. of **PRIZE** verb¹, assim. to **PRICE** noun & adjective Cf. **PRASE** verb.]

1 Set or state the price of (a thing for sale); esp. attach a price tag or ticket to. **LME**. ▶ **b** *fig.* Value relatively, estimate. **119**.

Homehair Finished in tough melamine . . . it is priced at £279.

b GEO. Eluor The girls' doings are . . . priced low.

price out charge a prohibitive price to (a potential customer); **price out of the market**, eliminate (oneself or another) from commercial competition through charging prohibitive prices; charge a prohibitive price for (goods etc.) or to (a potential customer); **price up** increase the price of.

12 = **PRIZE** verb². **LME–M17**.

13 Pay for by some sacrifice etc. Only in **16**.

4 Inquire the price of. **M19**.

R. KIPLING Colonel Creighton, pricing Tibetan ghost-daggers at Lurgan's shop.

■ **priceable** adjective (*US*) able to be priced, having a calculable value. **M20**. **pricer** noun a person who prices goods etc. **LME**. **pricing** noun the action or process of establishing a price or prices; the overall level of prices so fixed; **predatory pricing**: see **PREDATORY** adjective. **M19**.

priced /praɪst/ adjective. **LME**.

[**ORIGIN** from **PRICE** noun, verb; see **-ED**, **-ED**.]

1 Prized, highly valued. *Scot.* **LME–115**.

2 Having the price set or stated; containing a statement of prices; having a price tag or ticket attached. *Freq.* with specifying word, as *high-priced*, *low-priced*, etc. **E16**.

priceless /'praɪslɪs/ adjective. **116**.

[**ORIGIN** from **PRICE** noun + **-LESS**.]

1 Beyond price; invaluable, inestimable. **116**.

E. M. FORSTER Italy was offering her the most priceless of all possessions—her own soul. *Great Hospitality* Illuminated . . . vitrines for displaying priceless porcelain.

2 Valueless, worthless. *rare*. **118**.

3 Very amusing or absurd. *colloq.* **E20**.

S. NAIPAUL Can you imagine how they must have . . . rolled their eyes? Absolutely priceless. B. BAINBRIDGE 'You're priceless,' his wife told him, giving little whoops of resurrected joy.

■ **pricelessly** adverb **M19**. **pricelessness** noun **119**.

priced /'praɪst/ adjective. *colloq.* Also **pricy**. **M20**.

[**ORIGIN** from **PRICE** noun + **-Y**.]

Expensive.

Truck & Driver Chain restaurants . . . tend to be . . . pricy. *Listener* The priciest areas of New York.

■ **pridness** noun **L20**. **pricily** adverb **L20**.

prick /prɪk/ noun & adjective.

[**ORIGIN** Old English *prica*, *prica*, price = Middle Low German *prick* (Low German, Dutch *prick*), of unknown origin. Cf. **PRICKLE** noun, **PRITCH** noun.]

▶ **A** noun. **1** The result of pricking.

1 A small hole in a surface made by pricking or piercing; a puncture, a perforation. *OE*. ▶ **b** A hare's footprint. *US*. ▶ **c** A wound in the sole of a horse's foot. **E17**.

2 A minute indentation or mark on a surface made with a pointed instrument, formerly esp. the point of a pen or pencil; a dot. Now *rare* or *obsolete*. *OE*. ▶ **b** Any of the marks dividing a clock dial. *rare* (Shakes.). Only in **16**.

3 A punctuation or metrical mark; a diacritical mark. *obsolete* exc. *hist.* *OE*. ▶ **b** A point or dot in musical notation. **116–M18**.

▶ **II** **14** A minute part or amount (of something); a jot, a fraction. *OE–M17*. ▶ **b** An instant, a moment. **ME–116**.

▶ **III** **5** The action or an act of pricking; the fact of being pricked; *fig.* a feeling of mental pain or torment. **ME**.

M. WEST Bear the pricks and the poison with . . . dignity.

▶ **IV** A thing that pricks.

6 A projecting spike on a plant or animal; a thorn, a spine. Now *rare* or *obsolete*. **ME**.

7 A goad for oxen; a spur (*lit.* & *fig.*). Now *arch.* exc. in *kick against the pricks* s.v. **KICK** verb¹. **ME**.

8 A slender tapering piece of wood or metal, esp. used as a fastening; a skewer, a pin. Now *hist.* **LME**.

9 The point of a spear etc., a pointed weapon or implement. Now *rare*. **LME**.

▶ **10** An upright spike in ironwork etc.; a spire, a pinnacle. *Chiefly* *Scot.* **115–E20**.

11 *coarse slang*. **1a** As a term of endearment: a young man, a lover. **M16–117**. ▶ **b** The penis. **116**. ▶ **c** As a term of abuse: an objectionable man. **E20**.

c M. GEE Harold is just a stupid prick.

12 A small roll of tobacco. **M17**.

▶ **V** A point in space or time.

13 A stage in a process or scale, a degree; *spec.* the height or highest point of something, the apex. *Long arch.* **LME**.

▶ **14** A specified point in time; esp. the critical moment. **LME–116**.

15 **ARCHERY**. (A mark in the centre of) a target. **LME**. ▶ **b** *fig.* An aim, an object. **LME–116**.

▶ **16** *gen.* A point in space; a geometrical point. **M16–E17**.

reheat /ri:'hi:t/ verb. E18.

[ORIGIN from RE- + HEAT verb.]

- 1 verb trans. Heat again. E18. **vb** verb intrans. Of cooked food: undergo heating again (well, badly). L20.
 2 verb trans. **AERONAUTICS.** As **reheated ppl** adjective: equipped or augmented with reheat. M20.
 ■ **reheater** noun an apparatus for reheating something U9.

rehoboam /ri:'həʊəm, ri:'zə-/ noun. M19.

