



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2021 Vol. 1

1^{er} cahier, 2021 Vol. 1

Cited as [2021] 1 S.C.R. 3-174

Renvoi [2021] 1 R.C.S. 3-174

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

J. DAVID POWER

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH
ANTHONY DELISLE

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoint administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2021

1^{er} volume, 2021

CONTENTS

Armstrong v. Ward	3
Torts — Negligence — Standard of care — Patient’s left ureter injured during laparoscopic colectomy — Injury causing blockage of ureter leading to removal of left kidney — Patient suing surgeon — Trial judge finding that surgeon breached standard of care and that breach caused damage to patient’s ureter which required removal of kidney — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in law in identifying and applying standard of care and setting aside trial decision — Dissenting judge finding that there was no basis to interfere with trial judge’s approach to standard of care and that trial judge’s conclusions were fully supported by evidence — Trial decision restored.	
R. v. Yusuf	5
Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Accused convicted of assault causing bodily harm and forcible confinement — Accused moving for stay of proceedings on basis that their right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms was infringed — Trial judge holding that delay exceeded presumptive ceiling set out in Jordan and staying proceedings — Court of Appeal concluding that net delay was below Jordan ceiling and setting aside stay of proceedings — Court of Appeal’s decision affirmed.	
R. v. Deslauriers	9
Criminal law — Evidence — Admissibility — Assessment — Expert evidence — Young person dying as result of police officer’s use of firearm — Police officer charged with manslaughter and criminal negligence causing death and convicted on first count — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in dismissing accused’s motion for disclosure of evidence in possession of third parties, in accepting version of facts that was inconsistent with evidence on certain points, and in rejecting expert’s testimony as regards conformity of accused’s conduct with training given to police officers — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial on both counts — New trial warranted.	

Continued on next page

SOMMAIRE

Armstrong c. Ward	3
Responsabilité délictuelle — Négligence — Norme de diligence — Dommages causés à l’uretère gauche d’une patiente durant une colectomie par laparoscopie — Dommages ayant provoqué un blocage de l’uretère qui a entraîné l’ablation du rein gauche — Poursuites intentées par la patiente contre le chirurgien — Décision du juge du procès concluant que le chirurgien a manqué à la norme de diligence et que ce manquement a causé à l’uretère de la patiente des dommages qui ont nécessité l’ablation du rein — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel concluant que le juge du procès a fait erreur en droit dans la formulation et l’application de la norme de diligence et infirmant la décision de première instance — Motifs de la juge dissidente portant que rien ne justifiait d’intervenir à l’égard de l’approche suivie par le juge du procès relativement à la norme de diligence et que les conclusions de ce dernier étaient pleinement appuyées par la preuve — Décision de première instance rétablie.	
R. c. Yusuf	5
Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles et de séquestration — Arrêt des procédures demandé par les accusés pour cause de violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable que leur garantit l’al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge du procès portant que le délai dépassait le plafond présumé fixé dans l’arrêt Jordan et ordonnant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel concluant que le délai net était inférieur au plafond fixé dans Jordan et annulant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel confirmé.	
R. c. Deslauriers	9
Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Appréciation — Preuve d’expert — Décès d’un adolescent à la suite de l’utilisation par un policier de son arme à feu — Policier accusé d’homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort et déclaré coupable du premier chef d’accusation — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel portant que la juge de première instance a commis une erreur en rejetant la requête de l’accusé en communication d’éléments de preuve en possession de tiers, en retenant une trame factuelle incompatible avec la preuve sur certains points, et en rejetant le témoignage de l’expert quant à la conformité de la conduite de l’accusé par rapport aux enseignements dispensés aux policiers — Déclaration de culpabilité annulée par la Cour d’appel et nouveau procès ordonné sur les deux chefs d’accusation — Nouveau procès justifié.	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Murtaza 12

Criminal law — Evidence — Admissibility — Identification — Accused charged with trafficking in cocaine and possession of proceeds of crime — Undercover police officer testifying at trial that accused was person who sold him cocaine three years before trial — Undercover officer's identification evidence based on recollection revived by review of video of drug transaction and still photo made from video showing drug dealer's face — Surveillance officer also testifying that person who was arrested was same individual as drug dealer he observed during operation — Trial judge convicting accused — Majority of Court of Appeal affirming conviction — Dissenting judge would have ordered new trial on basis that trial judge should have conducted voir dire to determine admissibility of identification evidence and should have reviewed video and photo herself — Conviction upheld.

R. v. Waterman 14

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Significant inconsistencies in complainant's statement to police and testimony at preliminary inquiry and trial regarding allegations of criminal sexual activity against accused — Accused convicted of indecent assault and gross indecency by jury — Court of Appeal holding that jury's verdict was unreasonable and unsupported by evidence because Crown failed to adduce evidence necessary to prove offences beyond reasonable doubt and complainant's evidence was not credible — Court of Appeal setting aside convictions — Convictions restored.

R. v. T.J.M. 17

Criminal law — Young persons — Judicial interim release — Young person charged with offence listed in s. 469 of Criminal Code and electing to be tried by judge of superior court of criminal jurisdiction — Whether judge of superior court has jurisdiction to hear and adjudicate young person's application for judicial interim release — If so, whether jurisdiction is exclusive or is held concurrently with judges of designated youth justice court for province — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 13(1), (2), (3), 33(8).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Murtaza 12

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Identification — Accusé inculpé de trafic de cocaïne et de possession de produits de la criminalité — Témoignage d'un agent d'infiltration de la police au procès portant que l'accusé était la personne qui lui avait vendu de la cocaïne trois ans auparavant — Preuve d'identification présentée par l'agent d'infiltration sur la base de souvenirs ravivés par l'examen d'une vidéo de la transaction de drogue et d'une photographie tirée de la vidéo et montrant le visage du trafiquant — Témoignage du policier surveillant indiquant également que la personne qui a été arrêtée est le trafiquant qu'il avait observé durant l'opération policière — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par la juge du procès — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel maintenant la déclaration de culpabilité — La juge dissidente aurait ordonné un nouveau procès au motif que la juge du procès aurait dû tenir un voir-dire afin de statuer sur l'admissibilité de la preuve d'identification et aurait dû examiner la vidéo et la photographie — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Waterman 14

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Incohérences importantes entre la déclaration du plaignant aux policiers et son témoignage à l'enquête préliminaire et au procès relativement aux allégations d'activité sexuelle criminelle formulées contre l'accusé — Accusé déclaré coupable par le jury d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Arrêt de la Cour d'appel concluant que le verdict du jury était déraisonnable et n'était pas appuyé par la preuve parce que la Couronne n'a pas présenté la preuve nécessaire pour établir les infractions au-delà de tout doute raisonnable et que le témoignage du plaignant n'était pas crédible — Déclarations de culpabilité annulées par la Cour d'appel — Déclarations de culpabilité rétablies.

R. c. T.J.M. 17

Droit criminel — Adolescents — Mise en liberté provisoire — Adolescent inculpé d'une infraction énumérée à l'art. 469 du Code criminel et choisissant d'être jugé par un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle — Le juge d'une cour supérieure a-t-il compétence pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire d'un adolescent? — Si oui, cette compétence est-elle exclusive, ou est-elle détenue concurremment avec les juges du tribunal pour adolescents désigné pour la province? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 13(1), (2), (3), 33(8).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Wastech Services Ltd. v. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District 32

Contracts — Breach — Performance — Duty to exercise contractual discretion in good faith — Waste removal contract providing municipal district with absolute discretion to allocate waste to various disposal facilities — Municipal district's reallocation of waste resulting in reduction of waste company's profit — Waste company alleging breach of contract due to reallocation of waste depriving it of possibility of achieving target profit — Whether reallocation of waste constitutes breach of duty to exercise contractual discretion in good faith.

R. v. W.O. 99

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Evidence — Credibility — Generalizations and stereotypes — Timing of complaint — Accused convicted at trial of sexual offences against complainant daughter — Accused appealing convictions on basis that trial judge over-extended or improperly relied on principles from governing cases regarding timing of complaint, thereby side-stepping inconsistencies in complainant's evidence, and that trial judge failed to provide sufficient reasons on how he resolved inconsistencies — Majority of Court of Appeal dismissing accused's appeal — Convictions upheld.

R. v. Esseghaier 101

Criminal law — Appeals — Curative proviso — Jury selection process — Accused convicted of terrorism offences — Accused appealing convictions on basis that jury improperly constituted — Court of Appeal overturning convictions and ordering new trial — Court of Appeal holding that jury selection error could not be cured by operation of curative proviso at s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Whether curative proviso can be applied to cure procedural errors occurring during jury selection process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C 46, s. 686(1)(b)(iv).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District 32

Contrats — Violation — Exécution — Obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi — Contrat d'enlèvement de déchets conférant au district municipal le pouvoir discrétionnaire absolu concernant la répartition des déchets entre diverses installations d'élimination — Nouvelle répartition des déchets par le district municipal donnant lieu à une réduction du profit de l'entreprise de transport des déchets — Entreprise de transport des déchets alléguant une violation de contrat en raison de la nouvelle répartition des déchets la privant de la possibilité d'atteindre son profit cible — La nouvelle répartition des déchets constitue-t-elle une violation de l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi?

R. c. W.O. 99

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Preuve — Crédibilité — Généralisations et stéréotypes — Choix du moment pour faire une plainte — Accusé déclaré coupable au procès d'infractions sexuelles contre sa fille — Accusé faisant appel des déclarations de culpabilité au motif que le juge du procès a trop élargi l'application des principes régissant les affaires portant sur le choix du moment pour faire une plainte ou s'est à tort appuyé sur ceux-ci, faisant ainsi abstraction des incohérences dans le témoignage de la plaignante, et que le juge a omis d'expliquer suffisamment comment il avait résolu ces incohérences — Cour d'appel rejetant à la majorité l'appel de l'accusé — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. c. Esseghaier 101

Droit criminel — Appels — Disposition réparatrice — Processus de sélection des jurés — Accusés déclarés coupables d'infractions de terrorisme — Appel interjeté par les accusés à l'encontre des déclarations de culpabilité au motif que le jury n'avait pas été régulièrement constitué — Déclarations de culpabilité annulées et tenue d'un nouveau procès ordonnée par la Cour d'appel — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il ne pouvait être remédié à l'irrégularité dans la sélection des jurés par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du Code criminel — La disposition réparatrice peut-elle être appliquée pour remédier aux erreurs de procédure survenant pendant le processus de sélection des jurés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C 46, art. 686(1)(b)(iv).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. R.V. 131

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Inconsistent verdicts — Charge to jury — Accused convicted by jury of sexual interference and invitation to sexual touching while acquitted of sexual assault — All three offences arising from same conduct involving one complainant — Appeal by accused against verdicts of guilt and cross-appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether legal error in jury instructions can reconcile apparently inconsistent verdicts — Appropriate remedy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C 46, s. 686(4), (8).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. R.V. 131

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdicts incompatibles — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable par un jury de contacts sexuels et d'invitation à des contacts sexuels mais acquitté de l'infraction d'agression sexuelle — Mêmes actes commis sur une plaignante à l'origine des trois infractions — Appel formé par l'accusé contre les verdicts de culpabilité et appel incident interjeté par la Couronne contre le verdict d'acquiescement — L'erreur de droit dans les directives au jury permet-elle de concilier des verdicts apparemment incompatibles? — Réparation convenable — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C 46, art. 686(4), (8).

Karen Armstrong *Appellant*

v.

Colin Ward *Respondent*

and

**Healthcare Insurance Reciprocal of Canada
and Ontario Trial Lawyers Association**
Intervenors

INDEXED AS: ARMSTRONG v. WARD

2021 SCC 1

File No.: 39049.

2021: January 18.

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

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

Torts — Negligence — Standard of care — Patient’s left ureter injured during laparoscopic colectomy — Injury causing blockage of ureter leading to removal of left kidney — Patient suing surgeon — Trial judge finding that surgeon breached standard of care and that breach caused damage to patient’s ureter which required removal of kidney — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in law in identifying and applying standard of care and setting aside trial decision — Dissenting judge finding that there was no basis to interfere with trial judge’s approach to standard of care and that trial judge’s conclusions were fully supported by evidence — Trial decision restored.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, van Rensburg and Paciocco JJ.A.), 2019 ONCA 963 (*sub nom. Armstrong v. Royal Victoria Hospital*), 452 D.L.R. (4th) 555, 61 C.C.L.T. (4th) 181, [2019] O.J. No. 6187 (QL), 2019 CarswellOnt 19957 (WL Can.), setting aside

Karen Armstrong *Appelante*

c.

Colin Ward *Intimé*

et

**Healthcare Insurance Reciprocal of Canada
et Ontario Trial Lawyers Association**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : ARMSTRONG c. WARD

2021 CSC 1

N° du greffe : 39049.

2021 : 18 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE
L’ONTARIO**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Norme de diligence — Dommages causés à l’uretère gauche d’une patiente durant une colectomie par laparoscopie — Dommages ayant provoqué un blocage de l’uretère qui a entraîné l’ablation du rein gauche — Poursuites intentées par la patiente contre le chirurgien — Décision du juge du procès concluant que le chirurgien a manqué à la norme de diligence et que ce manquement a causé à l’uretère de la patiente des dommages qui ont nécessité l’ablation du rein — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel concluant que le juge du procès a fait erreur en droit dans la formulation et l’application de la norme de diligence et infirmant la décision de première instance — Motifs de la juge dissidente portant que rien ne justifiait d’intervenir à l’égard de l’approche suivie par le juge du procès relativement à la norme de diligence et que les conclusions de ce dernier étaient pleinement appuyées par la preuve — Décision de première instance rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Juriansz, van Rensburg et Paciocco), 2019 ONCA 963 (*sub nom. Armstrong c. Royal Victoria Hospital*), 452 D.L.R. (4th) 555, 61 C.C.L.T. (4th) 181, [2019] O.J. No. 6187 (QL), 2019 CarswellOnt 19957 (WL Can.), qui a infirmé

a decision of Mulligan J., 2018 ONSC 2439, [2018] O.J. No. 2010 (QL). Appeal allowed.

Ryan Breedon and Jan Marin, for the appellant.

Mark Veneziano and Jaan Lilles, for the respondent.

Anna Marrison, for the intervener the Healthcare Insurance Reciprocal of Canada.

Barbara Legate, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The appeal is allowed for the reasons of Justice van Rensburg, with costs throughout.

[2] The judgment of the Court of Appeal is set aside and the trial judgment is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Breedon Litigation, Barrie, Ont.; Gluckstein Lawyers, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Healthcare Insurance Reciprocal of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Legate Personal Injury Lawyers, London, Ont.

une décision du juge Mulligan, 2018 ONSC 2439, [2018] O.J. No. 2010 (QL). Pourvoi accueilli.

Ryan Breedon et Jan Marin, pour l'appelante.

Mark Veneziano et Jaan Lilles, pour l'intimé.

Anna Marrison, pour l'intervenante Healthcare Insurance Reciprocal of Canada.

Barbara Legate, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — L'appel est accueilli pour les motifs exposés par la juge van Rensburg, avec dépens devant toutes les cours.

[2] L'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le jugement de première instance est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Breedon Litigation, Barrie (Ont.); Gluckstein Lawyers, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Healthcare Insurance Reciprocal of Canada : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Legate Personal Injury Lawyers, London (Ont.).

Jamis Yusuf *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Aziz Pauls *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Jamal Yusuf *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. YUSUF

2021 SCC 2

File No.: 39110.

2021: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Accused convicted of assault causing bodily harm and forcible confinement — Accused moving for stay of proceedings on basis that their right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms was infringed — Trial judge holding that delay exceeded presumptive ceiling set out in Jordan and staying proceedings — Court of Appeal concluding that net delay was below Jordan ceiling and setting aside stay of proceedings — Court of Appeal’s decision affirmed.

Jamis Yusuf *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Aziz Pauls *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Jamal Yusuf *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. YUSUF

2021 CSC 2

N° du greffe : 39110.

2021 : 19 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles et de séquestration — Arrêt des procédures demandé par les accusés pour cause de violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable que leur garantit l’al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge du procès portant que le délai dépassait le plafond présumé fixé dans l’arrêt Jordan et ordonnant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel concluant que le délai net était inférieur au plafond fixé dans Jordan et annulant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel confirmé.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Watt and Miller JJ.A.), 2020 ONCA 220 (*sub nom. R. v. Pauls*), 149 O.R. (3d) 609, 453 D.L.R. (4th) 193, 454 C.R.R. (2d) 138, [2020] O.J. No. 1186 (QL), 2020 CarswellOnt 3744 (WL Can.), setting aside a stay of proceedings ordered by the trial judge and remitting the matter for sentencing. Appeal dismissed.

Adam Little, for the appellant Jamis Yusuf.

Michael W. Lacy and Bryan Badali, for the appellant Aziz Pauls.

Boris Bytensky and Brittany Smith, for the appellant Jamal Yusuf.

Philippe G. Cowle, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right. The three appellants were convicted at trial on charges of assault causing bodily harm. Two of the appellants, Messrs. Jamis Yusuf and Jamal Yusuf, were also convicted of unlawful confinement.

[2] Following the release of the trial judge's reasons for judgment, the appellants moved for a stay of proceedings on the basis that their right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed. The trial judge agreed and stayed the proceedings against them. The Crown appealed from that order and in a unanimous decision, the Court of

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Watt et Miller), 2020 ONCA 220 (*sub nom. R. v. Pauls*), 149 O.R. (3d) 609, 453 D.L.R. (4th) 193, 454 C.R.R. (2d) 138, [2020] O.J. No. 1186 (QL), 2020 CarswellOnt 3744 (WL Can.), qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoyé l'affaire pour détermination de la peine. Pourvoi rejeté.

Adam Little, pour l'appellant Jamis Yusuf.

Michael W. Lacy et Bryan Badali, pour l'appellant Aziz Pauls.

Boris Bytensky et Brittany Smith, pour l'appellant Jamal Yusuf.

Philippe G. Cowle, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Le présent pourvoi a été interjeté de plein droit. Les trois appelants ont, au terme de leur procès, été déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles. Deux d'entre eux, MM. Jamis Yusuf et Jamal Yusuf, ont en outre été déclarés coupables de séquestration.

[2] Après le dépôt des motifs de jugement du juge du procès, les appelants ont demandé un arrêt des procédures pour cause de violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que leur garantit l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance leur a donné raison et a ordonné l'arrêt des procédures les visant. Le ministère public a fait appel de cette ordonnance et,

Appeal for Ontario, applying the appropriate standard of review, allowed the appeal and restored the convictions.

[3] We agree with the Court of Appeal in the result and would accordingly dismiss the appeal.

[4] In doing so, we have chosen to leave for another day various legal issues that arise from this Court's decisions in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, and *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, including whether and in what circumstances multiple accused should be treated communally as opposed to individually when assessing defence delay under s. 11(b); whether discrete events as defined in *Jordan* attributable to a particular accused should be deducted only from the accused responsible for those events or be deducted communally from the co-accused as well; and whether a s. 11(b) application can be brought post-conviction and if so, whether a remedy other than a stay of proceedings is available.

[5] In this case, we are of the view that none of these legal issues, taken alone or together, would have affected the resolution of this appeal. Our decision to leave these legal issues to another day is influenced by several matters, including the absence of interveners who could shed light on them; the fact that this is a transitional case in which 70 percent of the trial was completed before the release of *Jordan*; and the lack of meaningful efforts on the part of the three accused to move the trial process ahead in cooperation with the Crown and the trial court. As the Court of Appeal observed, correctly in our view, this trial was by any measure uncomplicated. Based on the foregoing, no proper application of *Jordan* would have resulted in a stay here.

dans un arrêt unanime, la Cour d'appel de l'Ontario, appliquant la norme de contrôle appropriée, a accueilli l'appel et rétabli les déclarations de culpabilité.

[3] Nous souscrivons à la décision de la Cour d'appel quant au résultat, et nous sommes en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi.

[4] Ce faisant, nous avons choisi de reporter à une autre occasion l'examen de diverses questions de droit qui découlent des arrêts *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, et *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, de notre Cour, notamment les questions suivantes : Est-ce qu'il faut — et dans l'affirmative, dans quelles circonstances — traiter de multiples accusés collectivement, plutôt qu'individuellement, dans l'appréciation des délais imputables à la défense au regard de l'al. 11b)? Est-ce que des événements distincts au sens de l'arrêt *Jordan*, qui sont attribuables à un accusé en particulier, doivent entraîner des déductions uniquement à l'égard de l'accusé responsable de ces événements ou également à l'égard des autres coaccusés collectivement? Est-ce qu'une demande fondée sur l'al. 11b) peut être présentée après la déclaration de culpabilité et, dans l'affirmative, est-ce qu'une réparation autre que l'arrêt des procédures peut être accordée?

[5] En l'espèce, nous sommes d'avis qu'aucune de ces questions de droit, considérées seules ou globalement, n'aurait eu d'incidence sur l'issue du présent pourvoi. Plusieurs considérations nous amènent à reporter à une autre occasion l'examen de ces questions de droit, notamment l'absence d'intervenants susceptibles d'apporter un éclairage à leur égard; le fait qu'il s'agit d'une affaire visée par la période transitoire et dans laquelle 70 p. 100 du procès avait eu lieu avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*; et l'absence d'efforts utiles de la part des trois accusés pour faire avancer le procès de concert avec le ministère public et le tribunal de première instance. Comme l'a souligné la Cour d'appel, et ce, à juste titre selon nous, le procès qui s'est tenu en l'espèce n'avait absolument rien de compliqué. À la lumière de ce qui précède, appliqué adéquatement, l'arrêt *Jordan* ne justifiait d'aucune façon l'octroi d'un arrêt des procédures en l'espèce.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Jamis Yusuf: Fedorsen Law, Toronto.

Solicitors for the appellant Aziz Pauls: Brauti Thorning, Toronto.

Solicitors for the appellant Jamal Yusuf: Bytensky Shikhman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Jamis Yusuf : Fedorsen Law, Toronto.

Procureurs de l'appellant Aziz Pauls : Brauti Thorning, Toronto.

Procureurs de l'appellant Jamal Yusuf : Bytensky Shikhman, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Éric Deslauriers *Respondent***INDEXED AS: R. v. DESLAURIERS****2021 SCC 3**

File No.: 39131.

2021: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Admissibility — Assessment — Expert evidence — Young person dying as result of police officer's use of firearm — Police officer charged with manslaughter and criminal negligence causing death and convicted on first count — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in dismissing accused's motion for disclosure of evidence in possession of third parties, in accepting version of facts that was inconsistent with evidence on certain points, and in rejecting expert's testimony as regards conformity of accused's conduct with training given to police officers — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial on both counts — New trial warranted.

Cases Cited

Referred to: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Chamberland and Schrager J.J.A.), 2020 QCCA 484, 453 D.L.R. (4th) 234, 63 C.R. (7th) 179, [2020] Q.J. No. 2073 (QL), 2020 CarswellQue 12673 (WL Can.), setting aside the conviction for manslaughter entered by Roy J., 2017 QCCQ 11018, [2017] J.Q. n° 13259 (QL), 2017 CarswellQue 8663 (WL Can.), and ordering a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Éric Deslauriers *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. DESLAURIERS****2021 CSC 3**

N° du greffe : 39131.

2021 : 20 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Appréciation — Preuve d'expert — Décès d'un adolescent à la suite de l'utilisation par un policier de son arme à feu — Policier accusé d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort et déclaré coupable du premier chef d'accusation — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que la juge de première instance a commis une erreur en rejetant la requête de l'accusé en communication d'éléments de preuve en possession de tiers, en retenant une trame factuelle incompatible avec la preuve sur certains points, et en rejetant le témoignage de l'expert quant à la conformité de la conduite de l'accusé par rapport aux enseignements dispensés aux policiers — Déclaration de culpabilité annulée par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné sur les deux chefs d'accusation — Nouveau procès justifié.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Chamberland et Schrager), 2020 QCCA 484, 453 D.L.R. (4th) 234, 63 C.R. (7th) 179, [2020] J.Q. n° 2073 (QL), 2020 CarswellQue 2321 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable prononcée par la juge Roy, 2017 QCCQ 11018, [2017] J.Q. n° 13259 (QL),

new trial. Appeal dismissed, Abella and Brown JJ. dissenting.

Julie Laborde and Marie-Claude Bourassa, for the appellant.

Tristan Desjardins and Nadine Touma, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Crown appeals as of right on questions of law further to the majority judgment of the Quebec Court of Appeal setting aside the guilty verdict entered by Judge Joëlle Roy of the Court of Québec and ordering a new trial. A majority of this Court would dismiss the appeal for the reasons given by Chamberland J.A.

[2] Judge Roy erred in law in denying Mr. Deslauriers the right to obtain and, if need be, file documents relating to the existence of three criminal investigations and a report from the Centre jeunesse des Laurentides involving the victim. There was a likely and reasonable possibility that the information in question could assist Mr. Deslauriers in exercising his right to make full answer and defence.

[3] Moreover, Judge Roy erred in her interpretation and treatment of the evidence crucial to the accused, such as to cause a miscarriage of justice. Because of our reasons, however, it is not necessary to dispose of this question already decided by the Quebec Court of Appeal. Judge Roy also erred in her treatment of the testimony given by an expert, Mr. Poulin, concerning Mr. Deslauriers's conduct as a police officer, which was central to his defences.

[4] Finally, although it is not necessary to deal with the recusal aspect of the judgment under appeal, and insofar as the Crown wishes to continue the proceedings leading to a second trial, it will have to proceed before another trial judge. For these reasons, the appeal is dismissed.

2017 CarswellQue 8663 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Abella et Brown sont dissidents.

Julie Laborde et Marie-Claude Bourassa, pour l'appelante.

Tristan Desjardins et Nadine Touma, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit de plein droit sur des questions de droit suite au jugement majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui a cassé le verdict de culpabilité prononcé par la juge Joëlle Roy de la Cour du Québec et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Une majorité des juges de notre Cour est d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs du juge Chamberland.

[2] La juge Roy a erré en droit en refusant à M. Deslauriers le droit d'obtenir et de déposer, le cas échéant, des documents portant sur l'existence de trois enquêtes criminelles et un rapport du Centre jeunesse des Laurentides impliquant la victime, information vraisemblablement et raisonnablement susceptible d'aider M. Deslauriers dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière.

[3] La juge Roy a également erré dans l'interprétation et le traitement de la preuve capitale pour l'accusé de nature à entraîner une erreur judiciaire. En raison de nos motifs, cependant, il n'est pas nécessaire de disposer de cette question déjà décidée par la Cour d'appel du Québec. La juge Roy a également erré dans le traitement du témoignage de l'expert M. Poulin qui portait sur le comportement de M. Deslauriers en tant que policier, ce qui était au cœur de ses moyens de défense.

[4] Finalement, bien qu'il ne soit pas nécessaire de se prononcer sur l'aspect récusation du jugement entrepris, et dans la mesure où le ministère public désire poursuivre les procédures menant à un deuxième procès, ce dernier devra procéder devant un autre juge d'instance. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

[5] Abella and Brown JJ. are of the view that the documents sought by the defence do not meet the threshold of “likely relevance” within the meaning of *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66. They are also of the view that the expert, Bruno Poulin, strayed beyond the proper scope of his expert evidence and that his testimony was neither relevant nor necessary within the meaning of *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272. For these reasons, they would have allowed the appeal, set aside the Court of Appeal’s judgment and restored the guilty verdict.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Desjardins Côté, Montréal; Poupart, Touma, Montréal.

[5] Les juges Abella et Brown sont d’avis que les documents recherchés par la défense ne satisfont pas au critère de « pertinence probable » au sens des arrêts *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66. De plus, à leur avis, l’expert Bruno Poulin a dépassé les limites de son expertise, et son témoignage n’était ni pertinent ni nécessaire au sens de l’arrêt *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272. Pour ces motifs, ils auraient accueilli l’appel, infirmé l’arrêt de la Cour d’appel et rétabli le verdict de culpabilité.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Longueuil.

Procureurs de l’intimé : Desjardins Côté, Montréal; Poupart, Touma, Montréal.

Muneeb Murtaza *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MURTAZA

2021 SCC 4

File No.: 39134.

2021: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Identification — Accused charged with trafficking in cocaine and possession of proceeds of crime — Undercover police officer testifying at trial that accused was person who sold him cocaine three years before trial — Undercover officer's identification evidence based on recollection re-viewed by review of video of drug transaction and still photo made from video showing drug dealer's face — Surveillance officer also testifying that person who was arrested was same individual as drug dealer he observed during operation — Trial judge convicting accused — Majority of Court of Appeal affirming conviction — Dissenting judge would have ordered new trial on basis that trial judge should have conducted voir dire to determine admissibility of identification evidence and should have reviewed video and photo herself — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2020 ABCA 158, 8 Alta. L.R. (7th) 20, 453 D.L.R. (4th) 550, [2020] A.J. No. 480 (QL), 2020 CarswellAlta 749 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for trafficking in cocaine and possession of proceeds of crime. Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Muneeb Murtaza *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MURTAZA

2021 CSC 4

N° du greffe : 39134.

2021 : 21 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Identification — Accusé inculpé de trafic de cocaïne et de possession de produits de la criminalité — Témoignage d'un agent d'infiltration de la police au procès portant que l'accusé était la personne qui lui avait vendu de la cocaïne trois ans auparavant — Preuve d'identification présentée par l'agent d'infiltration sur la base de souvenirs ravivés par l'examen d'une vidéo de la transaction de drogue et d'une photographie tirée de la vidéo et montrant le visage du trafiquant — Témoignage du policier surveillant indiquant également que la personne qui a été arrêtée est le trafiquant qu'il avait observé durant l'opération policière — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par la juge du procès — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel maintenant la déclaration de culpabilité — La juge dissidente aurait ordonné un nouveau procès au motif que la juge du procès aurait dû tenir un voir-dire afin de statuer sur l'admissibilité de la preuve d'identification et aurait dû examiner la vidéo et la photographie — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Rowbotham, Veldhuis et Wakeling), 2020 ABCA 158, 8 Alta. L.R. (7th) 20, 453 D.L.R. (4th) 550, [2020] A.J. No. 480 (QL), 2020 CarswellAlta 749 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour trafic de cocaïne et possession de produits de la criminalité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Dale Wm. Fedorchuk, Q.C., and Ramai L. Alvarez,
for the appellant.

Janna Hyman and Barbara A. Mercier, for the
respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — A majority of the Court would dismiss the appeal substantially for the reasons of Rowbotham J.A. They would simply add that when the evidence of the buy officer and the surveillance officer is considered in conjunction with the concession of defence counsel that the person arrested on July 27, 2015, was the appellant, there was sufficient admissible evidence supporting the trial judge’s conclusion that the appellant and the suspect were one and the same.

[2] Justice Brown would have allowed the appeal substantially for the reasons of Veldhuis J.A. and would have ordered a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kantor, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.

Dale Wm. Fedorchuk, c.r., et Ramai L. Alvarez,
pour l’appelant.