[ORIGIN Rehoboam, son of Solomon, King of Judah (1 Kings 12–14).]

- †1 A shovel hat. rare. Only in M19.
 2 A large wine bottle between a jeroboam and a methuselah in size, equivalent to six ordinary bottles. U19.

Rehoboth /ri:'əbθ/ noun & adjective. U19.

[ORIGIN A river, town, and district in Namibia, in origin a biblical place name (Genesis 26:22).]

- **A** noun. A member of a people of mixed African and European descent living in Namibia. U19.
 ► **B** adjective. Of, pertaining to, or designating this people. M20.
 ■ **Rehobother** noun M20. **Reho'bothian** noun (rare) U19.

rehouse /ri:'həʊz/ verb trans. E19.

[ORIGIN from RE- + HOUSE verb.]

Provide with new housing; house again.

rehung verb pa. t. & ppl of REHANG.**rehydrate** /ri:'haɪd'reɪt/ verb. E20.

[ORIGIN from RE- + HYDRATE verb.]

- 1 verb intrans. Absorb water again, esp. after dehydration. E20.
 2 verb trans. Add water to again after dehydration; esp. restore (dehydrated food) to a palatable state by adding water. M20.
 ■ **rehydration** noun M19.

rei /reis/ noun. M16.[ORIGIN Back-form. from Portuguese reis pl. of *real* = Spanish *real* REAL noun.]

- hist.** A former monetary unit of Portugal and Brazil of very small value, of which one thousand formed a milreis. Us. in pl.

Reich /raɪk, -x/ noun. Pl. -e/-ə/. E20.

[ORIGIN German = kingdom, empire, state.]

- Any of several former German states or commonwealths, esp. the Third Reich (see below).
First Reich the Holy Roman Empire, 962–1806. **Second Reich** the German Empire, 1871–1918. **Third Reich** the Nazi regime, 1933–45.
 — **COMB.**: **Reichsmark** the basic monetary unit of the Reich, replaced in 1948 by the Deutschmark; **Reichsrat** [German Rat council: cf. **BUNDESRAT**] (a) the parliament of the Austrian part of the Habsburg Empire; (b) the council of the federated states of Germany from 1918 to 1933; **Reichstag** [German Tag diet: cf. **BUNDESTAG**] the diet or parliament of the North German Confederation (1867–71), of the German Empire (1871–1918), and of post-Imperial Germany until 1945; the building in Berlin in which this parliament met; **Reichsthaler** = RIX-DOLLAR 1.
 — **NOTE.** Of First, Second, and Third Reich, only Third Reich is standard historical terminology.

Reichert /'raɪkət, -x/ noun. U19.

[ORIGIN Emil Reichert (1838–94), German food scientist.]

- Used in **possess.** and **attrib.** with ref. to standard procedures for determining the proportion of volatile water-soluble fatty acids present in butter, fats, and oils. Freq. in **comb.** with another name, as **Meissl, Polenske, Wölflny**.

Reichian /'raɪkiən, -x/ noun & adjective. M20.

[ORIGIN from Wilhelm Reich (see below) + -IAN.]

- A** noun. A supporter of the theories or practices of the Austrian psychologist Wilhelm Reich (1897–1957), esp. those relating to vital or sexual energy derived from orgone or to the importance of sexual freedom. M20.
 ► **B** adjective. Of, pertaining to, or following Reich or his theories. L20.

reify /ri:'fi/ noun. Chiefly Scot. arch.[ORIGIN Old English *reaf* = Old Frisian *rāf*, Old Saxon *rāf*, Old High German *roub*, from Germanic: see **REAVE** verb.]

- †1 Property etc. taken by force or robbery; plunder, booty. OE–M19.
 2 The act of plundering; robbery. ME.

reification /ri:'fi'keɪʃ(ə)n, -reif-/ noun. M19.[ORIGIN from Latin *res*, re-thing + -FI-CATION.]

- The mental conversion of a person or abstract concept into a thing. Also, depersonalization, esp. (in Marxist theory) that due to capitalist industrialization in which the worker is considered as a commodity.

■ **reificatory** adjective of, pertaining to, or characterized by reification M20.**reify** /ri:'fi/ verb trans. M19.

[ORIGIN formed as REIFICATION + -FY.]

- Convert (a concept etc.) mentally into a thing; materialize.
 ■ **reifier** noun M20.

reign /rein/ noun. ME.[ORIGIN Old French *reigne*, (also mod.) *règne* kingdom from Latin *regnum* rel. to *rex*, reg-king.]

- 1 Royal power or rule, sovereignty; **transf.** power or influence comparable to that of a monarch. Now rare. ME.

- 2 **ja** A kingdom, a realm; a territory ruled over by a monarch. ME–E18. **vb** **CHRISTIAN THEOLOGY.** The kingdom of heaven or of God. ME. **vc** A place or sphere in which some specified person, thing, or quality is dominant or supreme. **poet.** Now rare. LME. **†1d** = KINGDOM noun 5. rare. M–L18.

- 3 The period of a monarch's rule. ME.

W. TREVOR An imposing building that suggested the reign of Victoria.

reign of terror: see TERROR noun.— **COMB.**: **reign mark:** on oriental ceramic ware indicating in whose reign it was made; **reign name, reign title** the symbolic name adopted by a Japanese or (formerly) Chinese ruler.**reign** /rein/ verb. ME.[ORIGIN Old French *reignier* (mod. *régner*) from Latin *regnare*, from *regnum*: see **REIGN** noun.]

- 1 verb intrans. Hold or exercise sovereign power in a state; rule as king or queen; hold royal office. (Foll. by *over*, *upon*.) ME. **vb** **transf.** Of God, Christ, etc.: have supreme power on earth, in heaven, etc. ME.