Janna Hyman et Barbara A. Mercier, pour l’in-
timée.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — La Cour, à la majorité, est d’avis de rejeter l’appel, essentiellement pour les motifs exposés par la juge d’appel Rowbotham. Les juges de la majorité ajouteraient simplement que, si l’on considère la preuve fournie par le policier acheteur et le policier surveillant conjointement avec la concession de la défense suivant laquelle la personne qui a été arrêtée le 27 juillet 2015 était l’appelant, il existait suffisamment d’éléments de preuve admissibles étayant la conclusion de la juge du procès portant que l’appelant et le suspect étaient une seule et même personne.

[2] Le juge Brown aurait accueilli l’appel, principalement pour les motifs de la juge d’appel Veldhuis, et il aurait ordonné un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appelant : Kantor, Calgary.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Angus Frederick Waterman *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Interveners

INDEXED AS: R. v. WATERMAN

2021 SCC 5

File No.: 39214.

2021: January 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Evidence — Significant inconsistencies in complainant's statement to police and testimony at preliminary inquiry and trial regarding allegations of criminal sexual activity against accused — Accused convicted of indecent assault and gross indecency by jury — Court of Appeal holding that jury's verdict was unreasonable and unsupported by evidence because Crown failed to adduce evidence necessary to prove offences beyond reasonable doubt and complainant's evidence was not credible — Court of Appeal setting aside convictions — Convictions restored.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, White and Butler JJ.A.), 2020 NLCA 18, 453 D.L.R. (4th) 586, [2020] N.J. No. 106 (QL), 2020 CarswellNfld 126 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for indecent assault and gross indecency. Appeal allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Arnold Hussey, Q.C., for the appellant.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Angus Frederick Waterman *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario et
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. WATERMAN

2021 CSC 5

N° du greffe : 39214.

2021 : 22 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Preuve — Incohérences importantes entre la déclaration du plaignant aux policiers et son témoignage à l'enquête préliminaire et au procès relativement aux allégations d'activité sexuelle criminelle formulées contre l'accusé — Accusé déclaré coupable par le jury d'attentat à la pudeur et de grossière indécence — Arrêt de la Cour d'appel concluant que le verdict du jury était déraisonnable et n'était pas appuyé par la preuve parce que la Couronne n'a pas présenté la preuve nécessaire pour établir les infractions au-delà de tout doute raisonnable et que le témoignage du plaignant n'était pas crédible — Déclarations de culpabilité annulées par la Cour d'appel — Déclarations de culpabilité rétablies.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, White et Butler), 2020 NLCA 18, 453 D.L.R. (4th) 586, [2020] N.J. No. 106 (QL), 2020 CarswellNfld 126 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour attentat à la pudeur et grossière indécence prononcées contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Arnold Hussey, c.r., pour l'appelante.

Michael Crystal and Heather Cross, for the respondent.

Lisa Joyal, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alan D. Gold, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — The only issue on this unreasonable verdict appeal is whether the inconsistencies in the complainant's testimony are so significant that a conviction registered on the basis of his evidence is unreasonable as a matter of law. Although some of the inconsistencies are troubling, a majority of the Court is satisfied that the jury acted reasonably in believing the complainant.

[2] The complainant accepted that his testimony was inconsistent with his prior statements. These inconsistencies were the focus of vigorous cross-examination, forceful closing submissions and a comprehensive jury charge, which the parties agree was free of errors. For his part, the complainant explained that counselling had helped improve his memory since his initial police statement. In the majority's view, it was for the jury to decide whether this explanation neutralized any reasonable doubt caused by the inconsistencies. In these circumstances, the lens of judicial experience causes us to yield to the wisdom of the jurors who had the advantage of hearing the complainant testify. We decline to second guess this determination.

[3] With respect, the majority disagrees that the Crown had to either lead further evidence on the complainant's counselling sessions or adduce expert evidence on the role that counselling can play in refining memory.

Michael Crystal et Heather Cross, pour l'intimé.

Lisa Joyal, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alan D. Gold, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Dans le présent appel portant sur un verdict déraisonnable, la seule question en litige consiste à décider si les incohérences dans le témoignage du plaignant sont à ce point importantes qu'une déclaration de culpabilité inscrite sur le fondement de son témoignage est déraisonnable en droit. Bien que certaines de ces incohérences soient troublantes, notre Cour, à la majorité, est convaincue que le jury a agi raisonnablement en croyant le plaignant.

[2] Le plaignant a reconnu que son témoignage était incompatible avec ses déclarations antérieures. Ces incohérences ont fait l'objet d'un contre-interrogatoire vigoureux, d'observations finales énergiques et d'un exposé au jury exhaustif, lequel, les parties en conviennent, était exempt d'erreur. Pour sa part, le plaignant a expliqué que le counseling qu'il a suivi avait aidé à améliorer sa mémoire depuis sa déclaration initiale à la police. De l'avis de la majorité, il revenait au jury de décider si cette explication neutralisait tout doute raisonnable suscité par les incohérences. Dans les circonstances, l'expérience judiciaire nous incite à nous en remettre à la sagesse des jurés, qui ont eu l'avantage d'entendre le plaignant témoigner. Nous refusons de remettre en question leur décision.

[3] Avec égards, les juges de la majorité ne sont pas d'accord pour dire que la Couronne devait soit produire des éléments de preuve additionnels à l'égard des séances de counseling suivies par le plaignant, soit présenter de la preuve d'expert quant au rôle que le counseling peut jouer afin d'affiner la mémoire.

[4] For these reasons, the majority would allow the appeal, set aside the acquittals and restore the convictions.

[5] Justices Brown and Rowe, dissenting, would dismiss the appeal, substantially for the reasons of Justice White.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Department of Justice and Public Safety, Clarenville, N.L.

Solicitors for the respondent: Crystal Cyr, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.

[4] Pour ces raisons, les juges majoritaires sont d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les acquittements et de rétablir les déclarations de culpabilité.

[5] Les juges Brown et Rowe, dissidents, rejetteraient l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par le juge White.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Department of Justice and Public Safety, Clarenville (T.-N.-L.).

Procureurs de l'intimé : Crystal Cyr, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto.

T.J.M. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. T.J.M.

2021 SCC 6

File No.: 38944.

2020: November 9; 2021: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

Criminal law — Young persons — Judicial interim release — Young person charged with offence listed in s. 469 of Criminal Code and electing to be tried by judge of superior court of criminal jurisdiction — Whether judge of superior court has jurisdiction to hear and adjudicate young person's application for judicial interim release — If so, whether jurisdiction is exclusive or is held concurrently with judges of designated youth justice court for province — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 13(1), (2), (3), 33(8).

M, a young person, was charged with second degree murder, an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code*. The Crown gave notice of its intention to seek an adult sentence, entitling M to elect the mode of trial. He elected trial by a superior court judge sitting without a jury, requested a preliminary inquiry, and sought judicial interim release before a justice of the Court of Queen's Bench of Alberta. The application judge held that he had no jurisdiction to grant judicial interim release to a young person, finding that the Provincial Court of Alberta, which is the designated youth court for the province, had exclusive jurisdiction. M appeals to the Court from the application judge's decision.

Held: The appeal should be allowed.

A superior court justice has jurisdiction to hear and decide an application for judicial interim release brought by a young person charged with an offence listed in s. 469

T.J.M. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. T.J.M.

2021 CSC 6

N° du greffe : 38944.

2020 : 9 novembre; 2021 : 29 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DE L'ALBERTA

Droit criminel — Adolescents — Mise en liberté provisoire — Adolescent inculpé d'une infraction énumérée à l'art. 469 du Code criminel et choisissant d'être jugé par un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle — Le juge d'une cour supérieure a-t-il compétence pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire d'un adolescent? — Si oui, cette compétence est-elle exclusive, ou est-elle détenue concurremment avec les juges du tribunal pour adolescents désigné pour la province? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 13(1), (2), (3), 33(8).

M, un adolescent, a été inculpé de meurtre au deuxième degré, une infraction énumérée à l'art. 469 du *Code criminel*. La Couronne a donné avis de son intention de demander l'assujettissement à la peine applicable aux adultes, ce qui a permis à M de choisir le mode de procès. Il a choisi d'être jugé par un juge de la cour supérieure sans jury, demandé la tenue d'une enquête préliminaire, et sollicité sa mise en liberté provisoire à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Le juge de première instance a statué qu'il n'avait pas compétence pour accorder une mise en liberté provisoire à un adolescent, concluant que la Cour provinciale de l'Alberta, le tribunal pour adolescents désigné pour la province, avait compétence exclusive. M interjette appel à la Cour de la décision du juge de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le juge d'une cour supérieure a compétence pour entendre et trancher une demande de mise en liberté provisoire présentée par un adolescent inculpé d'une infraction

of the *Criminal Code*, and that jurisdiction is held concurrently with the judges of the designated youth court for the province.

Where a superior court judge becomes a youth justice court judge by operation of the deeming provisions in s. 13(2) or s. 13(3) of the *Youth Criminal Justice Act* (“*YCJA*”), the superior court is so deemed for the purpose of the proceeding. As it is used in ss. 13(2) and (3), “the proceeding” is not confined to the trial, but rather includes any step taken by a youth justice court judge after the young person elects to be tried at the superior court, including any pre-trial application for judicial interim release, until trial.

Section 33(8) of the *YCJA* confers exclusive jurisdiction upon “a youth justice court judge” to release a young person charged with an offence referred to in s. 522 of the *Criminal Code*, which incorporates s. 469 offences, from custody. It does not qualify the term “youth justice court judge” so as to include only those superior court justices deemed under ss. 13(2) and (3) to be youth justice court judges. Just as ss. 13(2) and (3) of the *YCJA* deem a superior court judge to be a youth justice court judge, s. 13(1) also designates as a youth justice court judge a judge sitting in the court established by the province as a youth justice court. Accordingly, the jurisdiction is concurrent, and not exclusive to either of them.

By conferring concurrent jurisdiction to decide release following the young person’s election where charged with a s. 469 offence, Parliament sought to introduce a measure of flexibility that is absent from the adult criminal justice system in order to achieve the aims of the *YCJA*. This is particularly significant for young persons in rural areas, including, in particular, Indigenous youth, for whom provincially designated youth justice courts will be more accessible than a superior court.

Cases Cited

Referred to: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. T.R.M.*, 2013 ABQB 571, 571 A.R. 121; *R. v. K. (T.)*, 2004 ONCJ 410, 192 C.C.C. (3d) 279; *Protection de la jeunesse — 177486*, 2017 QCCS 5165; *R. v. B.W.H.* (2005), 198 Man. R. (2d) 264; *R. v. N.M.*, 2010 MBPC 45, 257 Man. R. (2d) 207; *R. v. W. (E.E.)*, 2004 SKCA 114, 188 C.C.C. (3d) 467; *R. v. B. (J.)*,

énumérée à l’art. 469 du *Code criminel*, et cette compétence est détenue conjointement avec les juges du tribunal pour adolescents désigné pour la province.

Lorsqu’un juge de la cour supérieure devient un juge du tribunal pour adolescents par application des dispositions assimilantes figurant aux par. 13(2) ou 13(3) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« *LSJPA* »), la cour supérieure est réputée être ce tribunal pour les procédures en cause. Les mots « les procédures en cause » utilisés aux par. 13(2) et (3) ne s’entendent pas seulement du procès. Ces mots englobent plutôt toute mesure prise par le juge du tribunal pour adolescents après que l’adolescent ait choisi d’être jugé en cour supérieure, y compris toute demande préliminaire de mise en liberté provisoire, et ce, jusqu’au procès.

Le paragraphe 33(8) de la *LSJPA* confère à « un juge du tribunal pour adolescents » compétence exclusive pour mettre en liberté un adolescent inculpé d’une infraction mentionnée à l’art. 522 du *Code criminel*, qui intègre les infractions mentionnées à l’art. 469. Il ne circonscrit pas le terme « juge du tribunal pour adolescents » de manière à ce qu’il s’entende uniquement des juges de la cour supérieure réputés par les par. 13(2) et (3) être des juges du tribunal pour adolescents. Tout comme les par. 13(2) et (3) de la *LSJPA* assimilent le juge de la cour supérieure à un juge du tribunal pour adolescents, le par. 13(1) désigne aussi à titre de juge du tribunal pour adolescents le juge du tribunal établi par la province en tant que tribunal pour adolescents. La compétence est donc concurrente, et non exclusive à l’un d’entre eux.

En accordant compétence concurrente pour décider de la mise en liberté après le choix de l’adolescent inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469, le Parlement a cherché à instaurer une certaine souplesse qu’on ne retrouve pas dans le système de justice pénale pour adultes en vue d’atteindre les objectifs de la *LSJPA*. Cela a des répercussions particulièrement importantes sur les adolescents des régions rurales, y compris surtout les jeunes autochtones, qui bénéficieront d’un meilleur accès aux tribunaux pour adolescents désignés par la province qu’à une cour supérieure.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. T.R.M.*, 2013 ABQB 571, 571 A.R. 121; *R. c. K. (T.)*, 2004 ONCJ 410, 192 C.C.C. (3d) 279; *Protection de la jeunesse — 177486*, 2017 QCCS 5165; *R. c. B.W.H.* (2005), 198 Man. R. (2d) 264; *R. c. N.M.*, 2010 MBPC 45, 257 Man. R. (2d) 207; *R. c. W. (E.E.)*, 2004 SKCA 114, 188 C.C.C. (3d) 467; *R.*

2012 ONSC 4957, 291 C.C.C. (3d) 43; *R. v. F. (M.)*, 2006 ONCJ 161, 210 C.C.C. (3d) 146; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, Part XVI, 522.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 33(2).

Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 11.

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 2 “youth justice court”, “youth justice court judge”, 3(1)(b)(iii), (v), (d)(iv), 13, 20(1), 25(3)(c), (4), 26(9), (10), 28, 33(8), 67.

Authors Cited

Black’s Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, “proceeding”.

Davis-Barron, Sherri. *Youth and the Criminal Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2015.

Lacombe, Étienne F. “Prioritizing Children’s Best Interests in Canadian Youth Justice: Article 3 of the UN *Convention on the Rights of the Child* and Child-Friendly Alternatives” (2017), 34 *Windsor Y.B. Access Just.* 209.

APPEAL from a decision of the Alberta Court of Queen’s Bench (Renke J.), 190794529U1, October 9, 2019, ruling that a justice of a superior court does not have jurisdiction to hear and adjudicate an application for judicial interim release of a young person. Appeal allowed.

Graham Johnson, for the appellant.

Matthew W. Griener, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

I. Overview

[1] The narrow issue before us is this: does a justice of a superior court of criminal jurisdiction have jurisdiction to hear and adjudicate an application for

c. B. (J.), 2012 ONSC 4957, 291 C.C.C. (3d) 43; *R. c. F. (M.)*, 2006 ONCJ 161, 210 C.C.C. (3d) 146; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 469, partie XVI, 522.

Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 33(2).

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 2 « juge du tribunal pour adolescents », « tribunal pour adolescents », 3(1)(b)(iii), (v), (d)(iv), 13, 20(1), 25(3)(c), (4), 26(9), (10), 28, 33(8), 67.

Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 11.

Doctrine et autres documents cités

Black’s Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « proceeding ».

Davis-Barron, Sherri. *Youth and the Criminal Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2015.

Lacombe, Étienne F. « Prioritizing Children’s Best Interests in Canadian Youth Justice : Article 3 of the UN *Convention on the Rights of the Child* and Child-Friendly Alternatives » (2017), 34 *Windsor Y.B. Access Just.* 209.

POURVOI contre une décision de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta (le juge Renke), 190794529U1, 9 octobre 2019, qui a jugé qu’un juge de la cour supérieure n’a pas compétence pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire présentée par un adolescent. Pourvoi accueilli.

Graham Johnson, pour l’appelant.

Matthew W. Griener, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Aperçu

[1] La question précise dont nous sommes saisis est la suivante : le juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle a-t-il compétence pour entendre

judicial interim release of a young person charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46? And, if so, (1) under what circumstances? and (2) is such jurisdiction exclusive, or is it held concurrently with judges of the designated youth justice court for the province?

[2] This appeal is brought by T.J.M., a young person, who was charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code*. The Crown gave notice of its intention to seek an adult sentence for second degree murder, entitling T.J.M. to elect the mode of trial. He elected trial by a superior court judge sitting without a jury, requested a preliminary inquiry, and sought judicial interim release before the application judge, who is a justice of the Court of Queen's Bench of Alberta. The application judge held that he had no jurisdiction to grant judicial interim release to a young person, finding that Parliament had vested exclusive jurisdiction in the designated youth court for the province — in this case, the Provincial Court of Alberta (*Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 11).

[3] Upon examination of the pertinent provisions of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), and of the *Criminal Code*, and for the reasons that follow, I respectfully draw the opposite conclusion: a superior court justice has jurisdiction to hear and decide an application for judicial interim release brought by a young person charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code*. Further, that jurisdiction is held concurrently with the judges of the designated youth justice court for the province. I would therefore allow the appeal, but would make no further order. Both the Crown and the appellant, T.J.M., agree that this appeal is moot, the Crown having entered a stay of proceedings, but say that it is open to this Court to exercise its discretion to hear the merits of the appeal in accordance with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 358-63. I agree.

et trancher la demande de mise en liberté provisoire d'un adolescent accusé d'une infraction énumérée à l'art. 469 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46? Si oui, (1) dans quelles circonstances? et (2) cette compétence est-elle exclusive, ou est-elle détenue concurremment avec les juges du tribunal pour adolescents désigné pour la province?

[2] Le présent pourvoi est interjeté par T.J.M., un adolescent inculpé d'une infraction énumérée à l'art. 469 du *Code criminel*. La Couronne a donné avis de son intention de demander l'assujettissement à la peine applicable aux adultes pour meurtre au deuxième degré, ce qui permet à T.J.M. de choisir le mode de procès. Il a choisi d'être jugé par un juge de la cour supérieure sans jury, demandé la tenue d'une enquête préliminaire, et sollicité sa mise en liberté provisoire au juge de première instance, qui siège à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Le juge de première instance a statué qu'il n'avait pas compétence pour accorder une mise en liberté provisoire à un adolescent, concluant que le Parlement avait conféré une compétence exclusive au tribunal pour adolescents désigné pour la province — en l'occurrence la Cour provinciale de l'Alberta (*Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 11).

[3] Après examen des dispositions pertinentes de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« LSJPA »), et du *Code criminel*, de même que pour les motifs qui suivent, je tire respectueusement la conclusion contraire : le juge d'une cour supérieure a compétence pour entendre et trancher une demande de mise en liberté provisoire présentée par un adolescent inculpé d'une infraction énumérée à l'art. 469 du *Code criminel*. De plus, cette compétence est détenue concurremment avec les juges du tribunal pour adolescents désigné pour la province. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, mais de ne rendre aucune autre ordonnance. Tant la Couronne que l'appellant, T.J.M., conviennent que le présent pourvoi est théorique, la Couronne ayant inscrit l'arrêt des procédures, mais ils affirment qu'il est loisible à notre Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur le bien-fondé du pourvoi en conformité avec l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358-363. Je partage leur avis.

II. Analysis

A. *The Youth Justice Court Judge*

[4] Section 33(8) of the *YCJA* provides that “a youth justice court judge, but no other court, judge or justice” may order the release of a young person charged with an offence referred to in s. 522 of the *Criminal Code*. Section 522 incorporates s. 469 offences by reference. Central to deciding this appeal, then, is identifying who is “a youth justice court judge”. This appeal therefore rests on the proper interpretation of certain provisions of the *YCJA* touching on this question.

[5] Section 2 of the *YCJA* defines a “youth justice court” and a “youth justice court judge” as “a youth justice court referred to in section 13” and “a youth justice court judge referred to in section 13”, respectively.

[6] Section 13 provides, in relevant part:

Designation of the youth justice court

13 (1) A youth justice court is any court that may be established or designated by or under an Act of the legislature of a province, or designated by the Governor in Council or the lieutenant governor in council of a province, as a youth justice court for the purposes of this Act, and a youth justice court judge is a person who may be appointed or designated as a judge of the youth justice court or a judge sitting in a court established or designated as a youth justice court.

Deemed youth justice court

(2) When a young person elects to be tried by a judge without a jury, the judge shall be a judge as defined in section 552 of the *Criminal Code*, or if it is an offence set out in section 469 of that Act, the judge shall be a judge of the superior court of criminal jurisdiction in the province in which the election is made. In either case, the judge is deemed to be a youth justice court judge and the court is deemed to be a youth justice court for the purpose of the proceeding.

II. Analyse

A. *Le juge du tribunal pour adolescents*

[4] Le paragraphe 33(8) de la *LSJPA* prévoit que « [s]eul un juge du tribunal pour adolescents, à l'exclusion de tout autre tribunal, juge ou juge de paix », peut ordonner la mise en liberté d'un adolescent inculpé d'une infraction mentionnée à l'art. 522 du *Code criminel*. Les infractions mentionnées à l'art. 469 sont incorporées par renvoi dans l'art. 522. La question de savoir qui est « un juge du tribunal pour adolescents » est alors déterminante pour statuer sur le présent pourvoi. Celui-ci repose donc sur la juste interprétation de certaines dispositions de la *LSJPA* qui touchent à cette question.

[5] L'article 2 de la *LSJPA* définit le « tribunal pour adolescents » et le « juge du tribunal pour adolescents », respectivement, comme le « tribunal visé à l'article 13 » et « [t]out juge du tribunal pour adolescents visé à l'article 13 ».

[6] Voici les paragraphes pertinents de l'article 13 :

Tribunal pour adolescents

13 (1) Le tribunal pour adolescents est le tribunal établi ou désigné à ce titre pour l'application de la présente loi soit sous le régime d'une loi provinciale, soit par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province; le juge du tribunal pour adolescents est la personne nommée ou désignée à ce titre ou celle qui est juge d'un tribunal établi ou désigné à titre de tribunal pour adolescents.

Assimilation au tribunal pour adolescents

(2) Dans le cas où l'adolescent a choisi d'être jugé par un juge sans jury, le juge est alors le juge visé à la définition de ce terme à l'article 552 du *Code criminel* ou, s'il s'agit d'une infraction mentionnée à l'article 469 de cette loi, le juge de la cour supérieure de juridiction criminelle de la province où le choix a été fait. Le juge est réputé être un juge du tribunal pour adolescents et la cour est réputée constituer le tribunal pour adolescents pour les procédures en cause.

Deemed youth justice court

(3) When a young person elects or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the superior court of criminal jurisdiction in the province in which the election is made or deemed to have been made is deemed to be a youth justice court for the purpose of the proceeding, and the superior court judge is deemed to be a youth justice court judge.

[7] Section 13(1), therefore, designates as a youth justice court “any court . . . established or designated by . . . [the province] as a youth justice court”, and designates as a youth justice court judge “a judge sitting in [the] court established . . . as [the] youth justice court”. Sections 13(2) and (3) apply where any of the three circumstances described in s. 67 of the *YCJA* as triggering a right to election¹ apply, and the young person elects to be tried by a judge with or without a jury. In the case of a young person charged with a s. 469 offence, a judge of the superior court will have jurisdiction when the young person elects a trial in the superior court of criminal jurisdiction sitting without (in the case of s. 13(2)) or with (in the case of s. 13(3)) a jury. This is because, when a young person charged with a s. 469 offence is put to an election, s. 67(2) of the *YCJA* gives the young person three options: (1) a trial before a s. 13(1) judge of the court designated by the province as a youth justice court; (2) a trial before a judge of the superior court of criminal jurisdiction, who is *deemed* by s. 13(2) to be a youth justice court judge, sitting alone; and (3) a trial before a judge of the superior court of criminal jurisdiction, who is *deemed* by s. 13(3) to be a youth justice court judge, sitting with a jury.

¹ (1) where the Attorney General has given notice under s. 64(2) of the intention to seek an adult sentence (s. 67(1)(b)); (2) where the young person is charged with first or second degree murder (s. 67(1)(c)); and (3) where s. 16 of the *YCJA* (status of accused uncertain) applies and the young person, after attaining the age of fourteen, is charged with an offence for which an adult would be entitled to an election under s. 536 of the *Criminal Code*, or over which a superior court of criminal jurisdiction would have exclusive jurisdiction under s. 469 of the *Criminal Code* (s. 67(1)(d)).

Assimilation au tribunal pour adolescents

(3) Dans le cas où l’adolescent a choisi ou est réputé avoir choisi d’être jugé par un tribunal formé d’un juge et d’un jury, la cour supérieure de juridiction criminelle de la province où le choix a été ou est réputé avoir été fait est réputée constituer le tribunal pour adolescents pour les procédures en cause et le juge de la cour supérieure est réputé être un juge du tribunal pour adolescents.

[7] Le paragraphe 13(1) désigne donc, en tant que tribunal pour adolescents, « le tribunal établi ou désigné à ce titre [par la province] », et désigne, en qualité de juge du tribunal pour adolescents, le « juge d’un tribunal établi [. . .] à titre de tribunal pour adolescents ». Les paragraphes 13(2) et (3) s’appliquent lorsque survient l’une ou l’autre des trois circonstances qui, selon l’art. 67 de la *LSJPA*, mettent en jeu le droit de choisir le mode de procès¹, et que l’adolescent choisit d’être jugé par un juge avec ou sans jury. Dans le cas d’un adolescent inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469, un juge de la cour supérieure aura compétence sur lui s’il opte pour un procès en cour supérieure de juridiction criminelle sans jury (dans le cas du par. 13(2)) ou avec jury (dans le cas du par. 13(3)). Il en est ainsi parce que, quand l’adolescent inculpé d’une infraction mentionnée à l’art. 469 est appelé à faire son choix, le par. 67(2) de la *LSJPA* lui donne trois possibilités : (1) subir un procès devant un juge, visé au par. 13(1), du tribunal désigné par la province à titre de tribunal pour adolescents; (2) subir un procès devant un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle, que le par. 13(2) *assimile* à un juge du tribunal pour adolescents qui siège seul; et (3) subir un procès devant un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle, que le par. 13(3) *assimile* à un juge du tribunal pour adolescents qui siège avec jury.

¹ (1) lorsque le procureur général a donné, au titre du par. 64(2), avis de son intention de réclamer une peine pour adultes (al. 67(1)(b)); (2) lorsque l’adolescent est accusé de meurtre au premier ou au deuxième degré (al. 67(1)(c)); et (3) lorsque l’art. 16 de la *LSJPA* (incertitude sur le statut de l’accusé) s’applique et l’adolescent, après qu’il eut atteint l’âge de quatorze ans, est accusé d’une infraction pour laquelle un adulte pourrait faire un choix en vertu de l’art. 536 du *Code criminel*, ou sur laquelle une cour supérieure de juridiction criminelle aurait compétence exclusive selon l’art. 469 du *Code criminel* (al. 67(1)(d)).

[8] The critical point is this: irrespective of the mode of trial elected, the *YCJA* requires that a young person be tried before a *youth justice court judge*. This is so, whether the trial is before a judge of the provincially designated youth justice court under s. 13(1), or before a superior court justice who is *deemed* a youth justice court judge under s. 13(2) (where sitting alone) or under s. 13(3) (where sitting with a jury). And in the latter two instances — that is, where a superior court judge becomes a youth justice court judge by operation of the deeming provisions in s. 13(2) or s. 13(3) — the superior court is so deemed “for the purpose of the proceeding”. It is to the meaning of that statutory text that I now turn.

B. *The Meaning of “Proceeding” as Stated in Sections 13(2) and 13(3)*

[9] If a superior court justice is deemed, by s. 13(2), a youth justice court judge “for the purpose of the proceeding”, what procedural steps fall within “the proceeding”? The application judge concluded “the proceeding” refers only to the trial. T.J.M. argues that it has broader application, and that it governs his application for judicial interim release. I agree; the scope of the term “the proceeding”, as it is used in these two sections, is not confined to the trial. Rather, and as I will now explain, it includes any step taken by a youth justice court judge after the young person elects to be tried at the superior court, including any pre-trial application for judicial interim release.

[10] The term “the proceeding” is not defined in the *YCJA*. The resolution to this issue therefore lies in the principles of statutory interpretation, by which the statutory text is to be read in its grammatical and ordinary sense, and understood in the context of the entire statute and in harmony with the statute’s schemes and objects.

[11] The caselaw reveals three different approaches having variously prevailed. The first — which the application judge adopted — proceeds narrowly,

[8] Voici le point crucial : peu importe le mode de procès choisi, la *LSJPA* exige qu’un adolescent soit jugé par un *juge du tribunal pour adolescents*. Il en est ainsi, que le procès se tienne devant un juge du tribunal pour adolescents désigné par la province au titre du par. 13(1), ou devant un juge de la cour supérieure *réputé être* un juge du tribunal pour adolescents par le par. 13(2) (s’il siège seul) ou le par. 13(3) (s’il siège avec jury). Dans les deux derniers cas — c’est-à-dire lorsqu’un juge de la cour supérieure devient un juge du tribunal pour adolescents par application des dispositions assimilantes figurant aux par. 13(2) ou (3) — la cour supérieure est réputée être ce tribunal « pour les procédures en cause ». Je passe maintenant au sens de cette expression utilisée dans la loi.

B. *Le sens du mot « procédures » employé aux par. 13(2) et 13(3)*

[9] Si le par. 13(2) assimile le juge de la cour supérieure au juge du tribunal pour adolescents « pour les procédures en cause », quelles étapes procédurales sont visées par « les procédures »? Le juge de première instance a conclu que « les procédures » s’entendent uniquement du procès. T.J.M. soutient qu’elles ont un sens plus large et régissent sa demande de mise en liberté provisoire. Je partage son avis; les mots « les procédures » utilisés dans ces deux paragraphes ne s’entendent pas seulement du procès. Comme je vais maintenant l’expliquer, ces mots englobent plutôt toute mesure prise par le juge du tribunal pour adolescents après que l’adolescent ait choisi d’être jugé en cour supérieure, y compris toute demande préliminaire de mise en liberté provisoire.

[10] Les mots « les procédures » ne sont pas définis dans la *LSJPA*. La réponse à cette question se trouve donc dans les principes d’interprétation législative, selon lesquels il faut lire le texte législatif en suivant son sens ordinaire et grammatical dans le contexte de l’ensemble de la loi et en harmonie avec l’économie et les objets de la loi.

[11] La jurisprudence révèle que trois approches différentes prévalent dans une affaire ou l’autre. La première — retenue par le juge de première

equating “the proceeding” with the trial. This understands ss. 13(2) and 13(3) as deeming a superior court judge to be a youth justice court judge *only* for the purpose of *the trial*, leaving a s. 13(1) youth justice court judge (meaning, in the circumstances of this appeal, a judge of the Provincial Court of Alberta) with *exclusive* jurisdiction over the judicial interim release of young persons charged with s. 469 offences, irrespective of the mode of trial elected (see *R. v. T.R.M.*, 2013 ABQB 571, 571 A.R. 121, at paras. 63-64; *R. v. K. (T.)*, 2004 ONCJ 410, 192 C.C.C. (3d) 279, at pp. 282-83).

[12] A second approach which emerges from the caselaw understands “the proceeding” as including every step taken after the young person is committed to stand trial or arraigned before the superior court of criminal jurisdiction. This reads “the proceeding”, as it appears in ss. 13(2) and (3), together with the direction in s. 67(7) of the *YCJA* that, after the young person is committed to stand trial upon conclusion of a preliminary hearing, “the proceedings shall be conducted” in the trial court. Therefore, the argument goes, “the proceeding”, seen in the light of the reference to “the proceedings” in s. 67(7), refers only to the trial, and a justice of the superior court is not deemed a youth justice court judge under s. 13(2) or s. 13(3) until the young person is committed to stand trial, which step triggers the transfer of jurisdiction to the superior court (see *Protection de la jeunesse — 177486*, 2017 QCCS 5165, at paras. 34-35 (CanLII); *R. v. B.W.H.* (2005), 198 Man. R. (2d) 264 (Prov. Ct.), at paras. 37-38; *R. v. N.M.*, 2010 MBPC 45, 257 Man. R. (2d) 207, at paras. 45-55). Further, under this view of the matter, once the jurisdiction transfers to the superior court, the jurisdiction is exclusive.

[13] Finally, a third approach views “the proceeding” as referring broadly to any step in the prosecution. Where, therefore, a young person elects a trial before a justice of the superior court, ss. 13(2) and (3) of the *YCJA* deem that justice a youth justice court judge for *any procedural step* from the time the young person charged with a s. 469 offence elects to be tried in the superior court, and right up to trial. This approach has been coupled with the view that the jurisdiction granted to that judge is *exclusive*. To

instance — se veut étroite et assimile « les procédures » au procès. Selon cette approche, les par. 13(2) et 13(3) assimilent le juge de la cour supérieure au juge du tribunal pour adolescents *uniquement* pour *le procès*, ce qui laisse au juge du tribunal pour adolescents visé au par. 13(1) (soit un juge de la Cour provinciale de l’Alberta dans les circonstances du présent pourvoi) la compétence *exclusive* sur la mise en liberté provisoire des adolescents inculpés d’infractions énumérées à l’art. 469, quel que soit le mode de procès choisi (voir *R. c. T.R.M.*, 2013 ABQB 571, 571 A.R. 121, par. 63-64; *R. c. K. (T.)*, 2004 ONCJ 410, 192 C.C.C. (3d) 279, p. 282-283).

[12] Une deuxième approche qui émerge de la jurisprudence considère que « les procédures » englobent chaque mesure prise après le renvoi de l’adolescent à procès ou sa comparution devant la cour supérieure de juridiction criminelle. D’après cette interprétation des mots « les procédures » qui figurent aux par. 13(2) et (3), conjuguée à la directive donnée au par. 67(7) de la *LSJPA*, « le procès a lieu » après le renvoi de l’adolescent à procès au terme d’une enquête préliminaire. Donc, selon cette thèse, « les procédures », vues à la lumière de la présence des mots « le procès » au 67(7), ne renvoient qu’au procès, et un juge de la cour supérieure n’est pas réputé être un juge du tribunal pour adolescents au sens des par. 13(2) ou (3) avant que l’adolescent ne soit renvoyé à procès, une étape qui déclenche le transfert de compétence à la cour supérieure (voir *Protection de la jeunesse — 177486*, 2017 QCCS 5165, par. 34-35 (CanLII); *R. c. B.W.H.* (2005), 198 Man. R. (2d) 264 (C. prov.), par. 37-38; *R. c. N.M.*, 2010 MBPC 45, 257 Man. R. (2d) 207, par. 45-55). En outre, dans cette perspective, une fois la compétence transférée à la cour supérieure, elle est exclusive.

[13] Enfin, suivant une troisième approche, « les procédures » désignent de façon générale tout stade de la poursuite. Partant, lorsqu’un adolescent choisit de subir un procès devant un juge de la cour supérieure, les par. 13(2) et (3) de la *LSJPA* assimilent ce juge à un juge du tribunal pour adolescents pour *toute étape procédurale* à partir du moment où l’adolescent inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469 choisit d’être jugé en cour supérieure, et ce, jusqu’à son procès. Cette approche a été jumelée à la thèse

be clear, this would mean that s. 13(1) youth justice court judges (such as judges of the Provincial Court of Alberta) do *not* have jurisdiction to hear judicial interim release applications brought by young persons charged with s. 469 offences who have elected to be tried before a superior court judge, sitting with or without a jury (see *R. v. W. (E.E.)*, 2004 SKCA 114, 188 C.C.C. (3d) 467, at paras. 14 and 21; *R. v. B. (J.)*, 2012 ONSC 4957, 291 C.C.C. (3d) 43, at paras. 1-20 and 32; *R. v. F. (M.)*, 2006 ONCJ 161, 210 C.C.C. (3d) 146, at paras. 46 and 49-52).

[14] In my respectful view, the first two approaches cannot be correct. The ordinary and grammatical meaning of the term “the proceeding” is not so narrow. *Black’s Law Dictionary* (11th ed. 2019), by B. A. Garner, at p. 1457, defines “proceeding” as “[a]n act or step that is part of a larger action” or “[t]he regular and orderly progression of a lawsuit, including all acts and events between the time of commencement and the entry of judgment”. And no text in s. 13 remotely suggests that “proceeding”, as it appears in ss. 13(2) and (3), refers to anything other than the entire process of a criminal prosecution after the young person elects to be tried at the superior court. We must accept that Parliament legislates deliberately, and that the specific words it chooses have meaning (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 11); had Parliament intended to confine the operation of the deeming provisions in ss. 13(2) and (3) to the trial, it would have used the term “trial”, as it did in several other provisions of the *YCJA* (see, for example, ss. 25(3)(c) (“at trial”) and 25(4) (“the . . . trial”)).

[15] The better view, then, in light of the ordinary and grammatical sense of the term “the proceeding”, is that Parliament intended superior court justices who are deemed youth justice court judges by operation of ss. 13(2) and (3) of the *YCJA* to be so deemed for the purpose of *all* steps taken after the young

voulant que la compétence accordée à ce juge soit *exclusive*. En termes clairs, cela voudrait dire que les juges du tribunal pour adolescents visé au par. 13(1) (tels les juges de la Cour provinciale de l’Alberta) *n’ont pas* compétence pour entendre les demandes de mise en liberté provisoire présentées par des adolescents inculpés d’infractions énumérées à l’art. 469 qui ont choisi d’être jugés par un juge d’une cour supérieure siégeant avec ou sans jury (voir *R. c. W. (E.E.)*, 2004 SKCA 114, 188 C.C.C. (3d) 467, par. 14 et 21; *R. c. B. (J.)*, 2012 ONSC 4957, 291 C.C.C. (3d) 43, par. 1-20 et 32; *R. c. F. (M.)*, 2006 ONCJ 161, 210 C.C.C. (3d) 146, par. 46 et 49-52).

[14] À mon humble avis, les deux premières approches ne sauraient être bonnes. Le sens ordinaire et grammatical des mots « les procédures » n’est pas aussi restreint. Le mot « *proceeding* » (procédure) signifie, selon le *Black’s Law Dictionary* (11^e éd. 2019), par B. A. Garner, à la p. 1457, [TRADUCTION] « [u]n acte ou une mesure qui fait partie d’une action plus vaste » ou « le déroulement habituel et ordonné d’une poursuite, y compris tous les actes et faits survenus entre le début de la poursuite et l’inscription du jugement ». Et aucune disposition de l’art. 13 ne donne le moindrement à penser que les mots « les procédures », tel qu’ils sont employés aux par. 13(2) et (3), renvoient à autre chose que tout le déroulement d’une poursuite criminelle après que l’adolescent ait choisi d’être jugé en cour supérieure. Nous devons accepter que le Parlement légifère délibérément, et que les mots précis qu’il utilise ont un sens (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 11); si le Parlement avait voulu restreindre au procès l’application des dispositions assimilantes qui figurent aux par. 13(2) et (3), il aurait utilisé le mot « procès », comme il l’a fait dans plusieurs autres dispositions de la *LSJPA* (voir, par exemple, l’al. 25(3)c) (« à son procès ») et le par. 25(4) (« du procès »)).

[15] Il vaut mieux donc considérer, à la lumière du sens ordinaire et grammatical des mots « les procédures », que le Parlement voulait que les juges de la cour supérieure réputés être des juges du tribunal pour adolescents par application des par. 13(2) et (3) de la *LSJPA* soient réputés tels pour *toutes* les

person charged with a s. 469 offence elects a trial in the superior court, until trial.

[16] I am not moved from this view by the argument that relies on reading ss. 13(2) and (3) together with s. 67(7). This is so, irrespective of whether the English or French version of the *YCJA* is examined. To recount, s. 67(7) directs that, where a young person charged with a s. 469 offence is committed to stand trial at the conclusion of a preliminary inquiry, “the proceedings shall be conducted” (or, in the French version, “*le procès*” (“the trial”)) in the superior court.

[17] I note, first, that nothing of significance turns on the use of the plural “proceedings” in s. 67(7) and the singular “proceeding” in ss. 13(2) and (3). Indeed, the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, directs that words expressed in their singular form in an Act are to be read as including the word’s plural form, and vice versa (s. 33(2)). Further, and more to the point, Parliament cannot, in my view, reasonably be taken as having intended its reference to “the proceedings” (or “*le procès*”) in s. 67(7) to define the scope of “the proceeding” in ss. 13(2) and (3) or in the *YCJA* generally. The *YCJA* contains 35 *other* references to “the proceedings”, while the French version also variously and frequently refers to “*les procédures*” and “*les procédures en cause*”. Ascribing significance to its use in s. 67(7) to limit the scope of the term “the proceeding” in ss. 13(2) and (3) would render at least some of those other references to “the proceedings” in the *YCJA* nonsensical.

[18] By way of example, s. 20(1) of the *YCJA* states that “[a]ny proceeding that may be carried out before a justice under the *Criminal Code*, other than a plea, a trial or an adjudication, may be carried out”. Here, “proceeding” clearly contemplates procedural steps *other than* a trial. Similarly, s. 26(9) of the *YCJA* states that “failure to give a notice [to the young person’s parents] . . . does not affect the validity

mesures prises après que l’adolescent inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469 ait choisi de subir un procès en cour supérieure, et ce, jusqu’à son procès.

[16] L’argument fondé sur une interprétation corrélatrice des par. 13(2) et (3) et du par. 67(7) ne me fait pas renoncer à cette opinion. Il en est ainsi, peu importe que l’on examine la version française ou la version anglaise de la *LSJPA*. Je le répète, le par. 67(7) prescrit que, dans le cas où un adolescent accusé d’une infraction énumérée à l’art. 469 est renvoyé à procès au terme d’une enquête préliminaire, « le procès a lieu » (ou, dans la version anglaise, « *the proceedings shall be conducted* ») en cour supérieure.

[17] Je fais d’abord remarquer que l’emploi de la forme plurielle « *proceedings* » dans la version anglaise du par. 67(7) et de la forme singulière « *proceeding* » dans la version anglaise des par. 13(2) et (3) n’a aucune importance. En effet, selon la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, les mots employés au singulier dans une loi comprennent leur forme plurielle, et vice versa (par. 33(2)). En outre, et plus précisément, on ne saurait raisonnablement considérer que le Parlement voulait que son utilisation dans la version anglaise des mots « *the proceedings* » (ou « le procès ») au par. 67(7) définisse la portée des mots « *the proceeding* » qui figurent aux par. 13(2) et (3) ou dans la *LSJPA* en général. La version anglaise de la *LSJPA* contient 35 *autres* mentions de « *the proceedings* », tandis que sa version française emploie notamment et fréquemment les mots « les procédures » et « les procédures en cause ». Attribuer de l’importance à leur utilisation au par. 67(7) pour restreindre la portée des mots « *the proceeding* » aux par. 13(2) et (3) dénuerait de sens au moins certaines des autres occurrences de « *the proceedings* » dans la *LSJPA*.

[18] À titre d’exemple, le par. 20(1) de la *LSJPA* dispose que « le juge de paix est [. . .] compétent pour toute procédure dont il peut connaître sous le régime du *Code criminel*, à l’exception des plaidoyers, procès et prononcé des peines ». En l’espèce, le mot « procédure » englobe clairement les mesures procédurales *autres que* le procès. De même, le par. 26(9) de la *LSJPA* dispose que « le fait de

of proceedings under this Act”. This is subject to s. 26(10), which provides that failure to give such notice *does* invalidate “subsequent proceedings” unless, *inter alia*, “a youth justice court judge or a justice before whom proceedings are held against the young person adjourns the proceedings and orders that the notice be given in the manner and to the persons that the judge or justice directs”. Interpreting “proceedings” (or “the proceedings”) here to mean *only* the trial would be absurd in light of the reference to “subsequent proceedings”, and would undermine the purpose of this provision, which is to preserve the validity of procedural steps already taken, while ensuring that the young person’s parents have notice of all further procedural steps to be taken in the prosecution of their child so that they may be encouraged to support the child in addressing the offending behaviour (s. 3(1)(d)(iv) *YCJA*).

[19] Further yet, s. 67(7) vests exclusive jurisdiction in “the youth justice court [judge] referred to in subsection 13(1)” to conduct a preliminary inquiry. If, however, a superior court judge who is deemed to be a youth justice court judge could never acquire jurisdiction until the trial, it would not have been necessary for Parliament to make specific reference to s. 13(1) in s. 67(7). This is so because, on that view, a s. 13(1) youth justice court judge would be the *only* youth justice court judge who could possibly have jurisdiction over a pre-trial procedure such as a preliminary inquiry. Parliament is presumed to avoid “superfluous or meaningless words, phrases and larger units such as paragraphs, sections and parts of a legislative scheme” (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 178).

[20] As a final point, I observe that there is a subtle, but important, difference between the text of s. 13(2) and of s. 13(3) that supports the correctness of interpreting “the proceeding” more broadly. Section 13(2)

ne pas donner l’avis [aux parents de l’adolescent] [. . .] n’invalide pas les procédures engagées sous le régime de la présente loi ». Cette disposition est subordonnée au par. 26(10), lequel prévoit dans sa version anglaise que le défaut de donner cet avis *invalide* les « *subsequent proceedings* » à moins que, notamment, « *a youth justice court judge or a justice before whom proceedings are held against the young person adjourns the proceedings and orders that the notice be given in the manner and to the persons that the judge directs* ». Il serait absurde d’interpréter le mot anglais « *proceedings* » (ou les mots anglais « *the proceedings* ») dans la présente affaire comme désignant *seulement* le procès compte tenu du renvoi aux « procédures [subséquentes] », et cela compromettrait l’objectif de cette disposition : préserver la validité des mesures procédurales déjà prises, tout en veillant à ce que les parents de l’adolescent soient informés de toutes les mesures procédurales à prendre dans la poursuite de leur enfant pour qu’ils puissent être encouragés à lui offrir leur soutien (sous-al. 3(1)d)(iv) *LSJPA*).

[19] Qui plus est, le par. 67(7) accorde au « [juge du] tribunal pour adolescents mentionné au par. 13(1) » compétence exclusive pour tenir une enquête préliminaire. Si, toutefois, le juge de la cour supérieure qui est réputé être un juge du tribunal pour adolescents ne pouvait jamais acquérir compétence avant le procès, il n’aurait pas été nécessaire pour le Parlement de mentionner expressément le par. 13(1) au par. 67(7). Il en est ainsi car, selon ce point de vue, un juge du tribunal pour adolescents mentionné au par. 13(1) serait alors le *seul* juge du tribunal pour adolescents qui pourrait avoir compétence sur une procédure préalable au procès telle l’enquête préliminaire. Le Parlement est présumé éviter « les termes, les phrases et les parties plus longues, comme les paragraphes, les dispositions et les parties d’un texte législatif, qui sont superflus et dénués de sens » (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 178).

[20] En dernier lieu, je signale qu’il y a, entre le texte du par. 13(2) et celui du par. 13(3), une différence subtile, mais importante, qui appuie la justesse de donner une interprétation plus large aux mots

deems a superior court to be a youth justice court *and* deems a superior court justice to be a youth justice court judge *for the purpose of the proceeding*. But while s. 13(3) also deems a superior court to be a youth justice court *for the purpose of the proceeding*, it deems a superior court judge to be a youth justice court judge *without qualification*. That is to say, s. 13(3) does not, on its face, confine the jurisdiction of a superior court judge who is deemed to be a youth justice court judge to the purpose of the proceeding. Interpreting “the proceeding” to mean only the trial proper would, therefore, create an anomalous situation whereby a superior court justice who is deemed by s. 13(3) to be a youth justice court judge would have jurisdiction to hear T.J.M.’s application, while a superior court judge deemed by s. 13(2) to be a youth justice court judge would not. Yet, the only distinction between the two is that at trial the former sits with a jury, and the latter sits alone. Parliament could not have intended such a result.

C. *Exclusive Versus Concurrent Jurisdiction*

[21] It being clear that a superior court judge has jurisdiction to hear and adjudicate an application for judicial interim release of a young person charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code* following their election, it remains to decide whether that jurisdiction is exclusive, or whether it also continues to vest in the courts designated by the province as a youth justice court. On this point, the caselaw is divided (see, for example, *Protection de la jeunesse*, at paras. 34-35; *B.W.H.*, at paras. 37-38; *N.M.*, at paras. 45-55; *W. (E.E.)*, at paras. 14 and 21; *B. (J.)*, at paras. 1-20 and 32; *F. (M.)*, at paras. 46 and 49-51).

[22] The argument that a young person’s election to be tried before a superior court judge triggers the superior court’s *exclusive* jurisdiction over young persons charged with s. 469 offences is grounded in s. 522(1) of the *Criminal Code*, which is found in Part XVI — “Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release”. It states that

« les procédures ». Le paragraphe 13(2) assimile la cour supérieure à un tribunal pour adolescents *et* assimile le juge de la cour supérieure à un juge du tribunal pour adolescents *pour les procédures en cause*. Or, bien que le par. 13(3) assimile également la cour supérieure à un tribunal pour adolescents *pour les procédures en cause*, il assimile le juge de la cour supérieure au juge du tribunal pour adolescents *sans réserve*. En d’autres termes, le par. 13(3) ne limite pas à première vue la compétence d’un juge de la cour supérieure réputé être un juge du tribunal pour adolescents dans les procédures en cause. Considérer que « les procédures » ne s’entendent que du procès proprement dit créerait donc une situation anormale où le juge de la cour supérieure réputé par le par. 13(3) être un juge du tribunal pour adolescents aurait compétence pour entendre la demande de T.J.M., alors que ce ne serait pas le cas du juge de la cour supérieure réputé par le par. 13(2) être un juge du tribunal pour adolescents. Pourtant, la seule différence entre les deux tient à ce que le premier siège avec jury et que le deuxième siège seul. Le Parlement n’aurait pas pu souhaiter pareil résultat.

C. *Compétence exclusive par opposition à compétence concurrente*

[21] Comme il est clair que le juge de la cour supérieure a compétence pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire d’un adolescent inculqué d’une infraction énumérée à l’art. 469 du *Code criminel* après son choix, il reste à décider si cette compétence est exclusive, ou si elle continue également d’être dévolue aux tribunaux désignés par la province en tant que tribunal pour adolescents. La jurisprudence sur ce point est partagée (voir, par exemple, *Protection de la jeunesse*, par. 34-35; *B.W.H.*, par. 37-38; *N.M.*, par. 45-55; *W. (E.E.)*, par. 14 et 21; *B. (J.)*, par. 1-20 et 32; *F. (M.)*, par. 46 et 49-51).

[22] L’argument selon lequel le choix d’un adolescent d’être jugé par un juge de la cour supérieure fait intervenir la compétence *exclusive* de la cour supérieure à l’égard des adolescents accusés d’infractions énoncées à l’art. 469 se fonde sur le par. 522(1) du *Code criminel*, que l’on retrouve à la partie XVI — « Mesures concernant la comparution

“no court, judge or justice, other than a judge of or a judge presiding in a superior court of criminal jurisdiction . . . may release the accused before or after the accused has been ordered to stand trial”. Standing alone, this would appear to oust the jurisdiction of a s. 13(1) judge of the provincially designated youth justice court to hear and decide the application for judicial interim release (*B. (J.)*, at paras. 17-20; *F. (M.)*, at paras. 49-51).

[23] But section 522 is subject to the caveat in s. 28 of the *YCJA*, which states that the provisions of Part XVI of the *Criminal Code* apply to the detention and release of young persons under the *YCJA* “[e]xcept to the extent that they are inconsistent with or excluded by [the *YCJA*]”. Meaning, Part XVI of the *Criminal Code* governs matters of detention and release of young persons unless the *YCJA* provides otherwise, in which case the *YCJA* prevails. And significantly, as already recounted, where a young person is charged with an offence referred to in s. 522 (which describes “an offence listed in section 469”), s. 33(8) of the *YCJA* confers exclusive jurisdiction (“no other court, judge or justice”) upon “a youth justice court judge” to release a young person from custody.

[24] It is critical here to recall that, just as ss. 13(2) and (3) of the *YCJA* deem a superior court judge to be a youth justice court judge, s. 13(1) *also* designates as a youth justice court judge a judge sitting in the court established by the province as the youth justice court. While, therefore, s. 522 of the *Criminal Code*, as I say, appears to deprive a s. 13(1) court and judge of jurisdiction to hear and decide a judicial interim release application, s. 33(8) of the *YCJA* is categorical in providing otherwise. It does not qualify the term “youth justice court judge” so as to include only those superior court justices deemed under ss. 13(2) and (3) to be youth justice court judges. Rather, “a youth justice court judge” may release a young person. Inasmuch as s. 522 would remove that power from a s. 13(1) youth justice court judge

d’un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire ». Aux termes de ce paragraphe, « aucun tribunal, juge ou juge de paix, autre qu’un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge présidant une telle cour [. . .] ne peut mettre le prévenu en liberté avant ni après le renvoi aux fins de procès ». À elle seule, cette disposition semble écarter la compétence d’un juge, visé au par. 13(1), du tribunal pour adolescents désigné par la province pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire (*B. (J.)*, par. 17-20; *F. (M.)*, par. 49-51).

[23] L’article 522 est toutefois subordonné à la réserve qui figure à l’art. 28 de la *LSJPA*, lequel prévoit que les dispositions de la partie XVI du *Code criminel* s’appliquent à la détention et à la mise en liberté des adolescents sous le régime de la *LSJPA* « [d]ans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la [*LSJPA*] ou écartées par celle-ci ». En d’autres termes, la partie XVI du *Code criminel* régit les cas de détention et de mise en liberté d’adolescents sauf disposition contraire de la *LSJPA*, auquel cas la *LSJPA* prévaut. Autre fait important, comme je l’ai déjà signalé, lorsqu’un adolescent est inculpé d’une infraction visée à l’art. 522 (qui parle d’« une infraction mentionnée à l’article 469 »), le par. 33(8) de la *LSJPA* confère à « un juge du tribunal pour adolescents » (« à l’exclusion de tout autre tribunal, juge ou juge de paix ») compétence exclusive pour remettre un adolescent en liberté.

[24] Il est essentiel ici de rappeler que, tout comme les par. 13(2) et 13(3) de la *LSJPA* assimilent le juge de la cour supérieure à un juge du tribunal pour adolescents, le par. 13(1) désigne *aussi* à titre de juge du tribunal pour adolescents le juge du tribunal désigné par la province en tant que tribunal pour adolescents. Par conséquent, bien que l’art. 522 du *Code criminel*, dis-je, semble priver un juge et un tribunal visés au par. 13(1) du pouvoir d’entendre et de trancher une demande de mise en liberté provisoire, le par. 33(8) de la *LSJPA* prévoit le contraire de manière catégorique. Il ne circonscrit pas le terme « juge du tribunal pour adolescents » de manière à ce qu’il s’entende uniquement des juges de la cour supérieure réputés par les par. 13(2) et 13(3) être des juges du tribunal pour adolescents. Au contraire, « un juge du tribunal

by conferring exclusive jurisdiction upon “a judge of or a judge presiding in a superior court of criminal jurisdiction” to hear and decide judicial interim release applications where a young person is charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code*, it is inconsistent with s. 33(8) and does not apply.

[25] It follows from the foregoing that while, as I have explained, a superior court justice deemed under s. 13(2) or s. 13(3) of the *YCJA* to be a youth justice court judge has jurisdiction to hear and adjudicate an application for judicial interim release of a young person charged with an offence listed in s. 469 of the *Criminal Code* and who has elected to be tried in the superior court, so does a judge of a court that has been designated by the province as a youth justice court. In other words, the jurisdiction is *concurrent*, and not exclusive to either of them.

[26] While this result is compelled by the clear direction of Parliament regarding the relationship between the *YCJA* and Part XVI of the *Criminal Code*, I add that it is not surprising that Parliament would so direct. As this Court has recognized, Parliament’s intention when enacting the *YCJA* was to provide young persons with enhanced procedural protections throughout the criminal process in recognition of their age, and to create less formal and more expeditious proceedings (ss. 3(1)(b)(iii) and (v); *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, at paras. 51-52 (per Moldaver J.) and 136 (per Abella and Brown JJ., dissenting, but not on this point); S. Davis-Barron, *Youth and the Criminal Law in Canada* (2nd ed. 2015), at p. 177). By conferring concurrent jurisdiction to decide release following the young person’s election where charged with a s. 469 offence, Parliament would have sought to introduce a measure of flexibility that is absent from the adult criminal justice system in order to achieve the aims of the *YCJA* (É. F. Lacombe, “Prioritizing Children’s Best Interests in Canadian Youth Justice: Article 3 of the UN *Convention on the Rights of the Child* and Child-Friendly Alternatives” (2017), 34 *Windsor Y.B. Access Just.* 209, at p. 217).

pour adolescents » peut mettre un adolescent en liberté. Dans la mesure où l’art. 522 enlèverait ce pouvoir à un juge du tribunal pour adolescents visé au par. 13(1) en conférant à « un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge présidant une telle cour » compétence exclusive pour entendre et trancher des demandes de mise en liberté provisoire lorsqu’un adolescent est accusé d’une infraction énumérée à l’art. 469 du *Code criminel*, il est incompatible avec le par. 33(8) et ne s’applique pas.

[25] Il s’ensuit de ce qui précède que même si, comme je l’ai expliqué, le juge de la cour supérieure réputé par le par. 13(2) ou (3) de la *LSJPA* être un juge du tribunal pour adolescents a compétence pour entendre et trancher la demande de mise en liberté provisoire d’un adolescent qui est inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469 du *Code criminel* et qui a choisi d’être jugé en cour supérieure, il en va de même du juge d’un tribunal désigné par la province à titre de tribunal pour adolescents. Autrement dit, la compétence est *concurrente*, et non exclusive à l’un d’entre eux.

[26] Bien que le résultat exposé précédemment soit dicté par l’orientation claire du Parlement quant au rapport entre la *LSJPA* et la partie XVI du *Code criminel*, j’ajoute que cette orientation n’a rien d’étonnant. Comme l’a reconnu notre Cour, le Parlement voulait, au moment où il a adopté la *LSJPA*, offrir aux adolescents des protections procédurales supplémentaires tout au long du processus pénal compte tenu de leur âge, ainsi que créer des procédures moins formelles et plus rapides (sous-al. 3(1)(b)(iii) et (v); *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, par. 51-52 (le juge Moldaver), et 136 (les juges Abella et Brown, dissidents, mais non sur ce point); S. Davis-Barron, *Youth and the Criminal Law in Canada* (2^e éd. 2015), p. 177). En accordant compétence concurrente pour décider de la mise en liberté après le choix de l’adolescent inculpé d’une infraction énumérée à l’art. 469, le Parlement aurait cherché à instaurer une certaine souplesse qu’on ne retrouve pas dans le système de justice pénale pour adultes en vue d’atteindre les objectifs de la *LSJPA* (É. F. Lacombe, « Prioritizing Children’s Best Interests in Canadian Youth Justice : Article 3 of the UN *Convention on the Rights of the Child* and Child-Friendly Alternatives » (2017), 34

This is particularly significant for young persons in rural areas, including, in particular, Indigenous youth, for whom provincially designated youth justice courts will be more accessible than a superior court.

[27] A final word of caution. This appeal concerned only the question of jurisdiction over judicial interim release before the start of trial. Of course, once the trial has started, it will typically be the case that a judicial interim release application would be brought before the trial judge. Whether it *must* be brought before the trial judge, however — for example, where the trial has adjourned — is a question that I need not decide here, and I am content to leave it open for another day when it is properly before the Court.

III. Conclusion

[28] I would allow the appeal. The application judge had jurisdiction to hear T.J.M.'s application for judicial interim release — a jurisdiction he shared concurrently with the designated youth justice court for the province. As the appeal is moot, no further order is necessary.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Windsor Y.B. Access Just. 209, p. 217). Cela a des répercussions particulièrement importantes sur les adolescents des régions rurales, y compris surtout les adolescents autochtones, qui bénéficieront d'un meilleur accès aux tribunaux pour adolescents désignés par la province qu'à une cour supérieure.

[27] Une dernière mise en garde. Le présent pourvoi ne concernait que la question de la compétence en matière de mise en liberté provisoire avant l'ouverture du procès. Bien entendu, une fois le procès commencé, une demande de mise en liberté provisoire est habituellement présentée devant le juge du procès. Or, je n'ai pas à statuer en l'espèce sur la question de savoir si cette demande *doit* être présentée devant le juge du procès — par exemple lorsque le procès est ajourné —, et je me contente de remettre à plus tard le règlement de la question, quand la Cour en sera dûment saisie.

III. Conclusion

[28] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Le juge de première instance avait compétence pour entendre la demande de mise en liberté provisoire présentée par T.J.M. — une compétence qu'il détenait concurrentement avec le tribunal pour adolescents désigné pour la province. Puisque le pourvoi est théorique, aucune autre ordonnance n'est nécessaire.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Wastech Services Ltd. *Appellant*

v.

Greater Vancouver Sewerage and Drainage District *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia and Canadian Chamber of Commerce
Interveners

INDEXED AS: WASTECH SERVICES LTD. v. GREATER VANCOUVER SEWERAGE AND DRAINAGE DISTRICT

2021 SCC 7

File No.: 38601.

2019: December 6; 2021: February 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Breach — Performance — Duty to exercise contractual discretion in good faith — Waste removal contract providing municipal district with absolute discretion to allocate waste to various disposal facilities — Municipal district’s reallocation of waste resulting in reduction of waste company’s profit — Waste company alleging breach of contract due to reallocation of waste depriving it of possibility of achieving target profit — Whether reallocation of waste constitutes breach of duty to exercise contractual discretion in good faith.

Wastech, a waste transportation and disposal company, and Metro, a statutory corporation responsible for the administration of waste disposal for the Metro Vancouver Regional District, had a long-standing contractual relationship which contemplated the removal and transportation of waste by Wastech to three disposal facilities. Wastech was to be paid at a differing rate depending on which disposal

Wastech Services Ltd. *Appelante*

c.

Greater Vancouver Sewerage and Drainage District *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique et Chambre de commerce du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : WASTECH SERVICES LTD. c. GREATER VANCOUVER SEWERAGE AND DRAINAGE DISTRICT

2021 CSC 7

N° du greffe : 38601.

2019 : 6 décembre; 2021 : 5 février.

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

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

Contrats — Violation — Exécution — Obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi — Contrat d’enlèvement de déchets conférant au district municipal le pouvoir discrétionnaire absolu concernant la répartition des déchets entre diverses installations d’élimination — Nouvelle répartition des déchets par le district municipal donnant lieu à une réduction du profit de l’entreprise de transport des déchets — Entreprise de transport des déchets alléguant une violation de contrat en raison de la nouvelle répartition des déchets la privant de la possibilité d’atteindre son profit cible — La nouvelle répartition des déchets constitue-t-elle une violation de l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi?