T. E. MAY The king reigned, but his ministers governed.

fig. SHELLEY Truth... enthroned o'er his lost empire reigns!

b M. L. KING God may yet reign in the hearts of men.

- 2 verb intrans. Have power or predominance; dominate, have a commanding influence, (over); prevail. ME.

E. BOWEN Chaos reigned on his desk. *Daily Telegraph* Quilting reigns supreme in... fashion. H. S. STREAN She reigned over our house like a queen.

- 3 verb trans. **ja** Rule or govern (a person etc.). rare. Only in LME. **†1b** Live out (a number of years) as ruler. rare. Only in M17. **vc** Put down by reigning. rare. E19.

- 4 verb intrans. Be in a predominant position; be in the majority. E18.

■ **reigner** noun (rare) a person who reigns, a ruler LME. **reigning ppl** adjective that reigns or rules; prevailing, predominating; (of a champion etc.) currently holding a title: M17.**reiki** /'reiki/ noun. L20.[ORIGIN Japanese, lit. 'universal life energy', from *rei* soul, spirit + *ki* vital energy.]

A technique of complementary medicine based on the principle that the therapist can channel energy into the patient by means of touch, to activate natural healing processes and restore physical and emotional well-being.

Reil /raɪl/ noun. Now rare. M19.

[ORIGIN Johann Christian Reil (1759–1813), German anatomist.]

ANATOMY. *island of Reil*, = **INSULA** 2.**Reilly** noun var. of RILEY.**re-imbarc** verb var. of RE-EMBARK.**reimburse** /ri:'m'ba:s/ verb trans. E17.[ORIGIN from RE- + **IMBURSE**, after French *rembourser*.]Repay (a sum of money spent); repay or recompense (a person). Also foll. by *for*, *to*, or double obj.LO MACAULAY His friends... proposed to reimburse him the costs of his trial. *refl.* SIR W. SCOTT Resolving to reimburse himself for his losses.■ **reimbursable** adjective that is to be reimbursed; repayable: U8. **reimbursability** noun (rare) the quality of being reimbursable L20. **reimbursor** noun E17. **reimbursement** noun the action of reimbursing a sum or person; (a) repayment: E17.**reim-kennar** /'raɪmkənə/ noun. rare. pseudo-Arch. E19.[ORIGIN App. formed by Sir Walter Scott on German *Reim* rhyme + *Kenner* knower.]

A person skilled in magic rhymes.

reimplace /ri:'pleɪs/ verb trans. Now rare. M17.[ORIGIN from RE- + IN-2 + PLACE verb, after French *remplacer*.]

Put in place again; replace.

reimport /ri:'ɪmpɔ:t/ noun. U19.

[ORIGIN from RE- + IMPORT noun.]

The action or an instance of reimporting something, reimportation; a reimported item.

reimport /ri:'ɪmpɔ:t/ verb trans. M18.

[ORIGIN from RE- + IMPORT verb.]

Bring back; **spec.** import (goods) after processing from exported materials has taken place.■ **reimportation** noun M19.**rein** /rein/ noun¹. ME.[ORIGIN Old French *rene*, *reigne*, earlier *resne*, Anglo-Norman *redne* (mod. *réne*) from Proto-Romance, from Latin *retinere* RETAIN.]

- 1 **sing.** & in pl. A long narrow strap of leather on the bridle or bit of a horse or other animal, attached on either side of the head and used by the rider or driver to control and guide the animal. ME. **vb** In pl. A harness with a strap attached, used to restrain a young child while walking etc. E20.
bridle rein, leading rein, etc.

- 2 **fig. sing.** & in pl. Any means of guiding or controlling; a curb, a restraint; guidance, control. ME.

M. McLUHAN Fathers are able to hand the reins directly to their sons. J. M. COETZEE I made a vow to keep a tighter rein on my tongue.

- 3 In pl. The handles of a blacksmith's tongs. rare. M19.

— **PHRASES:** **break a horse to the rein:** see **BREAK** verb. **draw rein:** see **DRAW** verb. **free rein, full rein** freedom, full scope. **give a horse the rein(s)** allow a horse free motion. **give rein (to)** allow full scope or freedom (to). **loose rein:** see **LOOSE** adjective.— **COMB.**: **rein-arm, rein-hand** the arm or hand used to hold the reins in driving.■ **reinless** adjective without a rein or reins; *fig.* unchecked, unrestrained: M16.**rein** /rein/ noun². LME.[ORIGIN Swedish, Danish *rein*, from Old Norse *hreinn* = Old English *hræn*; perh. of Finno-Ugric origin.]

A reindeer.

rein noun³ see REINS.**rein** /rein/ verb. ME.[ORIGIN from **REIN** noun¹.]

- †1 verb trans. Tie (a horse etc.) to something by the rein; tie up, tether. ME–M17.

- 2 verb trans. Fit or provide with a rein or reins. Now rare. LME.

- 3 verb trans. Control, turn, or direct (a horse) by means of reins. LME. **vb** *fig.* Rule, guide, govern. U16.

- 4 verb trans. Check or stop by pulling at a rein; restrain. U15.

TENNYSON Edyrn rein'd his charger at her side. *fig.* SHAKES. L.L.L. Sweet Lord... rein thy tongue.

- 5 verb trans. & intrans. Pull (a horse) up or back by means of the reins; check and hold in this way. M16.

J. M. COETZEE At the bend in the road I rein in. *fig.* Times Firms who failed to rein back costs.

- 6 verb intrans. Of a horse: bear or submit to the rein; move under the influence of the rein. Also foll. by *back*. M16.

Horse & Tack The Quarter Horse must rein with... elegance.

- 7 verb trans. Keep enclosed or preserve (a field etc.) from stock. Also foll. by *up*. U8, U18.

reincarnate /ri:'kɑ:net, -ət/ adjective. U19.

[ORIGIN from RE- + INCARNATE adjective.]

Incarnate again.

reincarnate /ri:'kɑ:net/ verb trans. & intrans. M19.

[ORIGIN from RE- + INCARNATE verb.]

Incarnate anew; be reborn.

reincarnation /ri:'kɑ:net/ noun. M19.

[ORIGIN from RE- + INCARNATION.]

- 1 Renewed incarnation; esp. (in some beliefs) the rebirth of a soul in a new body. M19.

- 2 A fresh embodiment of a person. U19.

■ **reincarnationism** noun a belief in or doctrine of reincarnation E20. **reincarnationist** noun a believer in reincarnation U19.**reindeer** /'reɪndɪə/ noun. Pl. same, (rare) -s. LME.[ORIGIN Old Norse *hreindýri*, from *hreinn* (see **REIN** noun²) + *dýr* DEER.]

- 1 An animal of the deer family, *Rangifer tarandus*, both males and females of which have large branching or palmated antlers, now confined to subarctic regions, where it is used domestically for drawing sledges and as a source of milk, meat, and hides. Also (chiefly N. Amer.) called **caribou**. LME.

- 2 **HERALDRY.** A stag with double antlers, one pair turned down. LME.

— **COMB.**: **reindeer-fly** a botfly, *Hypoderma tarandi*, which attacks reindeer; **reindeer lichen, reindeer moss** a clump-forming Arctic lichen, *Cladonia rangiferina*, the chief winter food of reindeer.**reindustrialize** /ri:'ɪndʌstriəlaɪz/ verb trans. & intrans. Also

-ise. L20.

[ORIGIN from RE- + INDUSTRIALIZE.]

Modernize or develop industrially; increase in industrial capacity.

■ **reindustrialization** noun M20.**Reinecke** /'raɪneka/ noun. U19.

[ORIGIN A. Reinecke, 19th-cent. German chemist.]

CHEMISTRY. 1 **Reinecke's salt, Reinecke salt**, a red crystalline complex ammonium salt whose anion consists of a chromium(III) atom coordinated to two ammonia molecules and four thiocyanate groups, used esp. to precipitate large organic cations. U19.

- 2 **Reinecke's acid, Reinecke acid**, the parent acid of Reinecke's salt, $\text{H}[\text{Cr}(\text{NCS})_4(\text{NH}_3)_2]$, which can be isolated as red crystals. E20.

■ **reineckate** /'raɪnekət/ noun a salt of, or the anion present in, Reinecke's acid E20.**Reine Claude** /'rein klɒd/ noun *phr.* Pl. -s -s (pronounced same). M18.[ORIGIN French, lit. 'Queen Claude', perh. in ref. to *Claude* (1499–1524), daughter of Louis XII and wife of François I.]

A (French) greengage.

reinette /rei'net/ noun. LME.[ORIGIN French *reinette*, *rainette*, perh. from *raïne* tree frog (from Latin *rana* frog), from the spots in certain varieties. Cf. **RENNET** noun².]

Any of several eating apples of French origin, chiefly small and late-ripening, with dry skin and firm juicy flesh.

TAB 5

THE
DICTIONARY
OF
CANADIAN
LAW

Fourth Edition

by

Daphne A. Dukelow, B.Sc., J.D., LL.M.
of the British Columbia Bar

CARSWELL®

©2011 Thomson Reuters Canada Limited

NOTICE AND DISCLAIMER: All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher (Carswell).

Carswell and all persons involved in the preparation and sale of this publication disclaim any warranty as to accuracy or currency of the publication. This publication is provided on the understanding and basis that none of Carswell, the author/s or other persons involved in the creation of this publication shall be responsible for the accuracy or currency of the contents, or for the results of any action taken on the basis of the information contained in this publication, or for any errors or omissions contained herein.

No one involved in this publication is attempting herein to render legal, accounting or other professional advice. If legal advice or other expert assistance is required, the services of a competent professional should be sought. The analysis contained herein should in no way be construed as being either official or unofficial policy of any governmental body.

A cataloguing record for this publication is available from Library and Archives Canada.

ISBN 978-0-779803470-9 (bound). — ISBN 978-0-7798-2326-0 (pbk.)

∞ The paper used in this publication meets the minimum requirements of American National Standard for Information Sciences – Permanence of Paper for Printed Library Materials, ANSI Z39.48-1984.

Composition: Computer Composition of Canada Inc.

Printed in the United States by Thomson Reuters.



THOMSON REUTERS

CARSWELL, A DIVISION OF THOMSON REUTERS CANADA LIMITED

One Corporate Plaza
2075 Kennedy Road
Toronto, Ontario
M1T 3V4

Customer Relations
Toronto 1-416-609-3800
Elsewhere in Canada/U.S 1-800-387-5164
Fax: 1-416-298-5082
www.carswell.com
Online www.carswell.com/email

REGULATORY CHARGE. Not a tax if the charge is imposed under a province's regulatory power concerning natural resources (s. 92A(1)), municipal institutions in the province (s. 92(8)), local works and undertakings (s. 92(10)), property and civil rights in the province (s. 92(13)) or matters of a merely local or private nature in the province (s. 92(16)). P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3d ed. (Toronto: Carswell, 1992) at 749-50.

REGULATORY OFFENCE. "Category of offences created by statutes enacted for the regulation of individual conduct in the interests of health, convenience, safety and general welfare of the public which are not subject to the common law presumption of mens rea as an essential element to be proven by the Crown." *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, 8 C.R. (4th) 145 at 160, 67 C.C.C. (3d) 193, 4 O.R. (3d) 799n, 84 D.L.R. (4th) 161, 130 N.R. 1, 38 C.P.R. (3d) 451, 49 O.A.C. 161, [1991] 3 S.C.R. 154, 7 C.R.R. (2d) 36, Cory J. (L'Heureux-Dubé J. concurring).