Wastech, une entreprise qui s’occupe du transport et de l’élimination des déchets, et Metro, une société constituée en vertu d’une loi et chargée de gérer l’élimination des déchets dans le district régional du Grand Vancouver, entretiennent depuis longtemps une relation contractuelle visant l’enlèvement et le transport des déchets par Wastech vers trois installations d’élimination des déchets. Wastech

facility the waste was directed to and how far away the facility was located. The contract did not guarantee that Wastech would achieve a certain profit in any given year and it gave Metro absolute discretion to allocate waste as it so chose.

In 2011, Metro reallocated waste from a disposal facility further away to one that was closer, resulting in Wastech recording an operating profit well shy of its target. Wastech alleged that Metro breached the contract by allocating waste among the facilities in a manner that deprived Wastech of the possibility of achieving the target profit for 2011. Wastech referred the dispute to arbitration and sought compensatory damages. The arbitrator found that a duty of good faith applied, that Metro had breached that duty, and that Wastech was therefore entitled to compensation. The Supreme Court of British Columbia allowed Metro's appeal, and set aside the arbitrator's award on the basis that the imposition of a contractual duty to have appropriate regard for the interests of another contracting party must be based on the terms of the contract itself, and that in this case the parties had deliberately rejected a term constraining the exercise of discretionary power to allocate waste. The Court of Appeal dismissed Wastech's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: Where a party to a contract exercises its discretion unreasonably, that is, in a manner not connected to the underlying purposes of the discretion granted by the contract, its conduct amounts to a breach of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith. Metro's exercise of discretion was not unreasonable with regard to the purposes for which the discretion was granted and was therefore not a breach of the duty. Accordingly, the arbitrator's award cannot stand, whether the standard of review is correctness or reasonableness.

The duty to exercise contractual discretion in good faith is well-established in the common law. It was expressly recognized by the Court in its account of the organizing principle of good faith in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494. However, it was not necessary in *Bhasin* to spell out the contours of this duty. In order to

devoir être payée à un taux différent selon l'installation vers laquelle les déchets étaient envoyés et la distance pour s'y rendre. Le contrat ne garantissait pas que Wastech réaliserait un certain profit chaque année et il conférait à Metro le pouvoir discrétionnaire absolu de décider où les déchets seraient envoyés.

En 2011, Metro a décidé de modifier la répartition des déchets pour que les déchets qui étaient envoyés à une installation d'élimination des déchets plus éloignée soient envoyés à une installation plus rapprochée, de sorte que Wastech a enregistré un bénéfice d'exploitation bien inférieur à son objectif. Wastech a allégué que Metro avait violé le contrat en répartissant les déchets entre les installations d'une manière qui la privait de la possibilité d'atteindre les profits ciblés pour 2011. Wastech a renvoyé le différend à l'arbitrage et a réclamé des dommages-intérêts compensatoires. L'arbitre était d'avis qu'une obligation d'agir de bonne foi s'appliquait, que Metro avait manqué à cette obligation et que Wastech avait donc droit à une indemnisation. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de Metro, et a annulé la décision de l'arbitre au motif que l'imposition d'une obligation contractuelle de prendre en compte comme il se doit les intérêts d'une autre partie contractante doit être fondée sur les conditions du contrat en tant que tel, et qu'en l'espèce, les parties ont délibérément rejeté l'inclusion d'une condition limitant l'exercice du pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par Wastech.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : Lorsqu'une partie à un contrat exerce son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, c'est-à-dire d'une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat, sa conduite constitue un manquement à l'obligation d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi. L'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire n'était pas déraisonnable eu égard aux objectifs pour lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré et ne constituait donc pas un manquement à l'obligation. Par conséquent, la sentence arbitrale ne peut être maintenue, que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable.

L'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi est bien établie en common law. Elle a été expressément reconnue par la Cour lorsqu'elle a énoncé le principe directeur de bonne foi dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494. Toutefois, il n'était pas nécessaire dans l'arrêt *Bhasin* de

answer Wastech's claim then, the Court must determine what constraints the duty to exercise contractual discretion in good faith imposes on the holder of that discretion.

The duty to exercise contractual discretion in good faith requires the parties to exercise their discretion in a manner consistent with the purposes for which it was granted in the contract, or, in the terminology of the organizing principle in *Bhasin*, to exercise their discretion reasonably. The duty to exercise contractual discretion is breached only where the discretion is exercised unreasonably, in a manner unconnected to the purposes underlying the discretion. Where discretion is exercised in a manner consonant with the purpose, that exercise may be characterized as reasonable according to the bargain the parties had chosen to put in place. But where the exercise stands outside the compass set by contractual purpose, the exercise is unreasonable in light of the agreement for which the parties bargained and may be thought of as unfair and contrary to the requirements of good faith.

The measure of fairness is what is reasonable according to the parties' own bargain. It is not what a court sees as fair according to its own view of the proper exercise of the discretion. Where the exercise of discretionary power falls outside of the range of choices connected to its underlying purpose — outside the purpose for which the agreement the parties themselves crafted provides discretion — it is thus contrary to the requirements of good faith. Courts can intervene where the exercise of the power is arbitrary or capricious in light of its purpose as set by the parties; however, their role is not to ask whether the discretion was exercised in a morally opportune or wise fashion from a business perspective. Courts must only ensure parties have not exercised their discretion in ways unconnected to the purposes for which the parties themselves grant that power. In a contractual context, these choices are ascertained principally by reference to the contract, interpreted as a whole — the first source of justice between the parties.

What a court considers unreasonable is highly context-specific, and ultimately depends upon the intention of the parties as disclosed by their contract. Generally, however, for contracts that grant discretionary power in which the matter to be decided is readily susceptible of objective measurement, the range of reasonable outcomes will be

détailler la portée de cette obligation. Afin de répondre à la prétention de Wastech, la Cour doit alors déterminer quelles contraintes impose l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi à son titulaire.

L'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi exige des parties qu'elles exercent celui-ci d'une manière conforme aux objectifs pour lesquels il est conféré par le contrat, ou, pour reprendre la terminologie du principe directeur dans l'arrêt *Bhasin*, qu'elles exercent leur pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable. Il y a manquement à l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel seulement lorsque ce pouvoir est exercé de façon déraisonnable, d'une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire. Lorsque le pouvoir discrétionnaire est exercé d'une façon conforme à cet objectif, un tel exercice peut être qualifié de raisonnable selon le marché que les parties ont choisi de mettre en place. Toutefois, lorsque l'exercice sort des balises établies par l'objectif contractuel, il est déraisonnable à la lumière de l'accord que les parties ont négocié et peut être considéré comme injuste et contraire aux exigences de la bonne foi.

Il faut évaluer l'équité selon ce qui est raisonnable en fonction du marché qu'ont conclu les parties. Ce n'est pas ce que le tribunal estime juste selon sa propre perception de ce qu'est l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire. Lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire est en dehors de l'éventail des choix liés à son objectif sous-jacent — en dehors de l'objectif pour lequel l'accord que les parties ont elles-mêmes choisi confère ce pouvoir discrétionnaire — il est contraire aux exigences de la bonne foi. Les tribunaux peuvent intervenir lorsque l'exercice du pouvoir est arbitraire ou abusif compte tenu de son objectif établi par les parties; toutefois, il ne leur appartient pas de se demander si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon opportune sur le plan moral ou avec sagesse d'un point de vue commercial. Les tribunaux doivent seulement s'assurer que les parties n'ont pas exercé leur pouvoir discrétionnaire d'une façon étrangère aux objectifs pour lesquels les parties elles-mêmes confèrent ce pouvoir. Dans un contexte contractuel, on détermine de tels choix principalement en se rapportant au contrat, interprété dans son ensemble — il s'agit de la première source de justice entre les parties.

Ce qu'un tribunal juge déraisonnable est étroitement lié au contexte et dépend en fin de compte de l'intention qu'ont manifestée les parties dans leur contrat. De façon générale cependant, en ce qui concerne les contrats conférant un pouvoir discrétionnaire pour lequel la question à trancher est facile à mesurer objectivement, la gamme des

relatively smaller. For contracts that grant discretionary power in which the matter to be decided or approved is not readily susceptible to objective measurement, the range of reasonable outcomes will be relatively larger. It is in properly interpreting the contract for the purposes for which discretion was granted that the range of good faith behaviour comes into focus and breaches can be identified.

Requiring substantial nullification — that is, the evisceration by one party of the better part of the benefit of the contract of the other — is not the appropriate standard for concluding a breach of the duty to exercise discretionary power in good faith. The fact that a party's exercise of discretion causes its contracting partner to lose some or even all of its anticipated benefit under the contract is not dispositive, in itself, as to whether the discretion was exercised in good faith. However, it could well be relevant to show that discretion had been exercised in a manner unconnected to the relevant contractual purposes.

Finally, the duty to exercise discretion in good faith is a general doctrine of contract law. It need not find its source in an implied term in the contract, but rather it operates in every contract irrespective of the intentions of the parties. Recognizing this general duty interferes very little with freedom of contract for two reasons. First, just as parties will rarely expect that their contract permits dishonest performance, contracting parties rarely if ever expect discretion granted by the contract to be exercised in a manner unconnected to the purposes for which it was conferred. Second, the content of the duty is guided by the will of the parties as expressed in their contract. Rather than interfering with the objectives of the contracting parties or imposing duties on them beyond their reasonable contemplation, this duty merely requires that parties operate within the scope of discretion defined by their own purposes for which they freely negotiated its grant. Parties who provide for discretionary power cannot contract out of the implied undertaking that the power will be exercised in good faith, in light of the purposes for which it was conferred.

Metro's exercise of discretion was not unreasonable with regard to the purposes for which the discretion was

issues raisonnables sera relativement réduite. En ce qui concerne les contrats conférant un pouvoir discrétionnaire pour lequel la question à trancher ou à approuver ne se prête guère à une mesure objective, la gamme d'issues raisonnables sera relativement plus grande. C'est en interprétant correctement le contrat aux fins des objectifs pour lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré que la gamme de comportements de bonne foi deviendra apparente et que l'on pourra cerner les violations.

Exiger l'annulation substantielle — c'est-à-dire, le fait pour une partie de vider de son sens une grande partie de l'avantage obtenu par l'autre partie dans le cadre du contrat — n'est pas la norme qui convient pour conclure à un manquement à l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi. Le fait que l'exercice par une partie de son pouvoir discrétionnaire fasse perdre à son partenaire contractuel une partie ou la totalité de son avantage prévu au contrat ne devrait pas être considéré comme un élément déterminant, en soi, permettant de répondre à la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi. Cependant, il pourrait fort bien s'avérer utile pour démontrer que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé d'une manière étrangère aux objectifs contractuels pertinents.

Enfin, l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi est un principe général du droit des contrats. Cette obligation n'a pas à trouver sa source dans une condition implicite du contrat; elle se manifeste plutôt dans chaque contrat, sans égard aux intentions des parties. La reconnaissance de cette obligation générale porte très peu atteinte à la liberté contractuelle pour deux raisons. D'abord, tout comme les parties s'attendent rarement à ce que leur contrat les autorise à exécuter leurs obligations de façon malhonnête, elles ne s'attendent que rarement, voire jamais, à ce que le pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat soit exercé d'une manière étrangère aux objectifs pour lesquels il a été conféré. Deuxièmement, la teneur de l'obligation est fonction de la volonté des parties telle qu'elle est exprimée dans leur contrat. Au lieu de nuire aux objectifs des parties contractantes ou de leur imposer des obligations qu'elles ne peuvent raisonnablement envisager, cette obligation ne fait qu'exiger des parties qu'elles respectent les limites du pouvoir discrétionnaire défini par leurs propres objectifs pour lesquels elles en ont librement négocié l'octroi. Les parties qui prévoient un pouvoir discrétionnaire ne peuvent se soustraire à l'engagement implicite voulant que le pouvoir soit exercé de bonne foi, en fonction des objectifs pour lesquels il a été conféré.

L'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire n'était pas déraisonnable eu égard aux objectifs pour

granted. Wastech's case does not rest on allegations that it fell prey to lies or deception or that Metro exercised its discretion capriciously or arbitrarily, and it does not point to any identifiable wrong committed by Metro beyond seeking its own best interest within the bounds set for the exercise of discretion by the contract. The contract gives Metro the absolute discretion to determine how the waste is to be allocated. There is no guaranteed minimum volume of waste allocated in a given year. Reading the contract as a whole, the purposes become clear: to allow Metro the flexibility necessary to maximize efficiency and minimize costs of the operation. The fact that this discretion exists alongside a detailed framework to adjust payments towards the goal of a negotiated level of profitability, belies the idea that the parties intended this discretion be exercised so as to provide Wastech with a certain level of profit. Those incentives are already carefully created elsewhere in the contract.

Based on these purposes, Metro did not act unreasonably. Metro's exercise of discretion was guided by the objectives of maximizing efficiency, preserving remaining site capacity, and operating the system in the most cost-effective manner, and was made in furtherance of its own business objectives. Wastech is asking for an advantage for which it did not bargain: it asks that Metro confer a benefit upon it that was not contemplated, expressly or impliedly, under the contract. Although Wastech emphasized that the contract was a long-term relational agreement dependent upon an element of trust and cooperation between Wastech and Metro, this is not dispositive of the case in favour of Wastech. This is not an example of an unforeseen or unregulated matter that, by reason of the relational character of the contract, was left to the trust and cooperation said to be inherent in the long-term arrangement. The parties foresaw this risk — and chose to leave the discretion in place.

Wastech asks the Court to have Metro subvert its own interest in name of accommodating Wastech's interest. However, Metro is Wastech's contracting partner, not its fiduciary. The loyalty required of it in the exercise of this discretion was loyalty to the bargain, not loyalty to Wastech. Wastech cannot rely on an understanding of good faith that sits uncomfortably with the foundation of contractual justice. When the contours of good faith performance in this context are properly identified, it is plain

lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré. La cause de Wastech ne repose pas sur des allégations portant qu'elle a été victime de mensonges ou de tromperies ou que Metro a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon abusive ou arbitraire, et elle ne relève pas de faute identifiable commise par Metro hormis la recherche de son propre intérêt dans les limites que fixe le contrat pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrat confère à Metro le pouvoir discrétionnaire absolu pour établir la façon dont les déchets seront répartis. Il n'y a aucun volume minimal garanti de déchets destinés aux sites au cours d'une année donnée. Lorsqu'on lit les clauses du contrat dans son ensemble, les objectifs deviennent clairs : donner à Metro la souplesse nécessaire pour maximiser l'efficacité et réduire au minimum les frais de l'opération. De plus, la coexistence de ce pouvoir discrétionnaire avec un cadre détaillé servant à ajuster les paiements en vue de l'atteinte d'un niveau négocié de rentabilité contredit l'idée que les parties entendaient que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé de manière à ce que Wastech bénéficie d'une certaine rentabilité. Ces incitatifs détaillés existent déjà ailleurs dans le contrat.

À la lumière de ces objectifs, Metro n'a pas agi de façon déraisonnable. L'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire était guidé par les objectifs d'optimisation de l'efficacité, de préservation de la capacité restante du site et d'exploitation du système de la manière la plus rentable possible, et Metro avait pris sa décision en vue d'atteindre ses propres objectifs opérationnels. Wastech cherche à obtenir un avantage qu'elle n'a pas négocié : elle demande que Metro lui confère un avantage qui n'a pas été envisagé, expressément ou implicitement, dans le contrat. Bien que Wastech ait souligné que le contrat constituait un accord relationnel à long terme tributaire d'un élément de confiance et de collaboration entre Wastech et Metro, cela ne permet pas de trancher l'affaire en faveur de Wastech. Il ne s'agit pas d'un exemple d'une situation imprévue ou non réglementée qui, en raison de la nature relationnelle du contrat, devait se régler grâce à la confiance et à la collaboration considérées comme inhérentes à l'accord à long terme. Les parties avaient prévu ce risque — et ont choisi de conserver le pouvoir discrétionnaire.

Wastech demande à la Cour de faire en sorte que Metro compromette son propre intérêt afin d'accommoder l'intérêt de Wastech. Toutefois, Metro est le partenaire contractuel de Wastech, non pas son fiduciaire. La loyauté exigée de sa part dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était la loyauté envers le marché, et non envers Wastech. Celle-ci ne peut se fonder sur une compréhension de la bonne foi qui s'accorde mal avec le fondement de la justice contractuelle. Si l'on définit adéquatement les

that Metro did not exercise its power to reallocate waste in breach of a good faith duty. An analogy to the standard of reasonable conduct in the law of abuse of contractual rights in Quebec does not assist Wastech in this case.

Per Côté, Brown and Rowe JJ.: There is agreement that the appeal should be dismissed. Answering the question posed is a matter of straightforwardly applying *Bhasin*, and confirming that, while *Bhasin* organized several established common law doctrines under the rubric of good faith, it did not represent an abandonment of commercial certainty by requiring contracting parties to place their counterparty's interests ahead of their own.

While the majority refrains from identifying the standard of review, clear guidance on this point ought to be provided. Although there are important differences between commercial arbitration and administrative decision-making, those differences do not affect the standard of review where the legislature has provided for a statutory right of appeal. Appellate standards of review apply as a matter of statutory interpretation. The appeal in this case was brought pursuant to s. 31 of British Columbia's *Arbitration Act*, which provides that, either by consent of the parties or with leave of the Supreme Court of British Columbia, a party to an arbitration may appeal to the court on a question of law arising out of the award. In light of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, it follows that the standard of review to be applied by the Court in this case is correctness.

The purpose of good faith is to secure the performance and enforcement of the contract made by the parties. It cannot be used as a device to create new, unbargained-for rights and obligations or to alter the express terms of the contract. Where an agreement reflects a shared, reasonable expectation as to the manner in which a discretion may be exercised, that expectation will be enforced. While parties will usually expect that a discretion will be exercised in accordance with the purposes for which it was conferred, this is so only where the purpose of a discretionary power arises from the terms of the contract, construed objectively, and having regard to the factual matrix. The obligation to exercise discretion reasonably does not reflect the imposition of external standards on the exercise of discretion, but rather giving effect to the standards inherent in the parties' own bargain. Accordingly, there is disagreement

limites de l'exécution de bonne foi dans ce contexte, il est évident que Metro n'a pas exercé son pouvoir relatif à la répartition des déchets en violation d'une obligation d'agir de bonne foi. Par ailleurs, une analogie avec la norme de conduite raisonnable dans le domaine de l'abus de droits contractuels au Québec ne serait d'aucun secours à Wastech en l'espèce.

Les juges Côté, Brown et Rowe : Il y a accord sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté. Pour répondre à la question soulevée, il faut simplement appliquer l'arrêt *Bhasin* et confirmer que, même si cet arrêt a classé plusieurs doctrines établies en common law sous la rubrique de la bonne foi, il ne représentait pas un abandon de la stabilité commerciale et n'exigeait pas que les parties contractantes subordonnent leurs intérêts à ceux de leur cocontractant.

Même si les juges majoritaires s'abstiennent de se prononcer sur la norme de contrôle applicable, des indications claires sur ce point devraient être fournies. Bien qu'il existe des différences importantes entre l'arbitrage commercial et le processus décisionnel administratif, ces différences n'ont pas d'incidence sur la norme de contrôle applicable lorsque le législateur a prévu un droit d'appel dans la loi. Les normes de contrôle applicables en appel s'appliquent suivant les règles d'interprétation législative. Le présent pourvoi a été interjeté en vertu de l'art. 31 de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique qui prévoit que, sur consentement des parties ou sur autorisation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une partie à un arbitrage peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence. Au vu de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, il s'ensuit que la norme de contrôle que doit appliquer la Cour en l'espèce est celle de la décision correcte.

L'objectif de la bonne foi est de garantir l'exécution et l'application du contrat conclu par les parties. Elle ne peut servir à créer de nouveaux droits et obligations non négociés, ou à modifier les termes exprès du contrat. Lorsqu'un accord révèle une attente partagée et raisonnable pour ce qui est de la façon dont un pouvoir discrétionnaire peut être exercé, cette attente se verra donner effet. Même si les parties s'attendent habituellement à ce que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux fins pour lesquelles il a été conféré, il en est ainsi seulement lorsque l'objet du pouvoir discrétionnaire découle des modalités du contrat, interprété objectivement, et compte tenu de la matrice factuelle. L'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable ne représente pas des normes externes imposées sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais donne plutôt effet aux normes propres

with the majority that where a discretion is unfettered on its face, a court must form a broad view of the purposes of the venture to which the contract gives effect, and of what loyalty to that venture might involve for a party to it, and to take those broad purposes as providing the inherent limits for the exercise of the power. The majority's invocation of loyalty to the venture suggests that parties must use their discretion, even where it is chosen by the parties to be unfettered, in a way that advances the objectives of the contract. Approaching the interpretive task from such a starting point risks, even invites, undermining freedom of contract and distorting the parties' bargain by imposing constraints to which they did not agree.

Additionally, the purpose of a discretion is always defined by the parties' intentions, as revealed by the contract. Therefore, where a contract discloses a clear intention to grant a discretion that can be exercised for any purpose, courts, operating within their proper role, must give effect to that intention. With careful drafting, parties can largely immunize the exercise of discretion from review on this basis, or choose to specify the purpose for which a discretion has been granted in order to provide a clear standard against which the exercise of discretion is to be assessed. In either instance, their intention should be given effect and not subverted.

The duty of honest performance and the duty to exercise discretionary powers in good faith should remain distinct. Any suggestion that the duty of honest performance is a preliminary step in assessing whether there is a breach of the duty to exercise discretionary powers in good faith fails to comprehend or have regard for how the common law has distinguished between these duties. Further, rather than assisting in the development of the common law of good faith in contractual performance, the majority's digression into the civil law of Quebec gives rise to complication, uncertainty and confusion. It has no relevance in the present case, and it confuses matters for no useful purpose. The common law of British Columbia applies to the contract at issue and readily answers the questions of law posed in the appeal.

au marché conclu par les parties. En conséquence, il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à l'affirmation portant que lorsque le pouvoir discrétionnaire est absolu à sa face même, le tribunal doit se faire une idée générale des objectifs de l'entreprise auxquels donne effet le contrat, et de la loyauté envers cette entreprise que pourrait entraîner celui-ci pour les parties, et de considérer ces objectifs généraux comme établissant les limites inhérentes de l'exercice du pouvoir. La mention par les juges majoritaires de la loyauté envers l'entreprise donne à penser que les parties doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire, même lorsqu'elles ont décidé qu'il serait absolu, d'une façon qui favorise la réalisation des objectifs du contrat. Aborder la tâche d'interprétation sur la base d'un tel point de départ risque de miner la liberté contractuelle et de dénaturer le marché des parties en imposant des contraintes auxquelles elles n'ont pas consenti, et favorise même une telle conséquence.

Par ailleurs, l'objet d'un pouvoir discrétionnaire est toujours défini par les intentions des parties, qui se dégagent du contrat. Ainsi, lorsqu'un contrat révèle une intention claire de conférer un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé à toute fin, les tribunaux, dans le cadre du rôle qui leur incombe, doivent donner effet à cette intention. Grâce à une rédaction minutieuse, les parties peuvent mettre dans une large mesure l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'abri d'un contrôle sur ce fondement, ou elles peuvent choisir de préciser la fin pour laquelle un pouvoir discrétionnaire a été conféré afin de prévoir une norme claire en fonction de laquelle l'exercice du pouvoir discrétionnaire devra être évalué. Dans un cas comme dans l'autre, leur intention devrait se voir donner effet et non être minée.

L'obligation d'exécution honnête et l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi devraient demeurer distinctes. Toute affirmation portant que l'obligation d'exécution honnête est une étape préliminaire pour évaluer s'il y a eu manquement à l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi démontre une incompréhension de la façon dont la common law établit une distinction entre ces obligations, ou n'en tient pas compte. De surcroît, plutôt que de contribuer à l'évolution de la common law relativement à la bonne foi en matière d'exécution contractuelle, la digression des juges majoritaires sur le droit civil du Québec donne lieu à des difficultés, de l'incertitude et de la confusion. Celui-ci n'est d'aucune pertinence en l'espèce et cette digression crée de la confusion pour aucune raison valable. La common law de la Colombie-Britannique s'applique au contrat dont il est question et répond clairement aux questions de droit que soulève le présent pourvoi.

Cases Cited

By Kasirer J.

Applied: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; **overruled:** *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, aff'd (1992), 112 N.S.R. (2d) 180; **referred to:** *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908; *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *2123201 Ontario Inc. v. Israel Estate*, 2016 ONCA 409, 130 O.R. (3d) 641; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jack Wookey Hldg. Ltd. v. Tanizul Timber Ltd.* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 221; *Canadian National Railway Co. v. Inglis Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 410; *Marshall v. Bernard Place Corp.* (2002), 58 O.R. (3d) 97; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *Filice v. Complex Services Inc.*, 2018 ONCA 625, 428 D.L.R. (4th) 548; *Abu Dhabi National Tanker Co. v. Product Star Shipping Ltd. (The "Product Star")* (No. 2), [1993] 1 Lloyd's Rep. 397; *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Sherry v. CIBC Mortgages Inc.*, 2016 BCCA 240, 88 B.C.L.R. (5th) 105; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187; *Klewchuk v. Switzer*, 2003 ABCA 187, 330 A.R. 40; *British Telecommunications plc v. Telefónica O2 UK Ltd.*, [2014] UKSC 42, [2014] 4 All E.R. 907; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Ponce v. Montrusco & Associés inc.*, 2008 QCCA 329, [2008] R.J.D.T. 65; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Gestion immobilière Bégin inc. v. 9156-6901 Québec inc.*, 2018 QCCA 1935.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêt appliqué : *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; **arrêt rejeté :** *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, conf. par (1992), 112 N.S.R. (2d) 180; **arrêts mentionnés :** *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908; *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *2123201 Ontario Inc. c. Succession Israel*, 2016 ONCA 409, 130 O.R. (3d) 652; *LeMesurier c. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jack Wookey Hldg. Ltd. c. Tanizul Timber Ltd.* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 221; *Canadian National Railway Co. c. Inglis Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 410; *Marshall c. Bernard Place Corp.* (2002), 58 O.R. (3d) 97; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *Filice c. Complex Services Inc.*, 2018 ONCA 625, 428 D.L.R. (4th) 548; *Abu Dhabi National Tanker Co. c. Product Star Shipping Ltd. (The "Product Star")* (No. 2), [1993] 1 Lloyd's Rep. 397; *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. c. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Sherry c. CIBC Mortgages Inc.*, 2016 BCCA 240, 88 B.C.L.R. (5th) 105; *Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187; *Klewchuk c. Switzer*, 2003 ABCA 187, 330 A.R. 40; *British Telecommunications plc c. Telefónica O2 UK Ltd.*, [2014] UKSC 42, [2014] 4 All E.R. 907; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Ponce c. Montrusco & Associés inc.*, 2008 QCCA 329, [2008] R.J.D.T. 65; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Gestion immobilière Bégin inc. c. 9156-6901 Québec inc.*, 2018 QCCA 1935.

By Brown and Rowe JJ.

Applied: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; **referred to:** *Northland Utilities (NWT) Limited v. Hay River (Town of)*, 2021 NWTCA 1; *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership v. Ontario Lottery And Gaming Corporation*, 2020 ONSC 1516; *Cove Contracting Ltd. v. Condominium Corporation No 012 5598 (Ravine Park)*, 2020 ABQB 106, 10 Alta. L.R. (7th) 178; *Allstate Insurance Co. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2020 ONSC 830, 149 O.R. (3d) 761; *Buffalo Point First Nation v. Cottage Owners Association*, 2020 MBQB 20; *Clark v. Unterschultz*, 2020 ABQB 338, 41 R.F.L. (8th) 28; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457; *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [rep. & sub. 2020, c. 2, s. 72], s. 31 [rep. & sub. 2020, c. 2, s. 59].
Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375.
Greater Vancouver Sewerage and Drainage District Act, S.B.C. 1956, c. 59.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
 Baudouin, Jean-Louis et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin and Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
 Burton, Steven J. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1980), 94 *Harv. L. Rev.* 369.
 Collins, Hugh. “Discretionary Powers in Contracts”, in David Campbell, Hugh Collins and John Wightman, eds., *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2003, 219.

Citée par les juges Brown et Rowe

Arrêts appliqués : *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :** *Northland Utilities (NWT) Limited c. Hay River (Town of)*, 2021 NWTCA 1; *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership c. Ontario Lottery And Gaming Corporation*, 2020 ONSC 1516; *Cove Contracting Ltd. c. Condominium Corporation No 012 5598 (Ravine Park)*, 2020 ABQB 106, 10 Alta. L.R. (7th) 178; *Allstate Insurance Co. c. Ontario (Minister of Finance)*, 2020 ONSC 830, 149 O.R. (3d) 761; *Buffalo Point First Nation c. Cottage Owners Association*, 2020 MBQB 20; *Clark c. Unterschultz*, 2020 ABQB 338, 41 R.F.L. (8th) 28; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457; *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; *Mesa Operating Ltd. Partnership c. Amoco Canada Resources Limited* (1994), 149 A.R. 187.

Lois et règlements cités

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [abr. & rempl. 2020, c. 2, s. 72], art. 31 [abr. & rempl. 2020, c. 2, art. 59].
Code civil du Québec, art. 6, 7, 1375.
Greater Vancouver Sewerage and Drainage District Act, S.B.C. 1956, c. 59.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers, et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2014.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin and Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2013.
 Burton, Steven J. « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith » (1980), 94 *Harv. L. Rev.* 369.
 Collins, Hugh. « Discretionary Powers in Contracts », in David Campbell, Hugh Collins and John Wightman, eds., *Implicit Dimensions of Contract : Discrete, Relational and Network Contracts*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2003, 219.