REHABILITATE. v. 1. To treat land from which aggregate has been excavated so that the use or condition of the land, (a) is restored to its former use or condition, or (b) is changed to another use or condition that is or will be compatible with the use of adjacent land. *Aggregate Resources Act*, R.S.O. 1990, c. A.8, s. 1. 2. To restore to former rank, right or privilege. 3. To qualify again. 4. To restore a lost right.

REHABILITATION. n. 1. The establishment or the restoration of a disabled person to a state of economic and social sufficiency. 2. One of the principles applied in sentencing individuals convicted of offences. The goal is to rehabilitate the offender. See MEDICAL ~; PROGRESSIVE ~; PSYCHO-SOCIAL ~; SENTENCING; VOCATIONAL ~.

REHEAR. v. Section 71 [Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27] speaks of the power to "reopen" (« la réouverture ») an appeal. This verb is generally used in the context of the reconsideration of a decision in the light of new evidence, while "rehearing" is more usual when a matter is heard afresh and decided again after a breach of natural justice has vitiated the first decision. ... The legal principles governing the jurisdiction of administrative tribunals at large to reopen or rehear a matter already decided were restated in *Chandler v. Assn. of Architects (Alberta)*, 1989 CanLII 41, [1989] 2 S.C.R. 848. Writing for the majority, Sopinka J.

made the following three points which are relevant to the broader legal context of the present appeal. First, an important reason for the application of the *functus officio* rule to administrative tribunals is the public interest in the finality of their proceedings (at page 861). Second, the rule should not be applied as rigidly to administrative tribunals from which there is a right of appeal only on questions of law as it is to courts from which there is an unrestricted right of appeal. Sopinka J. regarded *Grillas* as a case where the *functus* principle was not strictly applied because of indications in the legislation that a power to reopen was consistent with the Board's mandate to determine appeals on an "equitable" basis (at page 862). Third, a tribunal may always rehear a matter anew if its original decision was vitiated by an error rendering it a nullity, including a breach of the principles of natural justice which taints the whole proceeding (at pages 862-864). In other words, a tribunal does not have to wait for a court order setting aside a fatally flawed decision before it rehears the matter afresh and decides it again. *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2007 FCA 35.

RE-HEARING. n. 1. Presentation of evidence and argument and the pronouncement of a second judgment in a cause or matter which was already decided. 2. It is perfectly true that an appeal is by way of rehearing; but it must not be forgotten that the Court of Appeal does not rehear the witnesses. It only reads the evidence and rehears the counsel. Neither is it a reseeing court. There are different meanings to be attached to the word 'rehearing'. *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243 at 249 (U.K. H.L.), Viscount Sankey L.C.

REIMBURSEMENT. n. 1. Indemnification through repayment to someone of an expense or loss incurred; repayment; refund. Generally involves the intervention of a third person. 2. "In all examples of the word reimbursement there exists a flow of benefits between the respective parties. The person who benefits is under a legal obligation to pay back the amount expended." *Westcoast Energy Inc. v. R.*, [1991] F.C. 302 at 319, 91 D.T.C. 5334, [1991] 1 C.T.C. 471, 41 F.T.R. 165, Denault J.

REINFORCED MASONRY. Masonry in which steel reinforcement is embedded in such a manner that the two materials act together in resisting forces.

TAB 6

STIKEMAN ELLIOTT
LIBRARY

Black's Law Dictionary®

Tenth Edition

Bryan A. Garner
Editor in Chief



THOMSON REUTERS™

TTOLU 2 11/15/2012
V. 1.0.0.0

Disclaimer

Although this publication was created to provide you with accurate and authoritative information about legal terminology, it was not necessarily prepared by persons licensed to practice law in a particular jurisdiction. The publisher is not engaged in rendering legal or other professional advice, and this publication is not a substitute for an attorney's advice. If you require legal or other expert advice, you should seek the services of a competent attorney or other professional.

Copyright Clearance Center

For authorization to photocopy, please contact the Copyright Clearance Center at 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923, USA (978) 750-8400; fax (978) 646-8600 or West's Copyright Services at 610 Opperman Drive, Eagan, MN 55123, fax (651) 687-7551. Please outline the specific material involved, the number of copies you wish to distribute, and the purpose or format of the use.

Copyright information

"BLACK'S LAW DICTIONARY" is a registered trademark of Thomson Reuters.

Registered in U.S. Patent and Trademark Office

COPYRIGHT © 1891, 1910, 1933, 1951, 1957, 1968, 1979, 1990 West Publishing Co.

© West, a Thomson business, 1999, 2004

© 2009, 2014 Thomson Reuters

610 Opperman Drive

St. Paul, MN 55123

1-800-313-9378

Printed in the United States of America

ISBN: 978-0-314-61300-4

ISBN: 978-0-314-62130-6 (deluxe)

indecent exhibition. (1826) *Criminal law. Archaic.* The act of publicly displaying or offering for sale something (such as a photograph or book) that is outrageously offensive, esp. in a vulgar or sexual way.

indecent exposure. (1828) *Criminal law.* An offensive display of one's body in public, esp. of the genitals; specif., the crime of deliberately showing one's sex organs in a place where this action is likely to offend people. — Also termed *indecent assault by exposure; exposure of person*. Cf. LEWDNESS; OBSCENITY.