- Fleming's The Law of Torts*, 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Gray, Anthony. "Development of Good Faith in Canada, Australia and Great Britain" (2015), 57 *Can. Bus. L.J.* 84.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2018.
- Mason, Anthony. "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing" (2000), 116 *L.Q.R.* 66.
- McCamus, John D. "Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty: Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance" (2005), 29 *Adv. Q.* 72.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- McCamus, John D. "The New General 'Principle' of Good Faith Performance and the New 'Rule' of Honesty in Performance in Canadian Contract Law" (2015), 32 *J.C.L.* 103.
- Paterson, Jeannie Marie. "Good Faith Duties in Contract Performance" (2014), 14 *O.U.C.L.J.* 283.
- Paterson, Jeannie Marie. "Implied Fetters on the Exercise of Discretionary Contractual Powers" (2009), 35 *Mon. L. R.* 45.
- Robertson, Joseph T. "Good Faith as an Organizing Principle in Contract Law: *Bhasin v. Hrynew* — Two Steps Forward and One Look Back" (2015), 93 *Can. Bar Rev.* 809.
- Sales, Philip. "Use of Powers for Proper Purposes in Private Law" (2020), 136 *L.Q.R.* 384.
- Stack, David. "The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law" (1999), 62 *Sask. L. Rev.* 201.
- Steyn, Johan. "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" (1997), 113 *L.Q.R.* 433.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2011.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Gray, Anthony. « Development of Good Faith in Canada, Australia and Great Britain » (2015), 57 *Rev. can. dr. comm.* 84.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Mason, Anthony. « Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing » (2000), 116 *L.Q.R.* 66.
- McCamus, John D. « Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty : Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance » (2005), 29 *Adv. Q.* 72.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- McCamus, John D. « The New General "Principle" of Good Faith Performance and the New "Rule" of Honesty in Performance in Canadian Contract Law » (2015), 32 *J.C.L.* 103.
- Paterson, Jeannie Marie. « Good Faith Duties in Contract Performance » (2014), 14 *O.U.C.L.J.* 283.
- Paterson, Jeannie Marie. « Implied Fetters on the Exercise of Discretionary Contractual Powers » (2009), 35 *Mon. L. R.* 45.
- Robertson, Joseph T. « Good Faith as an Organizing Principle in Contract Law : *Bhasin v. Hrynew* — Two Steps Forward and One Look Back » (2015), 93 *R. du B. can.* 809.
- Sales, Philip. « Use of Powers for Proper Purposes in Private Law » (2020), 136 *L.Q.R.* 384.
- Stack, David. « The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law » (1999), 62 *Sask. L. Rev.* 201.
- Steyn, Johan. « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men » (1997), 113 *L.Q.R.* 433.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Stromberg-Stein and Fisher J.J.A.), 2019 BCCA 66, 19 B.C.L.R. (6th) 217, 431 D.L.R. (4th) 512, [2019] B.C.J. No. 236 (QL), 2019 CarswellBC 336 (WL Can.), affirming a decision of McEwan J., 2018 BCSC 605, [2018] B.C.J. No. 684 (QL), 2018 CarswellBC 910 (WL Can.). Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Stromberg-Stein et Fisher), 2019 BCCA 66, 19 B.C.L.R. (6th) 217, 431 D.L.R. (4th) 512, [2019] B.C.J. No. 236 (QL), 2019 CarswellBC 336 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge McEwan, 2018 BCSC 605, [2018] B.C.J. No. 684 (QL), 2018 CarswellBC 910 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Geoffrey G. Cowper, Q.C., Mark D. Andrews, Q.C., and Stanley Martin, for the appellant.

Irwin G. Nathanson, Q.C., and Julia K. Lockhart, for the respondent.

Jonathan Eades and Graham J. Underwood, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jeremy Opolsky and Winston Gee, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

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

KASIRER J. —

I. Overview

[1] This appeal raises the issue of whether a common law duty of good faith performance applies in a long-term contract for waste removal in the greater Vancouver region. More specifically, it bears on how principles of good faith might preclude what one scholar has called the “abuse of contractual discretionary powers” (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at p. 938). In *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at paras. 47 and 50, Cromwell J. observed that the exercise of contractual discretion is one circumstance in which courts have found a duty of good faith performance exists in a manner consonant with the “organizing principle” from which this and other good faith duties derive: “parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily” (para. 63, see also McCamus, pp. 931-943). However, *Bhasin* does not explore the source or content of the specific duty to exercise discretion in good faith, which matters were not at issue in that appeal.

Geoffrey G. Cowper, c.r., Mark D. Andrews, c.r., et Stanley Martin, pour l’appelante.

Irwin G. Nathanson, c.r., et Julia K. Lockhart, pour l’intimée.

Jonathan Eades et Graham J. Underwood, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jeremy Opolsky et Winston Gee, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

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

LE JUGE KASIRER —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une obligation d’exécution de bonne foi découlant de la common law s’applique à un contrat à long terme relatif à l’enlèvement des déchets dans la grande région de Vancouver. Plus précisément, le pourvoi porte sur la façon dont les principes de bonne foi peuvent empêcher ce qu’un auteur a appelé [TRADUCTION] « l’abus de pouvoirs discrectionnaires contractuels » (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3^e éd. 2020), p. 938). Dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 47 et 50, le juge Cromwell a observé que l’exercice par une partie de son pouvoir discrectionnaire contractuel est une situation dans laquelle les tribunaux ont conclu à l’existence d’une obligation d’exécution de bonne foi en conformité avec le « principe directeur » dont cette obligation et d’autres obligations de bonne foi découlent : « les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire » (par. 63, voir aussi McCamus, p. 931-943). Toutefois, l’arrêt *Bhasin* n’aborde pas les questions de la source ni de la teneur de l’obligation précise d’exercer un pouvoir discrectionnaire de bonne foi, car elles n’étaient pas en litige dans cette affaire.

[2] The appellant here, a waste removal contractor, says the respondent exercised its contractual power to decide where the waste would be allocated in the region contrary to the requirements of good faith. The appellant argues that the courts below failed to understand the notion at the core of *Bhasin*, according to which a contracting party should have “appropriate regard to the legitimate contractual interests of [their] contracting partner” (*Bhasin*, at para. 65). It says that the respondent’s exercise of discretion made it impossible to earn the level of profit it had bargained for under what it depicts as a long-term relational contract, predicated on trust between the parties. In the result, the respondent exercised its discretionary power in a way the appellant has described as failing to meet the standard of honesty and reasonableness required by *Bhasin* in this context.

[3] The problem in this case is not so much whether the duty to exercise contractual discretion in good faith exists, but on what basis it exists and according to what standard its breach can be made out. To be sure, the appellant is right to say that the organizing principle of good faith recognized in *Bhasin* exemplifies the idea that a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of their contracting partners. But in claiming compensation for its lost opportunity based on a supposedly dishonest or unreasonable exercise of the discretion to reallocate waste under the contract, the appellant misrepresents the organizing principle and overstates one of the specific duties of good faith derived therefrom.

[4] The duty to exercise contractual discretion is breached only where the discretion is exercised unreasonably, which here means in a manner unconnected to the purposes underlying the discretion. This will be made out, for example, where the exercise of discretion is arbitrary or capricious, as Cromwell J. suggested in *Bhasin* in his formulation of the organizing principle of good faith performance. According to *Bhasin*, this duty is derived from the same requirement of corrective justice as the duty of honest

[2] L’appelante en l’espèce, une entreprise d’enlèvement de déchets, affirme que l’intimée a exercé son pouvoir contractuel pour décider où les déchets seraient envoyés dans la région contrairement aux exigences de la bonne foi. L’appelante soutient que les juridictions inférieures n’ont pas compris le concept au cœur de l’arrêt *Bhasin*, selon lequel une partie contractante devrait « prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel » (*Bhasin*, par. 65). Selon l’appelante, l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’intimée a rendu impossible pour elle de réaliser les profits qu’elle avait négociés dans le cadre de ce qu’elle décrit comme un contrat relationnel à long terme, fondé sur la confiance entre les parties. En conséquence, l’intimée a exercé son pouvoir discrétionnaire d’une manière que l’appelante a décrite comme ne respectant pas la norme d’honnêteté et de raisonabilité qu’exige l’arrêt *Bhasin* dans ce contexte.

[3] Le problème dans la présente affaire n’est pas tant de savoir si l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi existe, mais de déterminer sur quoi repose son existence et selon quelle norme un manquement à celle-ci peut être établi. Certes, l’appelante a raison de dire que le principe directeur de bonne foi reconnu dans l’arrêt *Bhasin* illustre l’idée qu’une partie contractante devrait prendre en compte comme il se doit les intérêts contractuels légitimes de son partenaire contractuel. Toutefois, en demandant une indemnisation pour la perte d’occasion subie en raison de l’exercice supposément malhonnête ou déraisonnable du pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets prévu au contrat, l’appelante interprète mal le principe directeur et attribue une portée excessive à l’une des obligations précises de bonne foi qui en découle.

[4] Il y a manquement à l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel seulement lorsque ce pouvoir est exercé de façon déraisonnable, ce qui signifie en l’espèce d’une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire. Cela sera établi, par exemple, lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire est arbitraire ou abusif, comme le laisse entendre la formulation par le juge Cromwell dans l’arrêt *Bhasin* du principe directeur de l’exécution de bonne foi. Selon cet

performance, which requirement demands that parties exercise or perform their rights and obligations under the contract having appropriate regard for the legitimate contractual interests of the contracting partner. Like the duty of honest performance observed in *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908, the duty recognized here is one that applies in a manner Cromwell J. referred to as doctrine in *Bhasin*, i.e., the duty applies regardless of the intentions of the parties (*Bhasin*, at para. 74).

[5] Carefully considered, the appellant's case does not rest on allegations that it fell prey to lies or deception. There is no claim that the respondent exercised its discretion capriciously or arbitrarily. The appellant does not point to, under the guise of allegedly unreasonable conduct, any identifiable wrong committed by the respondent beyond seeking its own best interest within the bounds set for the exercise of discretion by the agreement. The duty of good faith at issue here constrains the permissible exercise of discretionary powers in contract but, in so doing, it does not displace the detailed, negotiated bargain as the primary source of justice between the parties.

[6] Importantly, the good faith duty at issue does not require the respondent to subordinate its interests to those of the appellant, nor does it require that a benefit be conferred on the appellant that was not contemplated under the contract or one which stands beyond the purposes for which the discretion was agreed. Here, the appellant decries conduct that is self-interested, to be sure, and that, it says, made it impossible to achieve the fundamental benefit for which it had bargained. But in seeking damages for this loss, the appellant does not allege that the respondent committed any actionable wrong in exercising the discretion provided for under the contract. While it is true the arbitrator characterized the long-term contract here as a relational one, he found that the situation giving rise to this dispute, however

arrêt, cette obligation découle de la même exigence de justice corrective que l'obligation d'exécution honnête, qui exige que les parties exécutent leurs obligations ou exercent leurs droits prévus au contrat en prenant en compte comme il se doit les intérêts contractuels légitimes de leur partenaire contractuel. Comme l'obligation d'exécution honnête dont il était question dans l'arrêt *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908, l'obligation reconnue en l'espèce en est une qui s'applique, comme l'indique le juge Cromwell dans l'arrêt *Bhasin*, de la même manière qu'une doctrine, c'est-à-dire qu'elle s'applique quelles que soient les intentions des parties (*Bhasin*, par. 74).

[5] Si on examine bien la cause de l'appelante, on constate qu'elle ne repose pas sur des allégations portant qu'elle a été victime de mensonges ou de tromperies. Il n'y est pas affirmé que l'intimée a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon abusive ou arbitraire. L'appelante ne relève pas, sous l'apparence d'un comportement prétendument déraisonnable, de faute identifiable commise par l'intimée hormis la recherche de son propre intérêt dans les limites que fixe le contrat pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans le cas qui nous occupe, l'obligation d'exécution de bonne foi en cause restreint l'exercice acceptable des pouvoirs discrétionnaires conférés par contrat, mais, ce faisant, elle ne remplace pas le marché détaillé et négocié comme source principale de justice entre les parties.

[6] Plus important encore, l'obligation d'agir de bonne foi en jeu n'exige pas que l'intimée subordonne ses intérêts à ceux de l'appelante, et n'exige pas non plus que soit conféré à l'appelante un avantage qui n'a pas été prévu au contrat ou dont la portée dépasse les objectifs pour lesquels a été consenti le pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, l'appelante dénonce une conduite intéressée, certes, et affirme que cette conduite a rendu impossible pour elle d'obtenir l'avantage fondamental qu'elle avait négocié. Par contre, même si elle demande des dommages-intérêts pour cette perte, l'appelante n'allègue pas que l'intimée a commis une faute donnant ouverture à un droit d'action lorsqu'elle a exercé le pouvoir discrétionnaire prévu au contrat. Bien qu'il soit vrai que l'arbitre a caractérisé le contrat à long terme en

unlikely it may have appeared to the parties, was a risk that the parties had specifically considered in drafting their detailed agreement. In that context, whatever trust and cooperation that the parties might owe one another arising out of the long-term relational character of the contract cannot resolve this case in favour of the appellant by requiring the respondent to act as a fiduciary.

[7] When the contours of good faith performance in this context are properly identified, it is plain that the respondent did not exercise its power to reallocate waste in breach of a good faith duty. In point of fact, in its call to be paid damages on the basis of the contractual duty of good faith owed to it by the respondent, the appellant is asking the Court to award it an advantage not provided for in the agreement between the parties in the absence of any appreciable breach of contract or identifiable wrong. This seems to me to confuse the requirements of good faith performance with an injunction to act selflessly in a way that stands outside the ordinary compass of social ordering by contract, in service of a notional solidarity between the parties based on a different theory of justice. Accordingly, I would dismiss this appeal.

II. Background

A. *The Contract*

[8] The appellant, Wastech Services Ltd. (“Wastech”), is a British Columbia company engaged in waste transportation and disposal. The respondent, the Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (“Metro”), is a statutory corporation constituted under the *Greater Vancouver Sewerage and Drainage District Act*, S.B.C. 1956, c. 59. One of its primary mandates is the administration of waste disposal from the Metro Vancouver Regional District.

cause de relationnel, il a conclu que la situation donnant lieu au présent litige, même si elle pouvait avoir semblé improbable pour les parties, constituait un risque que les parties avaient précisément envisagé lors de la rédaction de leur accord détaillé. Dans ce contexte, la confiance et la collaboration que pourraient se devoir mutuellement les parties en raison du caractère relationnel à long terme du contrat ne permettent pas de régler le présent cas en faveur de l’appelante en exigeant que l’intimée agisse en tant que fiduciaire.

[7] Si l’on définit adéquatement les limites de l’exécution de bonne foi dans ce contexte, il est évident que l’intimée n’a pas exercé son pouvoir relatif à la répartition des déchets en violation d’une obligation d’agir de bonne foi. Dans les faits, en sollicitant des dommages-intérêts fondés sur l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi que l’intimée avait envers elle, l’appelante demande à la Cour de lui accorder un avantage qui n’était pas prévu dans l’accord conclu entre les parties, en l’absence d’une violation contractuelle importante ou d’une faute identifiable. Cela me semble une confusion des exigences de l’exécution de bonne foi avec une directive d’agir de façon désintéressée d’une manière qui sort des balises ordinaires de l’ordre social établi par contrat, au service d’une solidarité théorique entre les parties fondée sur une théorie différente de la justice. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

A. *Le contrat*

[8] L’appelante, Wastech Services Ltd. (« Wastech »), est une entreprise de la Colombie-Britannique qui s’occupe du transport et de l’élimination des déchets. L’intimée, la société Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (« Metro »), a été constituée en vertu de la *Greater Vancouver Sewerage and Drainage District Act*, S.B.C. 1956, c. 59. L’un de ses principaux mandats est de gérer l’élimination des déchets dans le district régional du Grand Vancouver.

[9] Wastech and Metro had a long-standing commercial relationship. They entered into contracts for the disposal of waste from the Greater Vancouver Regional District twice in 1986, once in 1988 and again in 1992. In 1996, after approximately 18 months of negotiations, Wastech and Metro entered into a new waste disposal agreement (“Contract”), setting out what the parties described as “an integrated, comprehensive municipal solid waste transfer system . . . and sanitary landfill in a reliable, cost-effective and environmentally-sound manner” (A.R., vol. II, at p. 9, recital B). The Contract was complex, and included several recitals, numerous defined terms and schedules. It replaced the four existing agreements between Wastech and Metro and had a term of 20 years.

[10] The Contract contemplated the removal and transportation of waste by Wastech on behalf of the district represented by Metro to three disposal facilities: the Vancouver Landfill; the Burnaby Waste to Energy Facility; and the Cache Creek Landfill. Wastech was to be paid at a reduced rate, subject to a number of variables, for the short-haul transportation of waste to the Vancouver Landfill and the Burnaby Waste to Energy Facility as compared to the rate paid to transport to the Cache Creek Landfill, which is farther away.

[11] Wastech’s compensation was structured around a “Target Operating Ratio” (“Target OR”). Defined in s. 14.1(ag) of the Contract as a ratio of 0.890, the Target OR reflected a scenario where Wastech’s operating costs were 89 percent of its total revenues, resulting in an operating profit of 11 percent. It bears noting that the Contract did not guarantee that Wastech would achieve the Target OR in any given year.

[12] The Contract provided for various adjustments to allow for fluctuations in the actual operating ratio (“Actual OR”) achieved by Wastech. Section 14.19 of the Contract provided that if the Actual OR deviated from the Target OR, the parties would share equally the financial consequences of the deviation.

[9] Wastech et Metro entretiennent une relation commerciale depuis longtemps. Elles ont conclu des contrats pour l’élimination des déchets dans le district régional du Grand Vancouver deux fois en 1986, une fois en 1988 et à nouveau en 1992. En 1996, après environ 18 mois de négociations, Wastech et Metro ont conclu un nouvel accord d’élimination des déchets (« contrat »), établissant ce que les parties ont décrit comme un [TRADUCTION] « système municipal complet et intégré de transfert des déchets solides [. . .] et un site d’enfouissement fiables, rentables et respectueux de l’environnement » (d.a., vol. II, p. 9, attendu B). Le contrat était complexe et comprenait plusieurs attendus, de nombreuses définitions et annexes. Il remplaçait les 4 accords existants entre Wastech et Metro et était d’une durée de 20 ans.

[10] Le contrat visait l’enlèvement et le transport des déchets par Wastech dans le district représenté par Metro vers trois installations d’élimination des déchets : le site d’enfouissement de Vancouver, l’installation de valorisation énergétique des déchets de Burnaby et le site d’enfouissement de Cache Creek. Wastech devait être payée à un taux réduit, sous réserve de certaines variables, pour le transport sur une courte distance des déchets vers le site d’enfouissement de Vancouver et l’installation de valorisation énergétique des déchets de Burnaby, en comparaison au taux qu’elle recevait pour le transport vers le site d’enfouissement de Cache Creek, plus éloigné.

[11] La rémunération de Wastech était structurée selon un [TRADUCTION] « ratio d’exploitation cible » (« RE cible »). Défini à l’al. 14.1(ag) du contrat comme un ratio de 0,890, le RE cible correspondait à un scénario où les coûts d’exploitation de Wastech s’élevaient à 89 pour 100 de ses revenus totaux, donnant ainsi un bénéfice d’exploitation de 11 pour 100. Il convient de mentionner que le contrat ne garantissait pas que Wastech atteindrait le RE cible chaque année.

[12] Le contrat prévoyait divers ajustements afin de tenir compte des fluctuations du ratio d’exploitation réel (« RE réel ») atteint par Wastech. L’article 14.19 du contrat prévoyait que si le RE réel différait du RE cible, les parties se partageraient également les conséquences financières de cette différence. Si le

If the Actual OR were to *exceed* the Target OR, Metro would pay Wastech an additional sum equal to 50 percent of the difference between the Target OR and the Actual OR. Wastech would similarly compensate Metro if the Actual OR was *less* than the Target OR. Section 14.11 of the Contract also provided that the rates to be paid to Wastech and Metro's contribution to fix operating expenses would each be adjusted annually if the Actual OR achieved in the immediately preceding operating year was less than 0.860 or greater than 0.920.

[13] Section 12.7 of the Contract required Metro to provide Wastech, annually, with a detailed forecast of the allocation of all of the waste expected to be handled under the Contract for the following operating year. The arbitrator found that, “[o]ne purpose of this requirement [was] to give Wastech an opportunity to plan its future operations and manage its costs” (A.R., vol. I, p. 1 (“Award”), at para. 44). However, ss. 30.1, 30.2 and 30.4 gave Metro “absolute discretion” to determine and amend the minimum amount of waste to be transported to the Cache Creek Landfill for any given year.

[14] During negotiations, Wastech and Metro realized that waste transported to the long-haul Cache Creek Landfill might decrease and that one possible reason for such a decrease could be Metro's decision to reduce the waste transported to that site by redirecting it to the short-haul Vancouver Landfill. Moreover, both parties were aware that this could preclude Wastech from achieving the Target OR. Both parties believed that such a scenario was highly unlikely. Given their mutual desire to simplify the Contract, Wastech and Metro agreed not to include an adjustment provision dealing with that scenario in the Contract.

B. *Circumstances of the Alleged Breach*

[15] In September 2010, Metro provided Wastech its annual waste allocation plan for 2011, according to which about 600,000 to 700,000 tonnes of waste would have to be disposed of in the operating year. Metro directed Wastech to reallocate waste

RE réel *dépassait* le RE cible, Metro devrait verser à Wastech une somme additionnelle équivalant à 50 pour 100 de la différence entre le RE cible et le RE réel. Wastech indemniserait Metro de la même façon si le RE réel était *inférieur* au RE cible. L'article 14.11 du contrat prévoyait également que les taux devant être payés à Wastech et la contribution de Metro aux dépenses d'exploitation fixes seraient ajustés chaque année si le RE réel atteint au cours de l'année précédente était inférieur à 0,860 ou supérieur à 0,920.

[13] Selon l'article 12.7 du contrat, Metro devait fournir chaque année à Wastech une prévision détaillée de la répartition de tous les déchets devant être transportés dans le cadre du contrat pour l'année d'exploitation suivante. L'arbitre a conclu que [TRADUCTION] « [c]ette exigence [avait] notamment pour but de donner à Wastech l'occasion de planifier ses activités futures et de gérer ses coûts » (d.a., vol. I, p. 1 (« sentence arbitrale »), par. 44). Cependant, les art. 30.1, 30.2 et 30.4 conféraient à Metro le [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire absolu » pour déterminer et modifier la quantité minimale de déchets devant être transportés vers le site d'enfouissement de Cache Creek pour une année donnée.

[14] Durant les négociations, Wastech et Metro se sont rendu compte que la quantité de déchets transportés sur une longue distance vers le site d'enfouissement de Cache Creek était susceptible de diminuer, notamment en raison de la décision de Metro de rediriger les déchets vers le site d'enfouissement de Vancouver, qui est moins loin. En outre, les deux parties savaient que cela pourrait empêcher Wastech d'atteindre le RE cible. Elles croyaient qu'un tel scénario était très peu probable. Étant donné leur volonté mutuelle de simplifier le contrat, Wastech et Metro ont convenu de ne pas inclure dans le contrat une clause de rajustement visant ce scénario.

B. *Circonstances de la violation alléguée*

[15] En septembre 2010, Metro a remis à Wastech son plan annuel de répartition des déchets pour 2011, selon lequel de 600 000 à 700 000 tonnes de déchets devaient être éliminées au cours de l'année. Metro a demandé à Wastech de modifier la répartition

transportation for 2011: the Vancouver Landfill was to receive 200,000 tonnes, up from the 138,380 it received in 2010; the Burnaby Waste to Energy Facility was to receive enough waste to operate at maximum capacity; and the Cache Creek Landfill was to receive the remaining waste.

[16] Ultimately, the total waste transported by Wastech during the 2011 operating year was 609,340 tonnes; approximately 8 percent less than in 2010. The Cache Creek Landfill received 273,018 tonnes; approximately 31 percent less than in 2010. The Vancouver Landfill received 187,428 tonnes; approximately 36 percent more than it received in 2010. These totals reflected a conscious decision by Metro to reallocate waste from the Cache Creek Landfill to the Vancouver Landfill.

[17] As a result of the waste reallocation, and before adjustment payments, Wastech operated at a loss, achieving an operating ratio of 1.045. However, after taking into account the adjustment payments under s. 14.19, Wastech operated at a profit, achieving an operating ratio of 0.960. As I noted above, this adjustment payment was intended to ensure that the parties would share the financial consequences of a deviation from the Target OR equally. After taking into account this payment, Wastech therefore recorded an operating profit of 4 percent for the year, well shy of its target of 11 percent.

[18] Pursuant to s. 18.3 of the Contract, Wastech referred the dispute to arbitration, alleging that Metro breached the Contract by allocating waste among the facilities for 2011 in a manner that deprived Wastech of the possibility of achieving the Target OR that year. Wastech sought compensatory damages in the amount of \$2,888,162, which, it said, represented the additional amount the company would have earned in 2011 if Metro's allocation of waste had not deprived it of the opportunity to achieve the Target OR.

des déchets devant être transportés pour 2011 : le site d'enfouissement de Vancouver devait recevoir 200 000 tonnes, soit une augmentation par rapport aux 138 380 tonnes reçues en 2010; l'installation de valorisation énergétique des déchets de Burnaby devait recevoir suffisamment de déchets pour fonctionner à pleine capacité; et le site d'enfouissement de Cache Creek devait recevoir le reste des déchets.

[16] En fin de compte, la quantité totale de déchets transportés par Wastech en 2011 a été de 609 340 tonnes, soit approximativement 8 pour 100 de moins qu'en 2010. Le site d'enfouissement de Cache Creek a reçu 273 018 tonnes, soit approximativement 31 pour 100 de moins qu'en 2010. Le site d'enfouissement de Vancouver a reçu 187 428 tonnes, soit approximativement 36 pour 100 de plus qu'en 2010. Ces totaux sont le résultat d'une décision délibérée de Metro d'envoyer au site d'enfouissement de Vancouver une partie des déchets qui devaient être transportés à celui de Cache Creek.

[17] À la suite de la nouvelle répartition des déchets, et avant les paiements de rajustement, Wastech fonctionnait à perte, son ratio d'exploitation étant de 1,045. Toutefois, si l'on tient compte des paiements de rajustement prévus à l'art. 14.19, Wastech réalisait un profit, atteignant un ratio d'exploitation de 0,960. Comme je l'ai mentionné précédemment, le paiement de rajustement visait à faire en sorte que les parties se partagent également les conséquences financières d'un écart par rapport au RE cible. Après avoir tenu compte de ce paiement, Wastech a donc enregistré un bénéfice d'exploitation de 4 pour cent pour l'année, bien inférieur à son objectif de 11 pour cent.

[18] En vertu de l'art. 18.3 du contrat, Wastech a renvoyé le différend à l'arbitrage, alléguant que Metro avait violé le contrat en répartissant les déchets parmi les installations pour 2011 d'une manière qui privait Wastech de la possibilité d'atteindre le RE cible cette année-là. Wastech a réclamé des dommages-intérêts compensatoires de 2 888 162 \$, ce qui, selon elle, représentait le montant additionnel qu'elle aurait gagné en 2011 si la répartition des déchets établie par Metro ne l'avait pas privée de la possibilité d'atteindre le RE cible.

III. Decisions Below

A. *The Arbitral Award — BCICAC Case No. DCA-1560, February 13, 2015 (Gerald W. Ghikas, Q.C.)*

[19] The arbitrator ruled in favour of Wastech.

[20] Wastech advanced two submissions. First, it argued that Metro’s reallocation of waste from the Cache Creek Landfill to the Vancouver Landfill in the 2011 operating year violated an implied term of the Contract based on the presumed intentions of the parties. The alleged implied term as formulated by Wastech before the arbitrator was complex. In substance, it would oblige the parties to reset retroactively various rates and payments in the event that Metro reallocated waste in a manner that made it impossible for Wastech to achieve the Target OR in the immediately preceding operating year.

[21] In the alternative, Wastech submitted that Metro’s discretionary power to allocate waste between the facilities was subject to a duty of good faith such that it could not be exercised in a way that would deprive Wastech of the opportunity to achieve the Target OR.

[22] The arbitrator declined to find that the term proposed by Wastech was implied because it was not obvious that the parties would have agreed to it. On the contrary, the arbitrator found that the parties made a decision not to include a term in the Contract “dealing with the subject-matter of the term” that Wastech submitted was implied (Award, at para. 74).

[23] Nevertheless, the arbitrator felt that this did not preclude him from considering whether Metro’s discretionary power under the Contract was constrained by a duty of good faith. On this point, he agreed with Wastech that a duty of good faith applied, that Metro had breached that duty, and that Wastech was therefore entitled to compensation.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *La sentence arbitrale — n° de dossier DCA-1560 du BCICAC, 13 février 2015 (Gerald W. Ghikas, c.r.)*

[19] L’arbitre a jugé en faveur de Wastech.

[20] Wastech a présenté deux observations. Premièrement, elle a soutenu que la décision de Metro d’envoyer au site d’enfouissement de Vancouver des déchets qui devaient être envoyés à celui de Cache Creek en 2011 constituait une violation d’une condition implicite du contrat fondée sur les intentions présumées des parties. La condition implicite alléguée, telle qu’elle a été formulée par Wastech devant l’arbitre, était complexe. Essentiellement, elle aurait obligé les parties à rétablir rétroactivement divers taux et paiements dans le cas où Metro décidait de modifier la répartition des déchets d’une manière qui aurait rendu impossible pour Wastech d’atteindre le RE cible au cours de l’année d’exploitation précédente.

[21] Subsidiairement, Wastech a fait valoir que le pouvoir discrétionnaire de Metro relatif à la répartition des déchets entre les installations était assujéti à une obligation d’agir de bonne foi, de sorte qu’il ne pouvait être exercé d’une manière susceptible de priver Wastech de la possibilité d’atteindre le RE cible.

[22] L’arbitre a refusé de conclure que la condition proposée par Wastech était implicite parce qu’il n’était pas évident que les parties y auraient consenti. Au contraire, l’arbitre a jugé que les parties avaient pris la décision de ne pas inclure au contrat une clause [TRADUCTION] « traitant du sujet de la condition » que Wastech disait être implicite (sentence arbitrale, par. 74).

[23] Néanmoins, l’arbitre était d’avis que cela ne l’empêchait pas de se demander si le pouvoir discrétionnaire que le contrat conférait à Metro était limité par une obligation d’agir de bonne foi. Sur ce point, il était d’accord avec Wastech pour dire qu’une obligation d’agir de bonne foi s’appliquait, que Metro avait manqué à cette obligation et que Wastech avait donc droit à une indemnisation.

[24] The arbitrator began by reviewing this Court’s judgment in *Bhasin*. He observed that where a contract expressly confers a discretionary power on a party, courts have held that the power must be exercised in good faith. Since the Contract was a long-term, relational agreement dependent upon an element of trust and confidence between Wastech and Metro, the arbitrator held that the “existing doctrines” of good faith required Metro to have “‘appropriate regard’ for the legitimate contractual interests of Wastech when exercising its discretionary contractual power” to allocate waste (para. 85).

[25] Turning to the evidence before him, the arbitrator accepted that Metro’s reallocation of waste away from the Cache Creek Landfill for 2011 was “guided by the objectives of maximizing the [Burnaby Facility’s] efficiency, preserving remaining site capacity at the [Cache Creek Landfill], and operating the system in the most cost-effective manner” (para. 87). In addition, prior to the reallocation of waste, Metro’s financial position had suffered as a result of declining volumes of waste. Based on this evidence, the arbitrator found that Metro’s reallocation decision “was made in furtherance of its own business objectives” and that, “[i]f viewed only from Metro’s perspective and without regard to the interests of Wastech, Metro’s conduct was both honest and reasonable” (para. 88).

[26] In the arbitrator’s view, it still remained to be determined whether Metro had “appropriate regard” to Wastech’s interests under the Contract. This was the key question because “[t]he focus of the organizing principle stated in *Bhasin* is on conduct that does not show ‘appropriate regard’ for the ‘legitimate expectations’ of the other party as to how the contract will be performed” (para. 90). He wrote that, according to *Bhasin*, the exercise of a “bargained-for contractual right [is] ‘dishonest’ where it is wholly at odds with the legitimate contractual expectations of the other party”, and that no additional form of

[24] L’arbitre a commencé par examiner le jugement rendu par la Cour dans l’arrêt *Bhasin*. Il a souligné que les tribunaux ont conclu que, dans le cas où un contrat confère expressément un pouvoir discrétionnaire à une partie, celui-ci doit être exercé de bonne foi. Comme le contrat était un accord relationnel à long terme qui reposait sur la confiance entre Wastech et Metro, l’arbitre a conclu que les [TRADUCTION] « règles existantes » de la bonne foi obligeaient Metro à « “prendre en compte comme il se doit” les intérêts contractuels légitimes de Wastech dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire contractuel » relatif à la répartition des déchets (par. 85).