"*Indecent exposure* of the person to public view is also a common-law misdemeanor. Blackstone did not deal with it separately. 'The last offense which I shall mention,' he said, 'more immediately against religion and morality, and cognizable by the temporal courts, is that of open and notorious lewdness; either by frequenting houses of ill fame, which is an indictable offense; or by some grossly scandalous and public indecency, for which the punishment is by fine and imprisonment.' In other words private indecency was exclusively under the jurisdiction of the ecclesiastical court but public indecency of an extreme nature was indictable." Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, *Criminal Law* 473 (3d ed. 1982) (quoting 4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 64 (1769)).

indecent liberties. (18c) Improper behavior, usu. toward another person, esp. of a sexual nature.

indecimable (in-des-ə-mə-bəl), *adj.* (17c) *Hist.* Not titheable; not liable for tithes.

indefeasible (in-də-feez-ə-bəl), *adj.* (16c) (Of a claim or right) not vulnerable to being defeated, revoked, or lost <an indefeasible estate>.

indefeasible remainder. See REMAINDER (1).

indefeasibly vested remainder. See *indefeasible remainder* under REMAINDER.

indefensus (in-də-fen-səs), *n.* [Latin "undefended"] *Roman law.* Someone who fails to make a defense or plea to an action. • The term later acquired a similar meaning in English law.

indefinite detainee. See NONREMOVABLE INMATE.

indefinite failure of issue. See FAILURE OF ISSUE.

indefinitely, adv. (15c) 1. For a length of time with no definite end <postponed indefinitely>. 2. Without giving clear or exact details <an indefinitely drafted contract>. See *postpone indefinitely* under POSTPONE.

indefinite payment. See PAYMENT (2).

indefinite postponement. See *postpone indefinitely* under POSTPONE.

indefinite sentence. See *indeterminate sentence* under SENTENCE.

indefinite sentencing. See INDETERMINATE SENTENCING.

in Dei nomine (in dee-ī nahm-ə-nee). [Latin] *Hist.* In the name of God. • The opening phrase of certain writs.

in delicto (in də-lik-toh). [Latin] In fault. See IN PARI DELICTO. Cf. EX DELICTO (1).

indemnification (in-dem-nə-fi-kay-shən), *n.* (18c) 1. The action of compensating for loss or damage sustained. 2. The compensation so made. — **indemnificatory, adj.**

indemnifier. See INDEMNITOR.

indemnify (in-dem-nə-fi), *vb.* (17c) 1. To reimburse (another) for a loss suffered because of a third party's or one's own act or default; HOLD HARMLESS. 2. To promise

to reimburse (another) for such a loss. 3. To give (another) security against such a loss. — **indemnifiable, adj.**

indemnis (in-dem-nis), *adj.* [Latin] Free from loss or damage; harmless.

indemnitee (in-dem-nə-tee). (1884) Someone who receives indemnity from another.

indemnitor (in-dem-nə-tər or -tor). (1827) Someone who indemnifies another. — Also termed *indemnifier*.

indemnity (in-dem-nə-tee), *n.* (15c) 1. A duty to make good any loss, damage, or liability incurred by another. 2. The right of an injured party to claim reimbursement for its loss, damage, or liability from a person who has such a duty. 3. Reimbursement or compensation for loss, damage, or liability in tort; esp., the right of a party who is secondarily liable to recover from the party who is primarily liable for reimbursement of expenditures paid to a third party for injuries resulting from a violation of a common-law duty. Cf. CONTRIBUTION (6), (7). — **indemnitory, adj.**

► **contractual indemnity.** (1924) Indemnity that is expressly provided for in an agreement.

► **double indemnity.** (1859) The payment of twice the basic benefit in the event of a specified loss, esp. as in an insurance contract requiring the insurer to pay twice the policy's face amount in the case of accidental death.

► **equitable indemnity.** (1809) 1. A doctrine allowing a defendant in a tort action to allocate blame to a codefendant or cross-defendant, and thereby to proportionally reduce legal responsibility, even in the absence of contractual indemnity. • In this sense, equitable indemnity applies only among defendants who are jointly and severally liable to the plaintiffs. — Also termed *implied indemnity; doctrine of equitable indemnity*. 2. See *implied contractual indemnity*. 3. See *implied indemnity*.

► **implied contractual indemnity.** (1958) Indemnity that is not expressly provided for by an indemnity clause in an agreement but is nevertheless determined to be reasonably intended by the parties, based on equitable considerations. — Also termed *equitable indemnity*.

► **implied indemnity.** (1850) Indemnity arising from equitable considerations and based on the parties' relationship, as when a guarantor pays a debt to a creditor that the principal debtor should have paid. — Also termed *equitable indemnity*.

► **indemnity against liability.** (1838) A right to indemnity that arises on the indemnitor's default, regardless of whether the indemnitee has suffered a loss.

"*Indemnity against Liability* — Where the indemnity is against liability, the cause of action is complete and the indemnitee may recover on the contract as soon as his liability has become fixed and established, even though he has sustained no actual loss or damage at the time he seeks to recover. Thus, under such a contract, a cause of action accrues to the indemnitee on the recovery of a judgment against him, and he may recover from the indemnitor without proof of payment of the judgment." 42 C.J.S. *Indemnity* § 22 (1991).

► **statutory indemnity.** (1866) Indemnity conferred by legislation. • Corporation statutes require that a corporation indemnify its personnel — in particular officers and directors — against costs incurred in the successful defense of a judicial, administrative, or investigative proceeding. Corporation statutes also typically

Union without the requirement of the individual member states' implementing legislation. — **regulatory, regulable, adj.**

► **proposed regulation.** A draft administrative regulation that is circulated among interested parties for comment. — Abbr. prop. reg.

Regulation A. An SEC regulation that exempts stock offerings of up to \$5 million from certain registration requirements.

Regulation D. An SEC regulation that exempts certain stock offerings (such as those offered by private sale) from registration under the Securities Act of 1933.