[25] En ce qui concerne la preuve qui lui a été soumise, l’arbitre a accepté que la décision de Metro d’envoyer ailleurs des déchets qui devaient être envoyés au site d’enfouissement de Cache Creek en 2011 était [TRADUCTION] « guidée par les objectifs d’optimisation de l’efficacité [de l’installation de Burnaby], de préservation de la capacité restante du site [d’enfouissement de Cache Creek] et d’exploitation du système de la manière la plus rentable possible » (par. 87). En outre, avant que la répartition des déchets soit modifiée, la situation financière de Metro s’était détériorée en raison du déclin des volumes de déchets. Se fondant sur ces éléments de preuve, l’arbitre a conclu que Metro avait pris sa décision relative à la répartition des déchets « en vue d’atteindre ses propres objectifs opérationnels » et que, « [s]i l’on examinait la situation du point de vue de Metro uniquement et sans tenir compte des intérêts de Wastech, la conduite de Metro était honnête et raisonnable » (par. 88).

[26] Selon l’arbitre, il restait encore à établir si Metro avait [TRADUCTION] « pris en compte comme il se doit » les intérêts de Wastech dans le cadre du contrat. Il s’agissait là de la question principale, car « [l]e principe directeur énoncé dans l’arrêt *Bhasin* est axé sur une conduite dans le cadre de laquelle une partie ne “prend [pas] en compte comme il se doit” les “attentes légitimes” de l’autre partie en ce qui concerne l’exécution du contrat » (par. 90). Il a mentionné que, selon l’arrêt *Bhasin*, l’exercice d’un « droit contractuel négocié [est] “malhonnête” lorsqu’il est totalement incompatible avec les attentes

dishonesty, such as “half-truths, lies or deceit”, need be shown (para. 90).

[27] The arbitrator found that Metro’s exercise of its discretionary power made it “not possible” for Wastech to achieve the Target OR (para. 89). He also found that Wastech had a legitimate contractual expectation that Metro would not exercise its power in a way that would deprive Wastech of the opportunity to achieve the Target OR (para. 92). Furthermore, the arbitrator wrote that having the opportunity to achieve the Target OR in every year of the Contract was “the fundamental benefit for which Wastech bargained” (para. 94). Noting that courts have often required evidence that a party’s conduct “gutted” or eviscerated the contract, or deprived the other contracting party of all or substantially all of the benefit for which it bargained, the arbitrator said it was not necessary for Wastech to provide such evidence because “the over-arching principle stated in *Bhasin* does not include such a requirement” (para. 93).

[28] Based on this reasoning, the arbitrator held that “Metro’s conduct show[ed] a lack of appropriate regard for Wastech’s legitimate expectations” that was sufficient to justify finding a breach of a duty of good faith (para. 94). However, the arbitrator clarified that the breach occurred not in the reallocation decision itself, but rather in Metro’s failure to compensate Wastech for its lost opportunity to achieve the Target OR (para. 95).

B. *Supreme Court of British Columbia — Leave Decision, 2016 BCSC 68, 409 D.L.R. (4th) 9 (Fitzpatrick J.)*

[29] Metro petitioned for leave to appeal the arbitrator’s award under s. 31 of the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 [rep. & sub. 2020, c. 2, s. 72],

contractuelles légitimes de l’autre partie », et qu’il n’est pas nécessaire de démontrer une autre forme de malhonnêteté, comme « une demi-vérité, un mensonge ou une tromperie » (par. 90).

[27] L’arbitre a conclu que l’exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire avait rendu [TRADUCTION] « impossible » pour Wastech d’atteindre le RE cible (par. 89). Il a aussi jugé que Wastech avait une attente contractuelle légitime que Metro n’exerce pas son pouvoir de manière à la priver de la possibilité d’atteindre le RE cible (par. 92). Par ailleurs, l’arbitre a mentionné que le fait d’avoir cette possibilité d’atteindre le RE cible chaque année du contrat était « l’avantage fondamental que Wastech avait négocié » (par. 94). Soulignant le fait que les tribunaux exigent souvent une preuve que la conduite d’une partie a « dépouillé » ou vidé le contrat de son sens, ou a privé l’autre partie contractante de la totalité ou de la quasi-totalité des avantages qu’elle avait négociés, l’arbitre a mentionné qu’il n’était pas nécessaire que Wastech fournisse de tels éléments de preuve, car « le principe fondamental énoncé dans l’arrêt *Bhasin* ne comprend pas une telle exigence » (par. 93).

[28] À partir de ce raisonnement, l’arbitre a conclu que [TRADUCTION] « la conduite de Metro démontr[ait] que les attentes légitimes de Wastech n’avaient pas été prises en compte comme il se doit » et que cela suffisait à justifier une conclusion de manquement à l’obligation d’agir de bonne foi (par. 94). Cependant, l’arbitre a précisé que le manquement s’était produit non pas en lien avec la décision de modifier la répartition des déchets en tant que telle, mais plutôt en lien avec le fait que Metro n’a pas indemnisé Wastech pour la perte de la possibilité d’atteindre le RE cible (par. 95).

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — Décision relative à la demande d’autorisation, 2016 BCSC 68, 409 D.L.R. (4th) 9 (la juge Fitzpatrick)*

[29] Metro a demandé l’autorisation d’interjeter appel de la décision de l’arbitre en vertu de l’art. 31 de l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 [abr. et

and was granted leave to appeal upon the following questions of law:

1. Did the Arbitrator err in law in failing to apply proper principles in holding that the exercise of a bargained-for right could be “dishonest” and an act undertaken in bad faith simply because it was wholly at odds with the expectations of the counter-party, which expectations were not embodied in the contract?

2. Did the Arbitrator err in law by confusing the “organizing principle” stated in *Bhasin* with a free-standing obligation of contractual good faith, disregarding the applicable principles of good faith as found in the authorities? [para. 40]

C. *Court of Appeal for British Columbia — Leave Decision, 2016 BCCA 393, 409 D.L.R. (4th) 4 (Frankel, MacKenzie and Fenlon J.J.A.)*

[30] Wastech appealed the order granting Metro leave to appeal. In brief oral reasons, the Court of Appeal unanimously dismissed Wastech’s appeal.

D. *Supreme Court of British Columbia — Appeal Decision, 2018 BCSC 605 (McEwan J.)*

[31] The chambers judge hearing the merits of Metro’s appeal set aside the arbitrator’s award, awarded costs of the appeal to Metro, and remitted the issue of costs of the arbitration to the arbitrator.

[32] The chambers judge rejected Wastech’s argument that “objectively reasonable constraints on the exercise of Metro’s discretion must be imposed” based on the requirement that Metro had to show “appropriate regard” for Wastech’s interests (paras. 23 and 41 (CanLII)).

[33] In the chambers judge’s view, the imposition of a duty to have appropriate regard for the interests

rempl. 2020, c. 2, art. 72], et sa demande a été accueillie à l’égard des questions de droit suivantes :

[TRADUCTION]

1. L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en omettant d’appliquer les principes appropriés lorsqu’il a jugé que l’exercice par une partie d’un droit négocié pouvait être [TRADUCTION] « malhonnête » et constituer un acte de mauvaise foi simplement parce qu’il était totalement incompatible avec les attentes de l’autre partie contractante, lesquelles n’étaient pas énoncées dans le contrat?

2. L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en confondant le « principe directeur » énoncé dans l’arrêt *Bhasin* avec une obligation distincte de bonne foi contractuelle, omettant par le fait même de tenir compte des principes de bonne foi applicables tels qu’ils sont énoncés dans la jurisprudence? [par. 40]

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — Décision relative à la demande d’autorisation, 2016 BCCA 393, 409 D.L.R. (4th) 4 (les juges Frankel, MacKenzie et Fenlon)*

[30] Wastech a porté en appel l’ordonnance autorisant Metro à interjeter appel. Dans de brefs motifs oraux, la Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel de Wastech.

D. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — Décision d’appel, 2018 BCSC 605 (le juge McEwan)*

[31] Le juge siégeant en cabinet qui a instruit l’appel de Metro sur le fond a annulé la décision de l’arbitre, adjugé les dépens de l’appel à Metro et renvoyé à l’arbitre la question des frais de l’arbitrage.

[32] Le juge siégeant en cabinet a rejeté l’argument de Wastech selon lequel [TRADUCTION] « des contraintes objectivement raisonnables doivent être imposées à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro » parce que cette dernière était tenue de « prendre en compte comme il se doit » les intérêts de Wastech (par. 23 et 41 (CanLII)).

[33] Selon le juge siégeant en cabinet, l’imposition d’une obligation de prendre en compte comme il se

of another contracting party must be based on the terms of the contract itself. In this case, the parties considered and deliberately rejected a term constraining the exercise of Metro’s discretionary power to allocate waste. He wrote: “This was a case of sophisticated parties leaving aside a term that might have addressed the problem”, rather than an instance of overlooking or failing to consider a provision. For the chambers judge, this alone “negate[d] the approach taken by the Arbitrator” (para. 57).

[34] Recalling that *Bhasin* explicitly recognized that a party may sometimes cause loss to another in the legitimate pursuit of economic self-interest, the chambers judge also held that the arbitrator had effectively ignored the terms of the Contract in finding that Metro’s conduct was “dishonest” only because it was “at odds” with Wastech’s legitimate contractual expectations (paras. 60-62). At the end of the day, he found it difficult to “see how the principle of good faith [could] be applied to [the Contract] in light of the actual circumstances in which the [Contract] was developed” (para. 61). He therefore allowed Metro’s appeal.

E. *Court of Appeal for British Columbia — Appeal Decision, 2019 BCCA 66, 19 B.C.L.R. (6th) 217 (Newbury, Stromberg-Stein and Fisher J.J.A.)*

[35] Wastech appealed the chambers judge’s order. In reasons written by Newbury J.A., the Court of Appeal unanimously dismissed the appeal, with costs of the appeal awarded to Metro.

[36] Newbury J.A. began her analysis by noting that the chambers judge did not clearly answer the two questions of law before him. Accordingly, she considered the two questions afresh (paras. 63-65). In answering each of them affirmatively, the Court

doit les intérêts d’une autre partie contractante doit être fondée sur les conditions du contrat en tant que tel. En l’espèce, les parties ont envisagé et délibérément rejeté l’inclusion d’une condition limitant l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro relatif à la répartition des déchets. Il a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Il s’agit d’un cas où des parties bien informées ont laissé de côté une condition qui aurait pu régler le problème », plutôt que d’un cas où elles ont fait abstraction d’une disposition du contrat ou ont omis de la prendre en compte. Pour le juge siégeant en cabinet, ce point à lui seul [TRADUCTION] « invali[dait] l’approche adoptée par l’arbitre » (par. 57).

[34] Rappelant que la Cour dans l’arrêt *Bhasin* a explicitement reconnu qu’une partie peut parfois causer une perte à une autre partie dans la poursuite légitime d’intérêts économiques personnels, le juge siégeant en cabinet a aussi conclu que l’arbitre avait effectivement fait fi des conditions du contrat en concluant que la conduite de Metro était [TRADUCTION] « malhonnête » seulement parce qu’elle était « incompatible » avec les attentes contractuelles légitimes de Wastech (par. 60-62). En fin de compte, il a jugé qu’il était difficile de [TRADUCTION] « voir comment le principe de bonne foi [pouvait] être appliqué au [contrat] compte tenu des circonstances dans lesquelles [celui-ci] a été établi » (par. 61). Il a donc accueilli l’appel de Metro.

E. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — Décision d’appel, 2019 BCCA 66, 19 B.C.L.R. (6th) 217 (les juges Newbury, Stromberg-Stein et Fisher)*

[35] Wastech a interjeté appel de l’ordonnance rendue par le juge siégeant en cabinet. Dans les motifs rédigés par la juge Newbury, la Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel et adjugé les dépens à Metro.

[36] La juge Newbury a commencé son analyse en faisant remarquer que le juge siégeant en cabinet n’avait pas clairement répondu aux deux questions de droit dont il était saisi. En conséquence, elle a examiné les deux questions de nouveau (par. 63-65).

of Appeal identified four errors of law committed by the arbitrator.

[37] First, the Court of Appeal held that the arbitrator applied the wrong legal test for determining whether Metro’s conduct nullified the benefits that Wastech reasonably expected to obtain from the Contract. Specifically, he failed to ascertain Wastech’s legitimate contractual interests or expectations by reference to the terms of the Contract itself (para. 68).

[38] Second, the arbitrator erred in concluding that his rejection of Wastech’s proposed implied term did not “add anything” to his good faith analysis when, as a matter of law, it “substantially took away from” Wastech’s arguments in support of a breach of a duty of good faith (para. 69 (emphasis deleted); Award, at para. 91).

[39] Third, the Court of Appeal held that the arbitrator erred in deciding that it was unnecessary to determine whether Metro’s conduct had nullified or eviscerated the Contract in order to conclude that Metro had breached a duty of good faith (para. 70). That conclusion effectively created, contrary to what this Court wrote in *Bhasin*, a stand-alone duty not to show “disregard of [the other party’s] contractual interests” (para. 70). Relying on *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, the Court of Appeal held that such a conclusion would constitute a “radical extension of the law” (para. 70).

[40] Finally, Newbury J.A. wrote that the arbitrator was wrong to hold that “dishonesty” included the exercise of contractual rights in a manner that is wholly at odds with the legitimate contractual expectations of the other party. In *Bhasin*, Cromwell J. was “concerned substantially with conduct that has at least a subjective element of improper motive or dishonesty” (C.A. reasons, at para. 71). Some subjective

Répondant à chacune par l’affirmative, la Cour d’appel a relevé quatre erreurs de droit commises par l’arbitre.

[37] Premièrement, la Cour d’appel a conclu que l’arbitre avait appliqué le mauvais critère juridique pour établir si la conduite de Metro annulait les avantages que Wastech pouvait raisonnablement s’attendre à obtenir dans le cadre du contrat. Plus précisément, il n’avait pas vérifié quels étaient les attentes ou les intérêts contractuels légitimes de Wastech selon les conditions du contrat lui-même (par. 68).

[38] Deuxièmement, l’arbitre a commis une erreur en concluant que son rejet de la condition implicite proposée par Wastech [TRADUCTION] « n’ajoutait rien » à son analyse de la bonne foi alors qu’en droit, il « amputait une grande partie » des arguments de Wastech à l’appui de l’existence d’un manquement à l’obligation d’agir de bonne foi (par. 69 (italiques omis); sentence arbitrale, par. 91).

[39] Troisièmement, la Cour d’appel a conclu que l’arbitre avait commis une erreur en jugeant qu’il n’était pas nécessaire d’établir si la conduite de Metro avait eu pour effet d’annuler le contrat ou de le vider de son sens pour conclure que Metro avait manqué à une obligation d’agir de bonne foi (par. 70). Cette conclusion créait effectivement, contrairement à ce que la Cour a affirmé dans l’arrêt *Bhasin*, une obligation distincte de ne pas [TRADUCTION] « omettre de prendre en compte les intérêts contractuels [de l’autre partie] » (par. 70). Se fondant sur l’arrêt *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, la Cour d’appel a conclu qu’une telle conclusion constituerait un [TRADUCTION] « élargissement radical du droit » (par. 70).

[40] Quatrièmement, la juge Newbury a écrit que l’arbitre avait eu tort de conclure que la [TRADUCTION] « malhonnêteté » comprenait l’exercice de droits contractuels d’une manière totalement incompatible avec les attentes contractuelles légitimes de l’autre partie. Dans l’arrêt *Bhasin*, l’analyse du juge Cromwell visait [TRADUCTION] « essentiellement une conduite comportant au moins un élément subjectif

element of dishonesty, untruthfulness, improper motive, or “bad faith” is therefore necessary to attribute dishonesty to a party and find a breach of a duty of good faith. This could include conduct so reckless that contractual performance is inexplicable and incomprehensible to the point that it can be regarded as an “abuse of power, having regard to the purposes for which it [was] meant to be exercised” (para. 71, quoting *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 39).

[41] In light of the arbitrator’s errors, the Court of Appeal dismissed Wastech’s appeal, concluding that the chambers judge was correct to allow Metro’s appeal. However, it also noted that its conclusions would have been the same had it applied a standard of reasonableness, rather than correctness, in reviewing the arbitrator’s award (para. 74).

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[42] The parties raise preliminary issues relating to the standard of review applicable on appeal from a commercial arbitration award and the proper character of the questions of law on appeal in this particular case.

[43] Wastech submits, first, that the Court of Appeal erred in reviewing the arbitrator’s finding of a breach of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith. Relying on s. 31 of the *Arbitration Act* and the judgments of this Court in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, and *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, Wastech says that appeals from commercial arbitration awards are confined to extricable questions of law and that, here, Metro has failed to demonstrate a proper legal basis to set aside the award. Matters of contractual interpretation raise, both generally and in this case, questions of mixed fact and law, says Wastech and, as such, they are not

de motif illégitime ou de malhonnêteté » (motifs de la C.A., par. 71). Un certain élément subjectif de malhonnêteté, de mensonge, de motif illégitime ou de « mauvaise foi » est donc nécessaire pour juger qu’une partie est malhonnête et pour conclure à un manquement à l’obligation d’agir de bonne foi. Cela pourrait inclure une conduite tellement insouciant que l’exécution du contrat est inexplicable et incompréhensible, à un point tel qu’elle peut être considérée comme [TRADUCTION] « un véritable abus de pouvoir par rapport à ses fins » (par. 71, citant *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 39).

[41] Compte tenu des erreurs commises par l’arbitre, la Cour d’appel a rejeté l’appel de Wastech, concluant que le juge siégeant en cabinet avait eu raison d’accueillir l’appel de Metro. Cependant, elle a aussi noté que ses conclusions auraient été les mêmes si elle avait appliqué la norme de la décision raisonnable, plutôt que celle de la décision correcte, pour contrôler la décision de l’arbitre (par. 74).

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[42] Les parties soulèvent des questions préliminaires concernant la norme de contrôle applicable aux appels des sentences arbitrales commerciales et la nature véritable des questions de droit en appel dans le cas présent.

[43] Wastech soutient d’abord que la Cour d’appel a commis une erreur dans son examen de la conclusion de l’arbitre concernant l’existence d’un manquement à l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi. Invoquant l’art. 31 de l’*Arbitration Act* et les jugements rendus par la Cour dans les arrêts *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688, Wastech affirme que les appels interjetés contre les sentences arbitrales commerciales se limitent aux questions de droit isolables et que, en l’espèce, Metro n’a démontré aucun fondement juridique justifiant l’annulation de la sentence arbitrale. Wastech affirme

reviewable on appeal. Second, Wastech submits that the questions of law relevant in this case, as decided by the arbitrator, are subject to review on the reasonableness standard. Nevertheless, Wastech also says the arbitrator committed no reviewable errors even on a correctness standard.

[44] Metro answers by noting that the Court of Appeal considered *Sattva* and *Teal Cedar* fully and was aware of the limited scope of appeals in commercial arbitration. The court rightly confirmed that the questions raised here are questions of law reviewable on the correctness standard. Here, says Metro, the questions upon which leave was granted relate to the content of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith and the arbitrator's error in stating the legal test, which are plainly questions of law. Metro further submits that even if the applicable standard is reasonableness, the arbitrator's award was unreasonable and cannot stand.

[45] This Court has indeed held that the standard of review applicable in appeals under s. 31 of the *Arbitration Act* is reasonableness, unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or those questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise (*Sattva*, at paras. 102-6; *Teal Cedar*, at paras. 74-76). I am mindful, however, that this Court's judgment in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, which was released shortly after this appeal was heard, set out a revised framework for determining the standard of review a court should apply when reviewing the merits of an administrative decision. I note that *Vavilov* does not advert either to *Teal Cedar* or *Sattva*, decisions which emphasize that deference serves the

que les questions d'interprétation contractuelle soulèvent, autant en général que dans le cas qui nous occupe, des questions mixtes de fait et de droit et que par conséquent, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une révision en appel. Ensuite, Wastech soutient que les questions de droit qui sont pertinentes dans la présente affaire, comme les a tranchées l'arbitre, sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Néanmoins, Wastech affirme également que l'arbitre n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision, même selon la norme de la décision correcte.

[44] Metro répond en faisant observer que la Cour d'appel a examiné attentivement les arrêts *Sattva* et *Teal Cedar* et a tenu compte de la portée limitée des appels dans les cas d'arbitrage commercial. La cour a confirmé à juste titre que les questions soulevées en l'espèce sont des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Metro affirme que dans la présente affaire, les questions pour lesquelles l'autorisation d'interjeter appel a été accordée sont liées à la teneur de l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi et à l'erreur commise par l'arbitre lorsqu'il a établi le critère juridique applicable, qui sont manifestement des questions de droit. Metro soutient également que même si la norme applicable est celle de la décision raisonnable, la décision de l'arbitre était déraisonnable et ne peut être maintenue.

[45] La Cour a effectivement conclu que la norme de contrôle applicable dans les appels interjetés en vertu de l'art. 31 de l'*Arbitration Act* 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 de l'arbitre (*Sattva*, par. 102-106; *Teal Cedar*, par. 74-76). Je suis cependant conscient du fait que le jugement rendu par la Cour dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, publié peu après l'instruction du présent pourvoi, établit un cadre d'analyse révisé servant à déterminer la norme de contrôle qu'une cour de

particular objectives of commercial arbitration (see *Sattva*, at para. 104; *Teal Cedar*, at paras. 81-83).

[46] In these circumstances, I would leave for another day consideration of the effect, if any, of *Vavilov* on the standard of review principles articulated in *Sattva* and *Teal Cedar*. We have not had the benefit of submissions on that question, nor do we have the assistance of reasons on point from the courts below. Moreover, the parties here agree, rightly in my view, that the outcome of this appeal does not depend on the identification of the proper standard of review. Thus, although this Court would ordinarily be called upon to determine whether the Court of Appeal identified the correct standard of review and applied it properly, in this case it is unnecessary to decide whether the standard is correctness or reasonableness (see *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paras. 45-47). On either standard, the arbitrator's award cannot stand. Respectfully stated, the fact that I do not pursue discussion of this particular point raised in the opinion of my colleagues should not be understood as my agreeing with their view (see, similarly, *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at para. 15).

[47] I also agree with Metro that Wastech cannot, at this stage, challenge the questions on which the award was granted. After all, it did not appeal the Court of Appeal's leave to appeal decision, where it had unsuccessfully argued that the order granting Metro leave to appeal should be overturned on the principal ground that the issues raised were questions of mixed fact and law. Nevertheless, I respectfully agree with the Attorney General of British Columbia's submission that, in granting leave to appeal, leave courts should ensure that the questions

justice devrait appliquer lorsqu'elle se penche sur le fond d'une décision administrative. Je note que l'arrêt *Vavilov* ne fait pas référence aux arrêts *Teal Cedar* et *Sattva*, décisions où il est souligné que la déférence répond aux objectifs particuliers de l'arbitrage commercial (voir *Sattva*, par. 104; *Teal Cedar*, par. 81-83).

[46] Dans ces circonstances, je remettrais à plus tard l'examen de l'effet, le cas échéant, de l'arrêt *Vavilov* sur les principes relatifs à la norme de contrôle énoncés dans les arrêts *Sattva* et *Teal Cedar*. Nous n'avons pas eu l'occasion de recevoir des observations sur cette question, et nous ne pouvons pas non plus avoir recours aux motifs des instances inférieures sur ce point. De plus, les parties en l'espèce conviennent, à juste titre selon moi, que l'issue du présent pourvoi ne dépend pas de la détermination de la bonne norme de contrôle. Par conséquent, bien que notre Cour soit normalement appelée à trancher si la Cour d'appel a choisi la bonne norme de contrôle et l'a appliquée correctement, il est inutile dans le cas qui nous occupe de décider si la norme applicable est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable (voir *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 45-47). Que l'on applique l'une ou l'autre de ces normes, la décision de l'arbitre ne peut être maintenue. Soit dit en tout respect, le fait que je ne poursuis pas la discussion sur ce point précis soulevé dans l'opinion de mes collègues ne devrait pas être interprété comme un acquiescement à leur avis (voir, de façon similaire, *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général), c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 15).

[47] Je suis également d'accord avec Metro pour affirmer que, à cette étape-ci, Wastech ne peut pas contester les questions à l'égard desquelles la sentence arbitrale a été rendue. Après tout, elle n'a pas interjeté appel de la décision de la Cour d'appel sur la demande d'autorisation, dans le cadre de laquelle elle avait fait valoir sans succès que l'ordonnance autorisant Metro à interjeter appel devrait être infirmée pour le principal motif que les questions soulevées étaient des questions mixtes de fait et de droit. Néanmoins, je souscris en tout respect à l'opinion

of law upon which leave is granted are simply and precisely stated to prosecute the appeal efficiently. In this case, the complicated formulation of the first question of law, in particular, made it difficult for the courts below to provide a direct and effective answer.

B. *Good Faith*

[48] Wastech submits that the courts below erred in overturning the arbitrator’s determination that Metro breached a duty of good faith, specifically one that constrained the manner in which Metro could exercise its discretionary power to allocate waste amongst the various disposal facilities. The arbitrator was right, says Wastech, that Metro failed to show appropriate regard to Wastech’s “legitimate contractual expectations”, as understood in *Bhasin*, and therefore breached the Contract.

[49] To this end, Wastech invokes the organizing principle of good faith recognized by this Court in *Bhasin* — that “parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily” (para. 63). This exemplifies, says Wastech, the notion that, “in carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner” (*Bhasin*, at para. 65).

[50] Wastech disagrees with the Court of Appeal’s conclusion that the arbitrator erred by effectively creating a free-standing obligation not to show “disregard of [the other party’s] contractual interests”, which the Court of Appeal considered to be a “radical extension of the law” (para. 70). Wastech acknowledges that the organizing principle is not a “stand alone” or “free-standing” obligation to have appropriate regard to the contracting party’s interests when performing a contract. Wastech submits,

du procureur général de la Colombie-Britannique selon laquelle, lorsqu’ils accordent l’autorisation d’interjeter appel, les tribunaux devraient s’assurer que les questions de droit à l’égard desquelles l’autorisation est accordée sont énoncées de façon simple et précise en vue d’une instruction efficace de l’appel. En l’espèce, la formulation complexe de la première question de droit, en particulier, a rendu difficile pour les instances inférieures de fournir une réponse directe et efficace.

B. *Bonne foi*

[48] Wastech soutient que les tribunaux d’instances inférieures ont commis une erreur en annulant la conclusion de l’arbitre selon laquelle Metro avait manqué à une obligation d’agir de bonne foi, plus précisément une obligation qui limitait la façon dont Metro pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets entre les diverses installations. Elle affirme que l’arbitre a eu raison de conclure que Metro avait omis de prendre en compte comme il se doit les « attentes contractuelles légitimes » de Wastech, au sens où on l’entend dans l’arrêt *Bhasin*, et qu’elle a donc violé le contrat.

[49] À cette fin, Wastech invoque le principe directeur de bonne foi reconnu par notre Cour dans l’arrêt *Bhasin* — selon lequel « les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire » (par. 63). Selon Wastech, cela illustre le concept selon lequel « la partie contractante, lorsqu’elle exécute ses obligations contractuelles, devrait prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel » (*Bhasin*, par. 65).

[50] Wastech ne souscrit pas à la conclusion de la Cour d’appel voulant que l’arbitre ait commis une erreur en créant dans les faits une obligation distincte de ne pas [TRADUCTION] « omettre de prendre en compte les intérêts contractuels [de l’autre partie] », ce que la Cour d’appel a considéré comme un « élargissement radical du droit » (par. 70). Wastech reconnaît que le principe directeur n’est pas une obligation « distincte » ou « autonome » de prendre en compte comme il se doit les intérêts de la partie

however, that the arbitrator correctly held that a specific manifestation of the organizing principle of good faith applies in this case, and that Metro failed to abide by the constraints imposed on its exercise of discretion by that existing doctrine.

[51] Wastech is certainly not mistaken in saying that the organizing principle of good faith performance provides a standard from which more specific legal doctrines may be derived (*Bhasin*, at para. 64). Generally, claims of breach of good faith will not succeed if they do not fall within an “existing doctrin[e]” of good faith, although the existing doctrines “overlap to some extent” and all derive from the same organizing principle (*Bhasin*, at paras. 48 and 66). Furthermore, the list of existing doctrines is not closed and may be developed incrementally where the existing law is found wanting. But such developments should be consistent with the structure of the common law of contracts and give due weight to the importance of private ordering through agreements as well as certainty in commercial affairs (*Bhasin*, at para. 66).

[52] While Wastech is correct to observe that the organizing principle of good faith rests, in part, on the notion that contracting parties should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of their contracting partner, the governing principles of the existing doctrines define the “highly context-specific” meaning of “appropriate consideration” and “legitimate interests” in the particular situations and relationships in which good faith obligations have heretofore been recognized (*Bhasin*, at para. 69). Careful reference to the specific doctrine at issue in each case is critical because, as Metro rightly notes, “it is no test for the content of the duty of good faith to say that one has to have appropriate regard for the legitimate contractual interests of the counterparty — because appropriate regard is a broad phrase that covers a variety of different levels of conduct depending on the circumstances” (R.F., at para. 47). Importantly, whatever variation may come with context, a contracting party — unlike a fiduciary — typically is not required to serve the

contractante lors de l’exécution d’un contrat. Elle soutient toutefois que l’arbitre a conclu à juste titre qu’une manifestation précise du principe directeur de bonne foi s’applique en l’espèce, et que Metro n’a pas respecté les contraintes qu’impose ce principe à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[51] Wastech n’a certainement pas tort d’affirmer que le principe directeur de l’exécution de bonne foi prévoit une norme « dont il est possible de tirer des règles de droit plus particulières » (*Bhasin*, par. 64). De façon générale, la notion de bonne foi ne sera pas retenue si elle ne cadre pas avec la « règle[e] existant[e] » de bonne foi, même si ces règles « se chevauchent dans une certaine mesure » et sont toutes tirées du même principe directeur (*Bhasin*, par. 48 et 66). Par ailleurs, la liste des règles existantes n’est pas exhaustive et peut être élargie graduellement lorsque les règles de droit existantes sont jugées insuffisantes. Toutefois, un tel élargissement devrait être compatible avec la structure du droit des contrats en common law et reconnaître toute son importance au choix personnel fait au moyen d’accords ainsi qu’à la stabilité dans les affaires commerciales (*Bhasin*, par. 66).

[52] Bien que Wastech ait raison de constater que le principe directeur de bonne foi repose, en partie, sur la notion selon laquelle les parties contractantes doivent prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de leur partenaire contractuel, les principes régissant les règles existantes définissent la signification « hautement contextuelle » des expressions « tenir compte comme il se doit » et « intérêts légitimes » dans les situations et les relations particulières où des obligations d’agir de bonne foi ont été jusqu’alors reconnues (*Bhasin*, par. 69). Il est essentiel d’invoquer avec soin les règles précises en cause dans chaque cas, parce que, comme le mentionne Metro avec raison, [TRADUCTION] « le fait de dire qu’il faut prendre en compte comme il se doit les intérêts contractuels légitimes de l’autre partie ne constitue pas un test pour la teneur de l’obligation d’agir de bonne foi — car cette expression est large et vise une variété de niveaux de conduite selon les circonstances » (m.i., par. 47). Il importe de noter que, peu importe la variation selon le contexte,

contractual interests of the other party by duties of good faith performance.

[53] In my view, it has not been shown that Metro performed its obligations or executed its rights under the Contract in a manner contrary to the applicable requirements of good faith. It breached neither the duty of honest performance nor the duty to exercise discretion in good faith. Respectfully stated, the arbitrator's conclusion that Wastech had made out a contractual breach of a duty of good faith performance must be set aside.

(1) The Duty of Honest Performance

[54] Wastech and Metro agree that for a contractual discretionary power to be exercised in good faith, it cannot, at a minimum, be exercised dishonestly. These submissions are consistent with the jurisprudence of this Court. As explained in *Bhasin*, at paras. 73-75, and reaffirmed in *Callow*, at para. 53, the duty of honest performance, a distinct manifestation of the organizing principle of good faith, constrains the manner in which all contractual rights and obligations are exercised or performed, as a matter of contractual doctrine. This necessarily includes the exercise of contractual discretionary powers. To exercise a contractual discretionary power dishonestly within the meaning of *Bhasin* is a breach of contract.

[55] I hasten to say that the duty of honest performance, as contemplated in *Bhasin*, is not at issue here. Wastech does not allege that Metro lied or otherwise knowingly misled Wastech in respect of a matter directly linked to the performance of the Contract, including in the exercise of its discretionary power to allocate waste between the various disposal facilities. This brand of dishonesty is necessary to establish a breach of the duty of honest performance recognized in *Bhasin* and applied in *Callow*. Wastech expressly conceded before the arbitrator that the duty of honest performance in this precise sense is not at issue in this case (Award,

une partie contractante — contrairement à un fiduciaire — n'est habituellement pas tenue de servir les intérêts contractuels de l'autre partie par des obligations d'exécution de bonne foi.

[53] À mon avis, il n'a pas été démontré que Metro avait exécuté ses obligations ou exercé ses droits prévus au contrat d'une manière contraire aux exigences applicables de la bonne foi. Elle n'a pas manqué à l'obligation d'exécution honnête, ni à l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Soit dit en tout respect, la conclusion de l'arbitre portant que Wastech avait établi un manquement contractuel à une obligation d'exécution de bonne foi doit être écartée.

(1) L'obligation d'exécution honnête

[54] Wastech et Metro conviennent que pour qu'un pouvoir discrétionnaire contractuel soit exercé de bonne foi, il ne peut, à tout le moins, être exercé de façon malhonnête. Ces observations sont conformes à la jurisprudence de notre Cour. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Bhasin*, par. 73-75, et confirmé dans l'arrêt *Callow*, par. 53, l'obligation d'exécution honnête, une manifestation distincte du principe directeur de bonne foi, limite la manière dont tous les droits et obligations contractuels sont exercés ou exécutés, suivant la doctrine du droit des contrats. Cela inclut nécessairement l'exercice des pouvoirs discrétionnaires contractuels. Exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de façon malhonnête au sens où on l'entend dans l'arrêt *Bhasin* constitue une violation de contrat.

[55] Je m'empresse de dire que l'obligation d'exécution honnête, comme l'envisage notre Cour dans l'arrêt *Bhasin*, n'est pas en cause dans la présente affaire. Wastech n'allègue pas que Metro a menti ou l'a intentionnellement induite en erreur à l'égard d'une question directement liée à l'exécution du contrat, y compris dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets entre les diverses installations d'élimination. Cette forme de conduite malhonnête doit être présente pour établir un manquement à l'obligation d'exécution honnête reconnue dans l'arrêt *Bhasin* et appliquée dans l'arrêt *Callow*. Wastech a expressément concédé devant

at para. 82). Despite this concession, and despite his conclusion that, from its perspective, Metro's exercise of discretion was "honest", the arbitrator nevertheless held that evidence of "half-truths, lies or deceit" is not required to prove that a discretionary power has been exercised dishonestly (paras. 88 and 90). The exercise of a discretionary power can be "dishonest", he said, where it is "wholly at odds with the legitimate contractual expectations of the other party" (para. 90). The Court of Appeal held that the arbitrator erred on this point. In its view, some subjective element is required to establish dishonesty in the relevant sense (paras. 71-73).

[56] I agree generally with the Court of Appeal on this point. Here there is certainly no lie. There is not even an allegation of misrepresentation of the truth of any character. Given its concession that there is no issue of dishonesty on the facts of this case, Wastech does not contest the Court of Appeal's conclusion that dishonesty cannot be proven without some subjective element. The duty of honest performance set forth in *Bhasin* was not breached here. But that is not the end of Wastech's argument. Instead, Wastech submits that the arbitrator was correct in holding that a breach of good faith can still be proven even in the absence of a finding of dishonesty. In other words, Wastech submits that honesty is not the only constraint that good faith imposed on Metro's exercise of discretion. I turn next to a consideration of this point.

(2) The Duty to Exercise Contractual Discretion in Good Faith

[57] Pursuant to the framework set out in *Bhasin*, the arbitrator concluded that an existing doctrine obliged Metro to exercise its discretion in good faith. While not dispositive, Wastech and Metro agree with

l'arbitre que l'obligation d'exécution honnête en ce sens précis n'est pas en cause en l'espèce (sentence arbitrale, par. 82). Malgré cette concession, et malgré la conclusion de l'arbitre selon laquelle Metro a, de son point de vue, exercé son pouvoir discrétionnaire de manière [TRADUCTION] « honnête », celui-ci a néanmoins conclu qu'une preuve relative à « une demi-vérité, un mensonge ou une tromperie » n'était pas nécessaire pour prouver qu'un pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon malhonnête (par. 88 et 90). L'arbitre a affirmé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut être « malhonnête » lorsqu'il est [TRADUCTION] « totalement incompatible avec les attentes contractuelles légitimes de l'autre partie » (par. 90). La Cour d'appel a conclu que l'arbitre avait commis une erreur sur ce point. À son avis, un certain élément subjectif est requis pour établir qu'il y a eu malhonnêteté au sens où il faut l'entendre (par. 71-73).

[56] Je souscris de façon générale à l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Il n'y a assurément pas de mensonge dans le cas qui nous occupe. Il n'y a même pas d'allégation de fausse représentation de la vérité, de quelque nature que ce soit. Comme elle a concédé qu'il n'était pas question de malhonnêteté au vu des faits de l'espèce, Wastech ne conteste pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle on ne peut prouver qu'il y a eu malhonnêteté sans un certain élément subjectif. En l'espèce, il n'y a pas eu de manquement à l'obligation d'exécution honnête énoncée dans l'arrêt *Bhasin*, mais l'argument de Wastech ne s'arrête pas là; elle soutient plutôt que l'arbitre a eu raison de conclure qu'un manquement à l'obligation de bonne foi peut quand même être prouvé en l'absence d'une conclusion de malhonnêteté. Autrement dit, Wastech soutient que l'honnêteté n'est pas la seule contrainte qu'imposait la bonne foi au pouvoir discrétionnaire de Metro. J'examinerai maintenant ce point.

(2) L'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi

[57] Conformément au cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Bhasin*, l'arbitre a conclu qu'une doctrine existante obligeait Metro à exercer son pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Bien que cela ne soit pas

the arbitrator that an existing doctrine of good faith applies in this case which constrained the manner in which Metro could exercise its discretionary power under the Contract.

[58] I agree with the parties that the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith is well-established in the common law and note it was expressly recognized by Cromwell J. in his account of the organizing principle of good faith in *Bhasin* (paras. 47-48, 50 and 89, citing a number of authors including J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd 2012), at pp. 835-68; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at paras. 494-508). As Cromwell J. observed, the duty was applied by this Court in *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187 (*Bhasin*, at para. 50). It is not, therefore, a recent creation cut from whole cloth.

[59] It was not necessary in *Bhasin* to spell out the contours of this aspect of good faith performance of contracts. In this appeal, in order to answer Wastech's claim that the power to reallocate waste was used in a manner that failed to show appropriate regard for its interests, one must determine what constraints the duty to exercise discretion in good faith imposes on the holder of that discretion. This Court must then ask whether Metro failed to abide by those constraints, thereby breaching the Contract.

[60] In their submissions before this Court, the parties have marshalled an array of arguments in their efforts to identify the proper limits imposed by the duty to exercise discretion in good faith. Wastech's primary submission is that, under pre-*Bhasin* jurisprudence, the "governing" and "proper" standard for assessing whether Metro exercised its discretionary power to allocate waste in good faith is "reasonableness". Wastech submits that it would be unreasonable for a party to exercise its discretion "in such a way as to deny the other contractual party substantial benefits flowing to it which represent fundamental aspects of the parties' legitimate contractual expectations" (Appellant's Condensed Book, at p. 1). By depriving

déterminant, Wastech et Metro sont d'accord avec l'arbitre pour dire qu'une doctrine existante de bonne foi s'applique en l'espèce et limitait la façon dont Metro pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat.

[58] Je conviens avec les parties que l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi est bien établie en common law et je constate qu'elle a été expressément reconnue par le juge Cromwell lorsqu'il a énoncé le principe directeur de bonne foi dans l'arrêt *Bhasin* (par. 47-48, 50 et 89, citant plusieurs auteurs dont J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 835-868; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), par. 494-508). Comme l'a observé le juge Cromwell, la Cour a appliqué cette obligation dans l'arrêt *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187 (*Bhasin*, par. 50). Il ne s'agit donc pas d'une création récente sortie de nulle part.

[59] Il n'était pas nécessaire dans l'arrêt *Bhasin* de détailler la portée de cet aspect de l'exécution de bonne foi des contrats. Dans le présent pourvoi, afin de répondre à la prétention de Wastech suivant laquelle le pouvoir de répartir les déchets a été exercé d'une manière qui ne tenait pas compte comme il se doit de ses intérêts, il faut déterminer quelles contraintes impose l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi à son titulaire. La Cour doit ensuite se demander si Metro a omis de se conformer à ces contraintes, et a violé par le fait même le contrat.

[60] Dans les observations qu'elles ont présentées à la Cour, les parties ont rassemblé une gamme de moyens en vue de cerner les limites appropriées qu'impose l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi. L'observation principale de Wastech est que, selon la jurisprudence précédant l'arrêt *Bhasin*, la norme « directrice » et « appropriée » pour évaluer si Metro a exercé de bonne foi son pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets est celle de la « raisonabilité ». Wastech soutient qu'il serait déraisonnable pour une partie d'exercer son pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « de manière à priver l'autre partie contractuelle d'avantages importants qui lui reviennent et

Wastech of the “fundamental benefit for which [it] bargained” — the opportunity to achieve the Target OR in every year of the Contract — Wastech says Metro exercised its discretion unreasonably and therefore contrary to the requirements of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith (A.F., at para. 23).

[61] In my respectful view, Wastech’s position contains two closely related flaws. First, it overstates the meaning of “reasonableness” in this context. Second, its submission rests on the further erroneous proposition that determining whether a party’s exercise of discretion resulted in the “substantial nullification” or “evisceration” of the benefit or objective of the contract is a correct method of assessing whether that party exercised its discretion in accordance with the requirements of the good faith duty at issue. I begin, however, with an explanation of that duty.

[62] One may well ask — as courts and scholars have on occasion — how the exercise of an apparently unfettered contractual discretion could ever constitute a breach of contract since one could argue that a party, in exercising such a discretionary power, even opportunistically, is merely doing what the other party agreed it could do in the contract (D. Stack, “The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law” (1999), 62 *Sask. L. Rev.* 201, at p. 208). The answer can best be traced to the “standard” that underpins and is manifested in the specific legal doctrine requiring that where one party exercises a discretionary power, it must be done in good faith. Expressed as an organizing principle, this standard is that parties must perform their contractual duties, and exercise their contractual rights, honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily (*Bhasin*, at paras. 63-64). Accordingly, a discretionary power, even if unfettered, is constrained by good faith. To exercise it, for example, capriciously or arbitrarily, is wrongful and constitutes a breach of contract. Even unfettered, the discretionary power will have purposes that reflects the parties’ shared

qui représentent des aspects fondamentaux des attentes contractuelles légitimes des parties » (recueil condensé de l’appelante, p. 1). Wastech affirme qu’en la privant de [TRADUCTION] « l’avantage fondamental qu’[elle] avait négocié » — soit la possibilité d’atteindre le RE cible chaque année du contrat — Metro a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable, et donc contraire aux exigences de l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi (m.a., par. 23).

[61] À mon humble avis, la position de Wastech comporte deux points faibles étroitement liés. Premièrement, elle exagère le sens de la « raisonabilité » dans ce contexte. Deuxièmement, son observation repose sur la proposition erronée voulant qu’il soit approprié d’établir si l’exercice du pouvoir discrétionnaire par une partie a donné lieu à une « annulation substantielle » ou à une « perte de sens » de l’avantage négocié ou de l’objectif du contrat pour évaluer si cette partie a exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les exigences de l’obligation de bonne foi en cause. Je commencerai toutefois par expliquer cette obligation.

[62] On peut se demander — comme l’ont fait les tribunaux et les universitaires à l’occasion — comment l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire contractuel apparemment absolu peut constituer une violation de contrat, puisqu’on pourrait faire valoir qu’une partie, lorsqu’elle exerce un tel pouvoir, même de façon opportuniste, fait simplement ce que l’autre partie a convenu qu’elle pouvait faire dans le contrat (D. Stack, « The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law » (1999), 62 *Sask. L. Rev.* 201, p. 208). La réponse se trouve dans la « norme » qui sous-tend les règles de droit particulières et se manifeste dans la doctrine particulière applicable, laquelle exige que lorsqu’une partie exerce un pouvoir discrétionnaire, elle doive le faire de bonne foi. Définie comme un principe directeur, cette norme exige que les parties exécutent leurs obligations contractuelles, et exercent leurs droits contractuels, de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire (*Bhasin*, par. 63-64). Par conséquent, un pouvoir discrétionnaire, même absolu, est limité par la bonne foi. L’exercer de manière abusive ou arbitraire, par exemple, est fautif et constitue une

interests and expectations, which purposes help identify when an exercise is capricious or arbitrary, to stay with this same example. Like the duty of honest performance considered in *Bhasin* and *Callow*, the duty to exercise discretionary power in good faith places limits on how one can exercise facially unfettered contractual rights. When the good faith duty is violated, the contract has been breached. The question is what constraints this particular duty puts on the exercise of contractual discretion.

[63] Stated simply, the duty to exercise contractual discretion in good faith requires the parties to exercise their discretion in a manner consistent with the purposes for which it was granted in the contract, or, in the terminology of the organizing principle in *Bhasin*, to exercise their discretion reasonably.

(a) *Content of the Duty*

[64] I begin with an observation that, in *Bhasin*, this Court unanimously agreed that, in some circumstances, good faith may require “reasonable” contractual performance. For example, at para. 66, Cromwell J. wrote that the “organizing principle of good faith manifests itself through the existing doctrines about the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance” (emphasis added). Indeed, this is consistent with the organizing principle itself, which expressly refers to reasonable contractual performance, and with Professor McCamus’ description of the cases applying the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith: “A number of Canadian authorities applying this proposition have linked it to the concept of good faith. In each of them, the defendant was required to exercise the power in question in a reasonable fashion” ((2020), at p. 932; see also *Bhasin*, at para. 63).

violation de contrat. Même absolu, le pouvoir discrétionnaire aura des objectifs qui tiennent compte des attentes et des intérêts communs des parties, lesquels aident à déterminer quand l’exercice est abusif ou arbitraire, pour garder le même exemple. Comme l’obligation d’exécution honnête étudiée dans les arrêts *Bhasin* et *Callow*, l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi limite la façon dont une personne peut exercer des droits contractuels à première vue illimités. Lorsqu’il y a manquement à l’obligation d’exécution de bonne foi, il y a violation du contrat. La question est de savoir quelles contraintes pose cette obligation précise à l’exercice du pouvoir discrétionnaire contractuel.

[63] Pour dire les choses simplement, l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi exige des parties qu’elles exercent celui-ci d’une manière conforme aux objectifs pour lesquels il est conféré par contrat, ou, pour reprendre la terminologie du principe directeur dans l’arrêt *Bhasin*, qu’elles exercent leur pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable.

a) *Teneur de l’obligation*

[64] D’abord, il est à noter que, dans l’arrêt *Bhasin*, la Cour a reconnu à l’unanimité que, dans certaines circonstances, la bonne foi peut exiger que l’exécution contractuelle soit « raisonnable ». Par exemple, au par. 66, le juge Cromwell a écrit que le « principe directeur de bonne foi se manifeste par les règles existantes portant sur les types de situations et de relations dans lesquelles la loi exige, à certains égards, une exécution contractuelle honnête, franche ou raisonnable » (je souligne). En effet, cela est conforme au principe directeur en tant que tel, lequel fait expressément référence à l’exécution contractuelle raisonnable, ainsi qu’à la description que fait le professeur McCamus des affaires où l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi a été appliquée : [TRADUCTION] « Un certain nombre de décisions canadiennes où cette proposition a été appliquée l’ont reliée à la notion de bonne foi. Dans chacune de celles-ci, le défendeur était tenu d’exercer le pouvoir en question de manière raisonnable » ((2020), p. 932; voir aussi *Bhasin*, par. 63).

[65] I also observe that many Canadian courts have held that reasonableness is required in the specific context of exercises of contractual discretionary powers. For example, in *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755, a decision relied upon by both Wastech and Metro, the Court of Appeal for Ontario concluded: “. . . the discretion must be exercised in a reasonable way” (p. 763). More recently, in *2123201 Ontario Inc. v. Israel Estate*, 2016 ONCA 409, 130 O.R. (3d) 641, the same court wrote: “That a discretion given to a contracting party must be exercised reasonably is clear from the authorities” (para. 28). Additional Canadian examples abound (see, e.g., *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 7; *Jack Wookey Hldg. Ltd. v. Tanizul Timber Ltd.* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 221 (C.A.), at p. 225; *Canadian National Railway Co. v. Inglis Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 410 (C.A.), at pp. 415-6; *Marshall v. Bernard Place Corp.* (2002), 58 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 26; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), at para. 96; *Filice v. Complex Services Inc.*, 2018 ONCA 625, 428 D.L.R. (4th) 548, at para. 38).

[66] Courts in the United Kingdom and Australia have ruled similarly (see, e.g., *Abu Dhabi National Tanker Co. v. Product Star Shipping Ltd. (The “Product Star”)* (No. 2), [1993] 1 Lloyd’s Rep. 397 (Eng. C.A.), at p. 404, per Leggatt L.J.; *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234 (C.A.), at p. 258, per Priestley J.A.).

[67] Finally, many jurists have expressed support for the proposition that contractual discretionary powers must be exercised reasonably in order to abide by the requirements of the good faith duty at issue, or have at least acknowledged that courts often apply such a constraint (see, e.g., A. Mason, “Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing” (2000), 116 *L.Q.R.* 66, at p. 76; J. D. McCamus, “Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty: Unpacking the Common Law Duty of Good Faith Contractual Performance” (2005), 29 *Adv. Q.* 72, at p. 80;

[65] Je constate également que de nombreux tribunaux canadiens ont conclu que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire contractuel en particulier doit être raisonnable. Par exemple, dans l’arrêt *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755, une décision sur laquelle se sont fondées tant Wastech que Metro, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable » (p. 763). Plus récemment, dans l’arrêt *2123201 Ontario Inc. c. Succession Israel*, 2016 ONCA 409, 130 O.R. (3d) 641, la même cour a écrit ceci : [TRADUCTION] « Il ressort clairement de la jurisprudence que le pouvoir discrétionnaire conféré à une partie contractante doit être exercé de manière raisonnable » (par. 28). Il existe de nombreux autres exemples dans la jurisprudence canadienne (voir, p. ex., *LeMesurier c. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), p. 7; *Jack Wookey Hldg. Ltd. c. Tanizul Timber Ltd.* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 221 (C.A.), p. 225; *Canadian National Railway Co. c. Inglis Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 410 (C.A.), p. 415-416; *Marshall c. Bernard Place Corp.* (2002), 58 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 26; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), par. 96; *Filice c. Complex Services Inc.*, 2018 ONCA 625, 428 D.L.R. (4th) 548, par. 38).

[66] Les tribunaux du Royaume-Uni et de l’Australie ont rendu des décisions semblables (voir, p. ex., *Abu Dhabi National Tanker Co. c. Product Star Shipping Ltd. (The “Product Star”)* (No. 2), [1993] 1 Lloyd’s Rep. 397 (C.A. Angl.), p. 404, le lord juge Leggatt; *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. c. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234 (C.A.), p. 258, le juge Priestley).

[67] Enfin, un grand nombre de juristes ont exprimé leur appui à l’égard de la proposition voulant que les pouvoirs discrétionnaires contractuels doivent être exercés de manière raisonnable en vue du respect des exigences de l’obligation d’agir de bonne foi en cause, ou ont au moins reconnu que les tribunaux appliquent souvent une telle contrainte (voir, p. ex., A. Mason, « Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing » (2000), 116 *L.Q.R.* 66, p. 76; J. D. McCamus, « Abuse of Discretion, Failure to Cooperate and Evasion of Duty : Unpacking the Common Law Duty of Good

McCamus (2020), at p. 937; J. M. Paterson, “Good Faith Duties in Contract Performance” (2014), 14 *O.U.C.L.J.* 283, at pp. 284, 299 and 302; A. Gray, “Development of Good Faith in Canada, Australia and Great Britain” (2015), 57 *Can. Bus. L.J.* 84, at p. 113; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at para. 503).

[68] I think it best to note at the outset that I do not refer to reasonableness in an administrative law sense. Rather, I agree with Professor McCamus’ view that reasonableness for this good faith duty is understood by reference to purpose: “. . . where discretionary powers are conferred by agreement, it is implicitly understood that the powers are to be exercised reasonably. The concept of reasonableness in this context implies a duty to exercise the discretion honestly and in light of the purposes for which it was conferred” ((2020), at p. 937).

[69] Thus, beyond the requirement of honest performance, to determine whether a party failed in its duty to exercise discretionary power in good faith, one must ask the following question: was the exercise of contractual discretion unconnected to the purpose for which the contract granted discretion? If so, the party has not exercised the contractual power in good faith.

[70] The touchstone for measuring whether a party has exercised a discretionary power in good faith is the purpose for which the discretion was created. Where discretion is exercised in a manner consonant with the purpose, that exercise may be characterized as reasonable according to the bargain the parties had chosen to put in place. Perforce, the exercise of power consonant with purpose may be thought of as undertaken fairly and in good faith on the parties’ own terms. As such, barring issues such as unconscionability not raised in this appeal, that exercise is best understood, as a general matter, to be insulated from judicial review as a matter of fairness.

Faith Contractual Performance » (2005), 29 *Adv. Q.* 72, p. 80; McCamus (2020), p. 937; J. M. Paterson, « Good Faith Duties in Contract Performance » (2014), 14 *O.U.C.L.J.* 283, p. 284, 299 et 302; A. Gray, « Development of Good Faith in Canada, Australia and Great Britain » (2015), 57 *Rev. can. dr. comm.* 84, p. 113; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), par. 503).

[68] Je crois qu’il vaut mieux signaler d’emblée que je ne parle pas de la raisonabilité au sens où on l’entend en droit administratif. Je suis plutôt d’accord avec le point de vue du professeur McCamus selon lequel le caractère raisonnable pour cette obligation d’agir de bonne foi est interprété en fonction de l’objectif : [TRADUCTION] « . . . lorsque des pouvoirs discrétionnaires sont conférés par un accord, il est implicitement entendu que ces pouvoirs doivent être exercés de manière raisonnable. Le concept de raisonabilité dans ce contexte emporte une obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire de façon honnête et en tenant compte des objectifs pour lesquels il a été conféré » ((2020), p. 937).

[69] Donc, outre l’exigence d’exécution honnête, pour établir si une partie a manqué à son obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi, il faut se poser la question suivante : l’exercice du pouvoir discrétionnaire contractuel était-il étranger à l’objectif pour lequel le contrat conférait ce pouvoir? Le cas échéant, la partie n’a pas exercé le pouvoir contractuel de bonne foi.

[70] La pierre d’assise pour évaluer si une partie a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi est l’objectif pour lequel il a été créé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire est exercé d’une façon conforme à cet objectif, un tel exercice peut être qualifié de raisonnable selon le marché que les parties ont choisi de mettre en place. Forcément, l’exercice du pouvoir conforme à l’objectif peut être considéré comme étant juste et de bonne foi selon les termes des parties. Par conséquent, excluant les questions comme celle de l’iniquité qui ne sont pas soulevées dans le présent pourvoi, il faut voir cet exercice, de façon générale, comme étant à l’abri d’un contrôle judiciaire pour des raisons d’équité.

[71] But where the exercise stands outside of the compass set by contractual purpose, the exercise is unreasonable in light of the agreement for which the parties bargained and, as such, it may be thought of as unfair and contrary to the requirements of good faith. Scholars commenting on trends in common law jurisdictions have observed that “courts have repeatedly held that discretionary contractual powers should not be exercised for an ‘improper’ or ‘extraneous’ purpose” (J. M. Paterson, “Implied Fetters on the Exercise of Discretionary Contractual Powers” (2009), 35 *Mon. L. R.* 45, at p. 54). As Professor Collins has written, “[t]he good faith standard . . . enables a court to control discretionary decisions that are perceived to be based on improper purposes, that is where the power is used for a purpose not originally expected by the subject of the power” (H. Collins, “Discretionary Powers in Contracts”, in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman, eds., *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts* (2003), 219, at p. 223). It is this principle that constrains contractual discretion and, accordingly, fixes the proper limits for judicial review of the exercise of the power. Importantly, it is not what a court sees as fair according to its view of what is the proper exercise of the discretion. Instead, drawing on the purpose set by the parties, the measure of fairness is what is reasonable according to the parties’ own bargain. Where the exercise of the discretionary power falls outside of the range of choices connected to its underlying purpose — outside the purpose for which the agreement the parties themselves crafted provides discretion — it is thus contrary to the requirements of good faith. Courts can then intervene, for example, where the exercise of the power is arbitrary or capricious in light of its purpose as set by the parties.

[72] Sometimes, the text of the discretionary clause itself will make the parties’ contractual purpose clear. In other circumstances, purpose can only be understood by reading the clause in the context of the contract as a whole. Writing extra-judicially, Lord Sales

[71] Toutefois, lorsque l’exercice sort des balises établies par l’objectif contractuel, il est déraisonnable à la lumière de l’accord que les parties ont négocié et, par conséquent, il peut être considéré comme injuste et contraire aux exigences de la bonne foi. Les auteurs qui ont commenté les tendances dans les ressorts de common law ont observé que [TRADUCTION] « les tribunaux ont à maintes reprises conclu que les pouvoirs discrétionnaires contractuels ne devraient pas être exercés en vue d’un objectif “inapproprié” ou “dépourvu de pertinence” » (J. M. Paterson, « Implied Fetters on the Exercise of Discretionary Contractual Powers » (2009), 35 *Mon. L. R.* 45, p. 54). Comme l’a écrit le professeur Collins, [TRADUCTION] « [l]a norme de la bonne foi [. . .] permet au tribunal de faire un contrôle des décisions discrétionnaires perçues comme étant fondées sur des objectifs inappropriés, c’est-à-dire lorsque le pouvoir est utilisé en vue d’un objectif qui ne se rattache habituellement pas à l’objet du pouvoir » (H. Collins, « Discretionary Powers in Contracts », dans D. Campbell, H. Collins et J. Wightman, dir., *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts* (2003), 219, p. 223). C’est ce principe qui restreint le pouvoir discrétionnaire contractuel et, par conséquent, établit les limites appropriées relatives au contrôle judiciaire de l’exercice du pouvoir. Il importe de noter que ce n’est pas ce que le tribunal estime juste selon sa perception de ce qu’est l’exercice approprié du pouvoir discrétionnaire. Le tribunal doit plutôt, s’appuyant sur l’objectif établi par les parties, évaluer l’équité selon ce qui est raisonnable en fonction du marché qu’ont conclu les parties. Lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire est en dehors de l’éventail des choix liés à son objectif sous-jacent — en dehors de l’objectif pour lequel l’accord que les parties ont elles-mêmes choisi confère le pouvoir discrétionnaire — il est contraire aux exigences de la bonne foi. Les tribunaux peuvent alors intervenir, par exemple, lorsque l’exercice du pouvoir est arbitraire ou abusif compte tenu de son objectif établi par les parties.

[72] Parfois, le texte de la clause discrétionnaire lui-même indiquera clairement l’objectif contractuel des parties. En d’autres circonstances, on ne peut comprendre l’objectif qu’en lisant la clause dans le contexte du contrat dans son ensemble. Dans un

has recently explained that where the clause that confers a discretionary power is “entirely general”, a court will have to construe the ambit of the power itself (P. Sales, “Use of Powers for Proper Purposes in Private Law” (2020), 136 *L.Q.R.* 384, at p. 393). In those cases, he notes at p. 393: “It is necessary instead to form a broad view of the purposes of the venture to which the contract gives effect, and of what loyalty to that venture might involve for a party to it, and to take those broad purposes as providing the inherent limits for the exercise of the power.”

[73] I hasten to say that the role of the courts is not to ask whether the discretion was exercised in a morally opportune or wise fashion from a business perspective. The common law recognizes that “[c]ompetition between businesses regularly involves each business taking steps to promote itself at the expense of the other. . . . Far from prohibiting such conduct, the common law seeks to encourage and protect it” (*A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31, citing *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, at para. 142). As a general matter, good faith should not be used as a pretext for scrutinizing motive (*Bhasin*, at para. 70).

[74] Not only does this deferential approach ensure “some elbow-room for the aggressive pursuit of self-interest” (C. Sappideen and P. Vines, eds., *Fleming’s The Law of Torts* (10th ed. 2011), at para. 30.120; see also *A.I. Enterprises*, at para. 31), but it also prevents good faith from veering into “a form of *ad hoc* judicial moralism or ‘palm tree’ justice” (*Bhasin*, at para. 70). In this context, then, courts must only ensure parties have not exercised their discretion in ways unconnected to the purposes for which the contract grants that power.

[75] To this end, it is helpful to keep in mind that, generally speaking, a range of outcomes flows from the choices that may be considered a reasonable

écrit extrajudiciaire, le lord Sales a récemment expliqué que lorsque la clause qui confère un pouvoir discrétionnaire est [TRADUCTION] « entièrement générale », le tribunal devra interpréter lui-même la portée du pouvoir (P. Sales, « Use of Powers for Proper Purposes in Private Law » (2020), 136 *L.Q.R.* 384, p. 393). Il souligne à la p. 393 que dans ces cas : [TRADUCTION] « Il est plutôt nécessaire de se faire une idée générale des objectifs de l’entreprise auxquels donne effet le contrat, et de la loyauté envers cette entreprise que pourrait entraîner celui-ci pour les parties, et de considérer ces objectifs généraux comme établissant les limites inhérentes de l’exercice du pouvoir. »

[73] Je m’empresse de dire qu’il n’appartient pas aux tribunaux de se demander si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon opportune sur le plan moral ou avec sagesse d’un point de vue commercial. La common law reconnaît que « [d]es entreprises en concurrence vont régulièrement faire en sorte de se faire valoir au détriment de leurs concurrentes. [. . .] Loin d’interdire ce comportement, la common law cherche à l’encourager et à le protéger » (*A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31, citant *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, par. 142). En règle générale, le principe de la bonne foi ne devrait pas servir de prétexte à un examen approfondi des motivations des parties (*Bhasin*, par. 70).