Regulation Fair Disclosure. An October 2000 SEC rule requiring companies to disclose material information to all investors at the same time. • The regulation is intended to prevent some investors from receiving advance information about earnings, mergers and acquisitions, product discoveries, changes in auditors, and any other information that a reasonable investor would consider in making an investment decision. — Often shortened to *Regulation FD*; *Reg. FD*.

Regulation FD. See REGULATION FAIR DISCLOSURE.

Regulation J. A Federal Reserve Board regulation that governs the collection of checks by and the transfer of funds through member banks.

Regulation Q. A Federal Reserve Board regulation that sets interest-rate ceilings and regulates advertising of interest on savings accounts. • The Banking Act of 1933 is the basis of this regulation, which applies to all commercial banks.

Regulation T. A Federal Reserve Board regulation that limits the amount of credit that a securities broker or dealer may extend to a customer, and that sets initial margin requirements and payment rules for securities transactions. • The credit limit and margin rules usu. require the customer to provide between 40 and 60% of the purchase price.

Regulation U. A Federal Reserve Board regulation that limits the amount of credit that a bank may extend to a customer who buys or carries securities on margin.

Regulation X. A HUD regulation that implements the provisions of the Real Estate Settlement Procedures Act. See REAL ESTATE SETTLEMENT PROCEDURES ACT.

Regulation Z. A Consumer Financial Protection Bureau regulation that implements the provisions of the federal Truth in Lending Act for persons who extend consumer credit. • The Dodd-Frank Act transferred most rulemaking authority over the matters covered by Regulation Z from the Federal Reserve Board to the Consumer Financial Protection Bureau. See CONSUMER CREDIT PROTECTION ACT; TRUTH IN LENDING ACT.

regulatory agency. See AGENCY (3).

regulatory offense. See OFFENSE (1).

regulatory-out clause. See FERC-OUT CLAUSE.

regulatory scheme. See SCHEME (1).

regulatory search. See *administrative search* under SEARCH (1).

regulatory taking. See TAKING (2).

rehab. See DRUG REHABILITATION.

rehabere facias seisinam. See HABERE FACIAS SEISINAM.

rehabilitation, n. (1940) 1. *Criminal law.* The process of seeking to improve a criminal's character and outlook so that he or she can function in society without committing other crimes <rehabilitation is a traditional theory of criminal punishment, along with deterrence and retribution>. Cf. DETERRENCE; RETRIBUTION (1). 2. *Evidence.* The restoration of a witness's credibility after the witness has been impeached <the inconsistencies were explained away during the prosecution's rehabilitation of the witness>. 3. *Bankruptcy.* The process of reorganizing a debtor's financial affairs — under Chapter 11, 12, or 13 of the Bankruptcy Code — so that the debtor may continue to exist as a financial entity, with creditors satisfying their claims from the debtor's future earnings <the corporation's rehabilitation was successful>. — Also termed *debtor rehabilitation*. Cf. LIQUIDATION (4). — **rehabilitative, adj.** — **rehabilitate, vb.**

► **drug rehabilitation.** See DRUG REHABILITATION.

rehabilitative alimony. See ALIMONY (1).

rehearing. (17c) A court's second or subsequent hearing of a case, a motion, or an appeal, usu. to consider an alleged error or omission in the court's judgment or opinion <the appellant, dissatisfied with the appellate court's ruling, filed a motion for rehearing>. — Abbr. reh'g. Cf. REARGUMENT.

reh'g. abbr. REHEARING.

rei (ree-i). pl. REUS.

reif (reef). (bef. 12c) *Scots law.* Robbery.

reification (ree-ə-fi-kay-shən), n. (1846) 1. Mental conversion of an abstract concept into a material thing.

"Nowhere has the process of reification been more pronounced than in American legal theory. One of the most discouraging spectacles for the historian of legal thought is the unselfconscious process by which one generation's legal theories, developed out of the exigencies of particular political and moral struggles, quickly come to be portrayed as universal truths good for all time. This process of reification draws deep sustenance from a religious and unhistorical American culture." Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960* 271 (1992).

2. *Civil procedure.* Identification of the disputed thing in a nonpersonal action and attribution of an in-state situs to it for jurisdictional purposes. 3. *Commercial law.* Embodiment of a right to payment in a writing (such as a negotiable instrument) so that a transfer of the writing also transfers the right. — **reify (ree-ə-fi or ray-), vb.**

rei interitus (ree-i in-ter-ə-təs). [Latin] (18c) *Hist.* The destruction of a thing.

rei interventus (ree-i in-tər-ven-təs), n. [Latin "things intervening"] (18c) Actions or efforts by one party to a contract with the consent of the other party, so that the one party has made a partial performance and the other cannot repudiate without being in breach.

reimbursement, n. (16c) 1. Repayment. 2. Indemnification. — **reimburse, vb.**

reimbursement alimony. See ALIMONY (1).

reincarcerate, vb. To imprison again; to incarcerate for a subsequent time. — **reincarceration, n.**

reincarnated mortgage. See *zombie mortgage* under MORTGAGE.

criminal purpose — sometimes coupled with an attempt to thwart the activity's success — before a crime is committed. • Renunciation can be an affirmative defense to attempt, conspiracy, and the like. Model Penal Code § 5.01(4). — Also termed *withdrawal*; *abandonment*. 4. See *anticipatory repudiation* under REPUDIATION. — **renunciative, renunciatory, adj.** — **renounce, vb.**

renvoi (ren-voy), *n.* [French "sending back"] (17c) 1. The doctrine under which a court, in resorting to foreign law, also adopts the foreign law's conflict-of-laws principles, which may in turn refer the court back to the law of the forum. 2. The problem arising when one state's rule on conflict of laws refers a case to the law of another state, and that second state's conflict-of-law rule refers the case either back to the law of the first state or to a third state. See CONFLICT OF LAWS. 3. RECONDUCTION (2).

"In England . . . irrespective of whether or not the doctrine of *renvoi* is part of English law, English courts in referring to a foreign domiciliary law will apply that law as the foreign court would apply it. If the foreign court uses a *renvoi*, the English court will follow it. If it does not, it will do likewise. To illustrate: X, a British subject, died domiciled de facto in France leaving a will of movables, the validity of which came before the English court. The court held that its validity must be determined by French law because English law applies the domiciliary law, viz., French law. France refers to the national law of the testator, viz., English law, but accepts a *renvoi* back to the law of the domicile, viz., French law. Had the domicile been in Italy, English law would have been applied, because Italy recognizes the national law of the testator as authoritative, but does not accept *renvoi*." Arthur K. Kuhn, *Comparative Commentaries on Private International Law, or Conflict of Laws* 51-52 (1937).

REO. *abbr.* REAL ESTATE OWNED.

reo absente (ree-oh ab-sten-tee). [Latin] (17c) The defendant being absent; the absence of the defendant.

reopen. (Of a court) to review (an otherwise final and non-appealable judgment) for the purpose of possibly granting or modifying relief. • A court will reopen a judgment or case only in highly unusual circumstances. See Fed. R. Civ. P. 60.

reo praesente (ree-oh pri-zen-tee). [Latin] (1809) *Hist.* The defendant being present; the presence of the defendant.

reorganization, n. 1. *Bankruptcy.* A financial restructuring of a corporation, esp. in the repayment of debts, under a plan created by a trustee and approved by a court. See CHAPTER 11.

► **haircut reorganization.** (2004) A restructuring that reduces the principal amount of indebtedness owed to creditors. • The more common usage is simply *haircut* <we took a haircut on that deal>. See HAIRCUT (3).

2. *Tax.* A restructuring of a corporation, as by a merger or recapitalization, in order to improve its tax treatment under the Internal Revenue Code. • The Code classifies the various types of reorganizations with different letters. IRC (26 USCA) § 368(a)(1). Cf. RECAPITALIZATION.

► **A reorganization.** A reorganization involving a merger or consolidation under a specific state statute.

► **B reorganization.** A reorganization in which one corporation exchanges its voting shares for another corporation's voting shares.

► **C reorganization.** A reorganization in which one corporation exchanges its voting shares for substantially all the assets of another corporation.

► **D reorganization.** A reorganization in which the corporation transfers some or all of its assets to another corporation that is controlled by the transferor or its shareholders, and then the stock of the transferee corporation is distributed.

► **E reorganization.** A reorganization involving a recapitalization.

► **F reorganization.** A reorganization involving a mere change in a corporation's identity, form, or place of organization.

► **G reorganization.** A reorganization involving a transfer of all or part of the corporation's assets to another corporation in a bankruptcy or similar proceeding.

reorganization bond. See *adjustment bond* under BOND (3).

reorganization plan. *Bankruptcy.* A plan of restructuring submitted by a corporation for approval by the court in a Chapter 11 case. See CHAPTER 11.

rep. abbr. (18c) 1. REPORT. 2. REPORTER. 3. REPRESENTATIVE. 4. REPUBLIC.

repair, n. 1. The process of restoring something that has been subjected to decay, waste, injury, or partial destruction, dilapidation, etc.; an instance or a result of this process <the repair of a building> <hardly noticeable repairs>. 2. The condition of something after being used or fixed; esp., the quality or state of being in good or sound condition <the house is out of repair>.

repair, vb. 1. To restore to a sound or good condition after decay, waste, injury, partial destruction, dilapidation, etc.; to fix (something broken, split, or not working properly) <the repair the road>. 2. To renew, revive, or rebuild after loss, expenditure, exhaustion, etc. <the body repairs its tissues>. 3. To mend, remedy, heal, or make right again <to repair a broken relationship>. 4. To make amends for (an injury, injustice, etc.); to indemnify someone for <to repair a loss>.

repair-and-replace provision. (1984) A contractual clause providing that a product's defect will be remedied by repairing or replacing the defective part or product.

repair doctrine. (1965) *Patents.* The rule that a licensee who is authorized to produce, use, or distribute a patented device also has the right to repair and replace unpatented components. — Also termed *permissible-repair doctrine*. Cf. RECONSTRUCTION.

reparable injury. See INJURY.

reparation (rep-ə-ray-shən). (14c) 1. The act of making amends for a wrong. 2. (*usu. pl.*) Compensation for an injury or wrong, esp. for wartime damages or breach of an international obligation. 3. *Criminal law.* Recompense for out-of-pocket losses caused by an offense, but not including pain and suffering.

reparatione facienda. See DE REPARATIONE FACIENDA.

reparative injunction. See INJUNCTION.

reparole. (1916) A second release from prison on parole, served under the same sentence for which the parolee served the first term of parole.

repayable, adj. (16c) (Of a sum of money) required to be paid back, usu. by a specified time.

repeal, n. (16c) Abrogation of an existing law by express legislative act; RESCIND (3). — **repeal, vb.**

STRONACH CONSULTING CORP.
Applicant

and

BIONX CANADA INC.
Respondent

Court File No.: CV-18-592741-00CL

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST

Proceeding commenced at [Toronto](#)

BOOK OF AUTHORITIES

STIKEMAN ELLIOTT LLP
Barristers & Solicitors
5300 Commerce Court West
199 Bay Street
Toronto, Canada M5L 1B9

Haddon Murray LSUC# 61640P
Tel: (416) 869-5239
Fax: +1 416 947 0866

Lawyers for the [Applicant](#)