[74] Non seulement cette déférence garantit [TRADUCTION] « une certaine liberté d’action en vue de la poursuite énergique d’intérêts personnels » (C. Sappideen et P. Vines, dir., *Fleming’s The Law of Torts* (10^e éd. 2011), par. 30.120; voir aussi *A.I. Enterprises*, par. 31), mais elle évite aussi que le principe de la bonne foi se transforme en « une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou en une “justice au cas par cas” » (*Bhasin*, par. 70). Dans ce contexte, alors, les tribunaux doivent seulement s’assurer que les parties n’ont pas exercé leur pouvoir discrétionnaire d’une façon étrangère aux objectifs pour lesquels le contrat confère ce pouvoir.

[75] À cet égard, il est utile de garder à l’esprit que, généralement, une gamme d’issues découle des choix qui peuvent être considérés comme un exercice

exercise of discretion when considered in light of the purposes identified by the contract. Some of these choices may properly be thought of as connected to the purposes of the discretion. Others will be demonstrably unconnected to the contemplated purposes. Wherever a party is granted discretion, there may be differing yet legitimate ways in which that party can exercise its power that is itself part of the bargain. In a contractual context, these choices are ascertained principally by reference to the contract, interpreted as a whole — the first source of justice between the parties. Good faith does not eliminate the discretion-exercising party’s power of choice. Rather, it simply limits the range of legitimate ways in which a discretionary power may be exercised in light of the relevant purposes (S. J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1980), 94 *Harv. L. Rev.* 369, at pp. 385-86). Where discretion is exercised for an improper purpose, as against that which was intended by the parties, one that is “ulterior or extraneous” to their intentions, it is exercised in bad faith (J. D. McCamus, “The New General ‘Principle’ of Good Faith Performance and the New ‘Rule’ of Honesty in Performance in Canadian Contract Law” (2015), 32 *J.C.L.* 103, at p. 115).

[76] With this approach in mind, I stress that what a court considers unreasonable is highly context-specific, and ultimately “depend[s] upon the intention of the parties as disclosed by their contract” (*Greenberg*, at p. 762; see also *Sherry v. CIBC Mortgages Inc.*, 2016 BCCA 240, 88 B.C.L.R. (5th) 105, at paras. 63-65; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 312-13). Demonstrating a breach will necessarily centre on an exercise of contractual interpretation. It is in properly interpreting the contract and the purposes for which discretion was granted that the range of good faith behaviour comes into focus and breaches can be identified.

[77] I add, however, the following comment as a general guide. For contracts that grant discretionary power in which the matter to be decided is readily susceptible of objective measurement — e.g., matters

raisonnable du pouvoir discrétionnaire au regard des objectifs fixés dans le contrat. Certains de ces choix peuvent être considérés à juste titre comme étant liés aux objectifs du pouvoir discrétionnaire. D’autres seront manifestement étrangers aux objectifs envisagés. Chaque fois qu’une partie se voit conférer un pouvoir discrétionnaire, elle pourrait l’exercer de différentes façons légitimes qui font elles-mêmes partie du marché. Dans un contexte contractuel, on détermine de tels choix principalement en se rapportant au contrat, interprété dans son ensemble — il s’agit de la première source de justice entre les parties. La bonne foi n’élimine pas le pouvoir de choisir de la partie exerçant le pouvoir discrétionnaire. Elle limite simplement la gamme des façons légitimes dont ce pouvoir peut être exercé compte tenu des objectifs applicables (S. J. Burton, « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith » (1980), 94 *Harv. L. Rev.* 369, p. 385-386). Lorsque le pouvoir discrétionnaire est exercé en vue d’un objectif illégitime, comme à l’encontre de l’intention des parties, dans un dessein [TRADUCTION] « secret ou étranger » à leurs intentions, il est exercé de mauvaise foi (J. D. McCamus, « The New General ‘Principle’ of Good Faith Performance and the New ‘Rule’ of Honesty in Performance in Canadian Contract Law » (2015), 32 *J.C.L.* 103, p. 115).

[76] Ayant cette approche à l’esprit, j’insiste pour dire que ce qu’un tribunal juge déraisonnable est étroitement lié au contexte et [TRADUCTION] « dépend en fin de compte de l’intention qu’ont manifestée les parties dans leur contrat » (*Greenberg*, p. 762; voir aussi *Sherry c. CIBC Mortgages Inc.*, 2016 BCCA 240, 88 B.C.L.R. (5th) 105, par. 63-65; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 312-313). La démonstration d’une violation sera nécessairement axée sur une opération d’interprétation contractuelle. C’est en interprétant correctement le contrat et les objectifs pour lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré que la gamme de comportements de bonne foi deviendra apparente et que l’on pourra cerner les violations.

[77] J’ajoute cependant la remarque suivante à titre de guide général. En ce qui concerne les contrats conférant un pouvoir discrétionnaire pour lequel la question à trancher est facile à mesurer

relating to “operative fitness, structural completion, mechanical utility or marketability” — the range of reasonable outcomes will be relatively smaller (*Greenberg*, at p. 762). For contracts that grant discretionary power “in which the matter to be decided or approved is not readily susceptible [to] objective measurement — [including] matters involving taste, sensibility, personal compatibility or judgment of the party” exercising the discretionary power — the range of reasonable outcomes will be relatively larger (*Greenberg*, at p. 761). I emphasize, however, that this comment should operate as a general guide, not a means to categorize unreasonableness.

[78] To understand the requirements of this duty it is helpful to consider the standards advanced by the parties, and the extent to which these concepts assist in determining whether the exercise of discretion is unreasonable, that is, not connected to the relevant purposes.

[79] I recall that Wastech argues that the good faith duty at issue prohibited Metro from exercising its discretion in a way that denied it benefits fundamental to its legitimate contractual expectations. For its part, Metro concedes that contractual discretionary powers “may not be exercised to nullify or eviscerate the fundamental benefit of the contract” (R.F., at para. 54).

[80] In support of its position, Wastech relies principally upon *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (T.D.)), aff’d (1992), 112 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (App. Div.)), an influential decision regarding good faith in contract law, where Kelly J. wrote that “bad faith” includes conduct that is “contrary to community standards of honesty, reasonableness or fairness”, and can generally be said to occur where an exercise of discretion “substantially nullif[ies] the bargained objective or benefit contracted for by the other” (paras. 38, 58 and 60). This standard has subsequently been adopted and applied by a number of Canadian appellate courts, and endorsed by some scholars (see,

objectivement — p. ex. des questions liées [TRADUCTION] « à la capacité opérationnelle, à l’achèvement d’une structure, à l’utilité mécanique ou à la qualité marchande » — la gamme des issues raisonnables sera relativement réduite (*Greenberg*, p. 762). En ce qui concerne les contrats conférant un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « pour lequel la question à trancher ou à approuver ne se prête guère à une mesure objective — [notamment] les questions relatives au goût, à la sensibilité, à la compatibilité personnelle ou au jugement de la partie » qui exerce le pouvoir discrétionnaire — la gamme d’issues raisonnables sera relativement plus grande (*Greenberg*, p. 761). Je souligne toutefois que cette remarque devrait servir de guide général, et non de moyen pour catégoriser l’exercice déraisonnable du pouvoir.

[78] Pour comprendre ce qu’exige cette obligation, il est utile d’examiner les normes mises de l’avant par les parties, et la mesure dans laquelle ces concepts aident à établir si l’exercice du pouvoir discrétionnaire est déraisonnable, c’est-à-dire étranger aux objectifs applicables.

[79] Rappelons que Wastech fait valoir que l’obligation d’agir de bonne foi en cause interdisait à Metro d’exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à la priver des avantages fondamentaux à ses attentes contractuelles légitimes. Quant à elle, Metro concède que les pouvoirs discrétionnaires contractuels [TRADUCTION] « ne peuvent pas être exercés pour annuler l’avantage fondamental du contrat ou lui faire perdre son sens » (m.i., par. 54).

[80] Pour appuyer sa position, Wastech se fonde principalement sur l’arrêt *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180 (C.S. (1^{re} inst.)), conf. par (1992), 112 N.S.R. (2d) 180 (C.S. (Div. d’appel)), une décision influente concernant la bonne foi en droit contractuel, où le juge Kelly a écrit que la [TRADUCTION] « mauvaise foi » comprend la conduite qui est « contraire aux normes sociales de l’honnêteté, de la raisonabilité ou de l’équité » et que l’on peut généralement dire qu’il y a mauvaise foi lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire « annule substantiellement l’objectif ou l’avantage négocié par l’autre partie au contrat » (par. 38, 58 et 60). Cette norme a par la suite été

e.g., *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), at para. 22; *Klewchuk v. Switzer*, 2003 ABCA 187, 330 A.R. 40, at para. 33; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at p. 530).

[81] Wastech submits that the arbitrator’s conclusions as to the nature of the impact on Wastech of Metro’s exercise of discretion amount to a finding of “nullification” or “evisceration”. In particular, Wastech points to the arbitrator’s findings that Metro’s exercise of discretion made it “impossible” for Wastech to achieve the Target OR, and that having the opportunity to achieve the Target OR in every year of the Contract was “the fundamental benefit for which Wastech bargained” (Award, at para. 94). Metro answers that the arbitrator made no finding of “substantial nullification” or “evisceration”, nor was such a finding open to him on the facts (R.F., at paras. 73 and 75; Transcript, at p. 93).

[82] Respectfully stated, I am of the view that requiring “substantial nullification” — that is to say, the evisceration by one party of the better part of the benefit of the contract of the other — is not the appropriate standard for concluding a breach of the duty to exercise discretionary power in good faith.

[83] The fact that a party’s exercise of discretion causes its contracting partner to lose some or even all of its anticipated benefit under the contract should not be regarded as dispositive, in itself, as to whether the discretion was exercised in good faith (Burton, at pp. 384-85). As authors A. Swan, J. Adamski, and A. Y. Na explain, the mere fact that a party is deprived of substantially the whole benefit of a contract is not sufficient, absent proof of the discretion-exercising party’s fault or default, to make out a claim for breach of the contract (see *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at §7.73). In other words, absent some

adoptée et appliquée par plusieurs cours d’appel canadiennes et approuvée par certains universitaires (voir, p. ex., *Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), par. 22; *Klewchuk c. Switzer*, 2003 ABCA 187, 330 A.R. 40, par. 33; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6^e éd. 2011), p. 530).

[81] Wastech soutient que les conclusions de l’arbitre concernant la nature des répercussions qu’a eues sur elle l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro équivalent à une conclusion [TRADUCTION] « [d’]annulation » ou de « perte de sens ». Plus particulièrement, Wastech attire l’attention sur la conclusion de l’arbitre portant que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro a rendu « impossible » pour Wastech d’atteindre le RE cible, et sur celle portant que le fait d’avoir la possibilité d’atteindre le RE cible chaque année du contrat était [TRADUCTION] « l’avantage fondamental que Wastech avait négocié » (sentence arbitrale, par. 94). Metro répond que l’arbitre n’a pas tiré de conclusion [TRADUCTION] « [d’]annulation substantielle » ou de « perte de sens » et que, de toute façon, il ne pouvait pas tirer une telle conclusion au vu des faits (m.i., par. 73 et 75; transcription, p. 93).

[82] Soit dit en tout respect, je suis d’avis qu’exiger « l’annulation substantielle » — c’est-à-dire, le fait pour une partie de vider de son sens une grande partie de l’avantage obtenu par l’autre partie dans le cadre du contrat — n’est pas la norme qui convient pour conclure à un manquement à l’obligation d’exercer son pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi.

[83] Le fait que l’exercice par une partie de son pouvoir discrétionnaire fasse perdre à son partenaire contractuel une partie ou la totalité de son avantage prévu au contrat ne devrait pas être considéré comme un élément déterminant, en soi, permettant de répondre à la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi (Burton, p. 384-385). Comme l’expliquent les auteurs A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, le simple fait qu’une partie soit privée de la quasi-totalité de l’avantage d’un contrat ne suffit pas, s’il n’y a aucune preuve que la partie ayant exercé son pouvoir discrétionnaire

infringement of the non-exercising party’s rights, there is no actionable wrong for the law to correct.

[84] For these reasons, I conclude that the “substantial nullification” or “evisceration” of the benefit of a contract is not a necessary prerequisite to finding that a party breached the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith. However, the fact that an exercise of discretion substantially nullifies or eviscerates the benefit of the contract could well be relevant to show that discretion had been exercised in a manner unconnected to the relevant contractual purposes.

[85] The parties also submit that the good faith duty at issue does not permit a party to exercise its discretion capriciously or arbitrarily. In support, Wastech and Metro both point to the organizing principle recognized in *Bhasin* — which states that parties generally must perform their contractual duties “honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily” (*Bhasin*, at para. 63) — and to a line of decided cases, which they say confirm the existence of such constraints on the exercise of contractual discretionary powers.

[86] I agree with the parties that the jurisprudence supports a conclusion that the good faith duty at issue does not permit a party to exercise its discretion capriciously or arbitrarily. In *Greenberg*, at p. 763, the Court of Appeal for Ontario noted that the discretionary provision in question had to be “exercised in a reasonable way, not arbitrarily or capriciously”. Similarly, the Supreme Court of the United Kingdom affirmed the existence of these constraints in English law in *British Telecommunications plc v. Telefónica O2 UK Ltd.*, [2014] UKSC 42, [2014] 4 All E.R. 907, at para. 37: “. . . it is well established that in the absence of very clear language to the contrary, a contractual discretion must be exercised in good

a commis une faute ou un manquement, pour étayer une allégation de violation de contrat (voir *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), §7.73). Autrement dit, s’il n’y a pas d’atteinte aux droits de la partie qui n’exerce pas un pouvoir discrétionnaire, il n’y a pas de faute donnant ouverture à un droit d’action que les règles de droit peuvent corriger.

[84] Pour ces motifs, je conclus que l’« annulation substantielle » ou la « perte de sens » de l’avantage d’un contrat n’est pas une condition préalable pour conclure qu’une partie a manqué à l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi. Cependant, le fait que l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire annule substantiellement l’avantage d’un contrat ou lui fait perdre son sens pourrait fort bien s’avérer utile pour démontrer que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé d’une manière étrangère aux objectifs contractuels pertinents.

[85] Les parties font également valoir que l’obligation d’agir de bonne foi en cause ne permet pas à une partie d’exercer son pouvoir discrétionnaire de manière abusive ou arbitraire. Pour appuyer leurs arguments, Wastech et Metro attirent toutes les deux l’attention sur le principe directeur reconnu dans l’arrêt *Bhasin* — qui prévoit que les parties doivent généralement exécuter leurs obligations contractuelles « de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire » (*Bhasin*, par. 63) — ainsi que sur un courant jurisprudentiel qui, selon elles, confirme l’existence de telles contraintes à l’égard de l’exercice des pouvoirs discrétionnaires contractuels.

[86] Je suis d’accord avec les parties pour dire que la jurisprudence étaye la conclusion selon laquelle l’obligation de bonne foi en cause ne permet pas à une partie d’exercer son pouvoir discrétionnaire de façon abusive ou arbitraire. Dans l’arrêt *Greenberg*, à la p. 763, la Cour d’appel de l’Ontario a souligné que le pouvoir discrétionnaire en question devait être [TRADUCTION] « exercé d’une façon raisonnable, et non de manière abusive ou arbitraire ». De même, dans l’arrêt *British Telecommunications plc v. Telefónica O2 UK Ltd.*, [2014] UKSC 42, [2014] 4 All. E.R. 907, la Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé l’existence de ces contraintes dans le droit anglais, au par. 37 : [TRADUCTION] « . . . il est bien

faith and not arbitrarily or capriciously . . . This will normally mean that it must be exercised consistently with its contractual purpose”.

[87] Although capriciousness and arbitrariness have sometimes been referred to independently of improper purpose, I agree with the Supreme Court in *Telefónica* that a capricious or arbitrary exercise of a discretionary power is an example of such a power being exercised contrary to that standard. When seeking to demonstrate that discretion was exercised capriciously or arbitrarily, one necessarily considers contractual purposes by showing that discretion was exercised in a manner unconnected to the underlying contractual purposes for which the power was conferred.

[88] In sum, then, the duty to exercise discretion in good faith will be breached where the exercise of discretion is unreasonable, in the sense that it is unconnected to the purposes for which the discretion was granted. This will notably be the case where the exercise of discretion is capricious or arbitrary in light of those purposes because that exercise has fallen outside the range of behaviour contemplated by the parties. The fact that the exercise substantially nullifies or eviscerates the fundamental contractual benefit may be relevant but is not a necessary prerequisite to establishing a breach.

(b) *Source of the Duty*

[89] Having determined the content of the duty, I turn now to consider its source so as to ascertain whether it arises on the facts of this case.

[90] I acknowledge that there is some debate as to the source of this duty. The arbitrator held that the requirements of the officious bystander test for implying a term in fact did not need to be met in order for the good faith duty at issue to apply. Similarly, Wastech submits that the good faith duty at issue

établi qu’en l’absence d’un libellé très clair à l’effet contraire, un pouvoir discrétionnaire doit être exercé de bonne foi et non de façon arbitraire ou abusive [. . .]. Cela veut habituellement dire qu’il doit être exercé en conformité avec l’objectif du contrat ».

[87] Bien qu’il ait parfois été question de l’exercice abusif et arbitraire indépendamment de l’exercice en vue d’un objectif inapproprié, je souscris à la conclusion de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Telefónica* selon laquelle l’exercice abusif ou arbitraire d’un pouvoir discrétionnaire est un exemple d’exercice d’un tel pouvoir contraire à cette norme. Lorsqu’on cherche à prouver que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de manière abusive ou arbitraire, on examine nécessairement les objectifs contractuels pour évaluer la conduite en démontrant que le pouvoir discrétionnaire a été exercé d’une façon étrangère aux objectifs contractuels sous-jacents pour lesquelles le pouvoir a été conféré.

[88] En résumé, donc, il y a manquement à l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi lorsque l’exercice de ce pouvoir est déraisonnable, en ce sens qu’il est étranger aux objectifs pour lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré. Ce sera notamment le cas lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire est abusif ou arbitraire compte tenu de ces objectifs, parce que cet exercice n’appartient pas à la gamme des comportements envisagés par les parties. Le fait que l’exercice annule substantiellement l’avantage fondamental du contrat ou lui fasse perdre son sens peut s’avérer pertinent, mais ce n’est pas une condition préalable nécessaire pour établir qu’il y a eu manquement.

b) *Source de l’obligation*

[89] Ayant établi la teneur de l’obligation, j’examinerai maintenant sa source pour établir si l’obligation existe au vu des faits de l’espèce.

[90] Je reconnais qu’il existe un certain débat quant à la source de cette obligation. L’arbitre a conclu qu’il n’était pas nécessaire que les exigences du critère de l’observateur objectif permettant de conclure à l’existence d’une condition implicite soient satisfaites pour que l’obligation d’agir de bonne foi en

“operates as a matter of law” and is not limited to circumstances where a term can be implied as a matter of fact (A.F., at para. 74). For its part, Metro concedes that the failure to imply a term does not necessarily preclude, as a matter of law, the imposition of a good faith duty. Cromwell J. observed in *Bhasin* that there is “a shadow of uncertainty over a good deal of the jurisprudence” regarding the source of many good faith obligations (para. 74; see also paras. 48 and 52). While Cromwell J. expressly addressed this uncertainty for the duty of honest performance, clarifying that it operates as a general doctrine of contract law, he did not resolve this uncertainty for all existing manifestations of the organizing principle (para. 74). It therefore falls to this Court to do so in respect of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith and in light of Wastech’s argument that good faith constrains the exercise of Metro’s power here.

[91] In my view, it is appropriate to recognize the duty to exercise discretion in good faith as a general doctrine of contract law. Like the duty of honest performance, it need not find its source in an implied term in the contract, but rather it operates in every contract irrespective of the intentions of the parties (see *Bhasin*, at para. 74). This brings conceptual clarity to the law of good faith by analyzing the duty to exercise discretion in good faith in line with the *Bhasin* duty.

[92] Further, recognizing this general duty interferes very little with freedom of contract for two reasons. First, just as parties will rarely expect that their contract permits dishonest performance (*Bhasin*, at para. 76), contracting parties rarely if ever expect discretion granted by the contract to be exercised in a manner unconnected to the purposes for which it was conferred. For example, on the facts of this case, a duty on Metro to exercise its discretion in good faith was necessary to give business efficacy

cause s’applique. De même, Wastech soutient que l’obligation de bonne foi en cause [TRADUCTION] « existe en droit » et ne se limite pas aux circonstances où une condition peut être implicite sur le plan des faits (m.a., par. 74). Pour sa part, Metro concède que le fait qu’il n’y ait pas de condition implicite n’empêche pas nécessairement, sur le plan du droit, l’imposition d’une obligation d’agir de bonne foi. Le juge Cromwell a noté dans l’arrêt *Bhasin* qu’un « débat [. . .] laisse planer l’incertitude sur une bonne partie de la jurisprudence » concernant la source de nombreuses obligations de bonne foi (par. 74; voir aussi par. 48 et 52). Bien que le juge Cromwell ait expressément abordé cette incertitude pour l’obligation d’exécution honnête, précisant qu’elle constitue une doctrine générale du droit des contrats, il ne l’a pas réglée pour toutes les manifestations existantes du principe directeur (par. 74). Il revient donc à la Cour de le faire pour l’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi, à la lumière de l’argument avancé par Wastech selon lequel la bonne foi restreint l’exercice du pouvoir de Metro en l’espèce.

[91] À mon avis, il y a lieu de reconnaître l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi en tant que principe général du droit des contrats. Cette obligation, tout comme celle d’exécution honnête, n’a pas à trouver sa source dans une condition implicite du contrat; elle se manifeste plutôt dans chaque contrat, sans égard aux intentions des parties (voir *Bhasin*, par. 74). Cela apporte une clarté conceptuelle aux règles de droit en matière de bonne foi en harmonisant l’analyse de l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi avec l’obligation énoncée dans l’arrêt *Bhasin*.

[92] En outre, la reconnaissance de cette obligation générale porte très peu atteinte à la liberté contractuelle pour deux raisons. D’abord, tout comme les parties s’attendent rarement à ce que leur contrat les autorise à exécuter leurs obligations de façon malhonnête (*Bhasin*, par. 76), elles ne s’attendent que rarement, voire jamais, à ce que le pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat soit exercé d’une manière étrangère aux objectifs pour lesquels il a été conféré. Par exemple, au vu des faits de l’espèce, l’imposition

to the Contract. As the arbitrator rightly observed, absent a duty of good faith constraining the exercise of Metro's discretion, "Metro theoretically ha[d] the discretion to reduce the volume of waste directed to the [Cache Creek Landfill] to zero" (A.F., para. 94). It is absurd to think the parties intended for Metro to have such untrammelled power given that it would have left Wastech subject to Metro's "uninhibited whim" (The "*Product Star*", at p. 404, per Leggatt L.J.). Indeed, it is difficult to imagine any party wishing to confer such untrammelled power on its contracting partner. For this reason, when contracting parties confer a discretionary power, even without any apparent constraining criteria or conditions, courts have long recognized that the "natural inference" is that they intend some minimum constraints on the exercise of the discretion (Sales, at p. 387; see also Swan, Adamski and Na, at §8.304; *Bhasin*, at para. 45). In my view, those minimum constraints include the expectation that the parties will not exercise their discretion in a manner unconnected to the purposes for which it was granted, for example in a capricious or arbitrary manner. Given that parties will very often expect minimum constraints of this nature, recognizing that these constraints apply to all contracts by virtue of the duty to exercise discretionary power in good faith interferes little with their freedom of contract.

[93] Second, as discussed above, the content of the duty is guided by the will of the parties as expressed in their contract. Rather than interfering with the objectives of the contracting parties or imposing duties on them beyond their reasonable contemplation, this duty merely requires that parties operate within the scope of discretion defined by their own purposes for which they freely negotiated its grant. Holding the parties to this standard will generally be consistent with, not an unanticipated departure from, their freely negotiated bargain. Recognizing

d'une obligation à Metro d'exercer son pouvoir discrétionnaire de bonne foi était nécessaire pour donner une efficacité commerciale au contrat. Comme l'a observé l'arbitre à juste titre, en l'absence d'une obligation d'agir de bonne foi limitant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro, [TRADUCTION] « celle-ci [pouvait] théoriquement, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, réduire à zéro le volume de déchets envoyés au [site d'enfouissement de Cache Creek] » (m.a., par. 94). Il est absurde de penser que les parties voulaient que Metro détienne un tel pouvoir sans entraves étant donné que cela aurait soumis Wastech aux [TRADUCTION] « caprices désinhibés » de Metro (*The « Product Star »*, p. 404, le lord juge Leggatt). En effet, il est difficile d'imaginer qu'une partie veuille conférer à son partenaire contractuel un pouvoir aussi absolu. Pour cette raison, lorsque des parties contractantes confèrent un pouvoir discrétionnaire, même s'il n'y a pas de condition ou de critère limitatif apparent, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps une [TRADUCTION] « inférence naturelle » selon laquelle les parties entendent que des contraintes minimales limitent l'exercice du pouvoir discrétionnaire (Sales, p. 387; voir aussi Swan, Adamski et Na, §8.304; *Bhasin*, par. 45). À mon avis, ces contraintes minimales comprennent l'attente que les parties n'exercent pas leur pouvoir discrétionnaire d'une manière étrangère aux objectifs pour lesquels il a été conféré, par exemple d'une manière abusive ou arbitraire. Comme les parties s'attendent très souvent à ce qu'il y ait des contraintes minimales de cette nature, reconnaître que celles-ci s'appliquent à tous les contrats en raison de l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi porte très peu atteinte à leur liberté contractuelle.

[93] Deuxièmement, comme nous l'avons vu, la teneur de l'obligation est fonction de la volonté des parties telle qu'elle est exprimée dans leur contrat. Au lieu de nuire aux objectifs des parties contractantes ou de leur imposer des obligations qu'elles ne peuvent raisonnablement envisager, cette obligation ne fait qu'exiger des parties qu'elles respectent les limites du pouvoir discrétionnaire défini par leurs propres objectifs pour lesquels elles en ont librement négocié l'octroi. Le fait d'assujettir les parties à cette norme s'accordera généralement avec le marché qu'elles ont

a general duty of contract law here will therefore interfere very little with that freedom.

[94] Overall, then, like the duty of honest performance, the duty to exercise contractual discretion in good faith is not an implied term, but a general doctrine of contract law that operates irrespective of the intentions of the parties (*Bhasin*, at para. 74). This places the two duties on the same footing, and conforms to the general assumption that parties do not intend discretion to be completely unconstrained (see *Bhasin*, at para. 45). Just like the duty of honest performance, the duty to exercise contractual discretion in good faith, as described herein, should be understood to be obligatory in all contracts. Parties who provide for discretionary power cannot contract out of the implied undertaking that the power will be exercised in good faith, i.e., in light of the purposes for which it was conferred. This holding will impinge on freedom of contract but only in those rare cases in which parties seek to authorize the exercise of contractual discretion in a manner unconnected with its underlying purposes or otherwise immunize such conduct from judicial review.

[95] Accordingly, there is no question that the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith applies in this case. The entire agreement clause in this Contract (s. 32.17) does not exclude the duty, although, in any particular case, the contract as a whole will guide the analysis of what the duty requires. This also means the fact that the arbitrator rejected the existence of an implied term did not preclude recognizing and applying the duty to exercise contractual discretion in good faith.

(c) *Application to Metro's Exercise of Discretion*

[96] Was Metro's exercise of discretion unreasonable with regard to the purposes for which the

librement négocié, au lieu de s'en écarter de manière imprévue. Par conséquent, la reconnaissance d'une obligation générale en droit des contrats dans la présente affaire portera très peu atteinte à cette liberté.

[94] Dans l'ensemble, donc, comme l'obligation d'exécution honnête, l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi n'est pas une condition implicite, mais une doctrine d'application générale du droit des contrats qui trouve application sans égard aux intentions des parties (*Bhasin*, par. 74). Cela place les deux obligations sur le même pied, et est conforme à la présomption générale que les parties n'ont pas l'intention qu'un pouvoir discrétionnaire soit complètement absolu (voir *Bhasin*, par. 45). Tout comme l'obligation d'exécution honnête, l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi, tel qu'il est décrit dans les présents motifs, devrait être considérée comme obligatoire dans tous les contrats. Les parties qui prévoient un pouvoir discrétionnaire ne peuvent se soustraire à l'engagement implicite voulant que le pouvoir soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire en fonction des objectifs pour lesquels il a été conféré. Cette conclusion n'empiètera sur la liberté contractuelle que dans les rares cas où les parties cherchent à autoriser l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire contractuel d'une manière étrangère à ses objectifs sous-jacents, ou à mettre autrement une pareille conduite à l'abri du contrôle judiciaire.

[95] En conséquence, il ne fait aucun doute que l'obligation d'exercer des pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi s'applique en l'espèce. La clause d'intégralité de l'entente (art. 32.17) n'écarte pas l'obligation, quoique, dans un cas donné, le contrat dans son ensemble guide l'analyse de ce qu'exige l'obligation. Cela veut également dire que le rejet, par l'arbitre, de l'existence d'une clause implicite n'empêchait pas de reconnaître et d'appliquer l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi.

c) *Application à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de Métro*

[96] L'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire était-il déraisonnable eu égard aux objectifs

discretion was granted and thereby a breach of the duty? In my view, it was not.

[97] I recall that the Contract gives Metro the “absolute discretion” to determine the minimum amount of waste that will be transported to the Cache Creek Landfill as opposed to the other waste disposal sites in a given period. Unlike some previous agreements between the parties, there is no guaranteed minimum volume of waste allocated to this site in a given year (Award, at para. 84). This minimum amount (“Trailer Capacity Guarantee”) is to be determined in reference to the seasonal variation of waste flows and “other factors which influence the volume of [w]aste being delivered to the Cache Creek Landfill during a calendar year” (A.R., vol. II, at p. 68, s. 30.5). Beyond this general statement, there is no guidance as to the purposes underlying the grant of discretion to Metro to determine this amount.

[98] However, reading the clauses in the context of the Contract as a whole, the purposes become clearer. The recitals at the beginning of the Contract describe the parties’ intention to, among other things, incentivize each other to “maximize efficiency and minimize costs”, to provide for the “maximization of the municipal solid waste disposal capacity of the Cache Creek Landfill”, and to be “sensitive to significant changes in operating standards, services or system configuration” (A.R., vol. II, at p. 9, recitals C(2) and (6) to (7)). This is consistent with the text of the overall Contract, which provides flexibility to account for variable factors foreseen by the parties such as waste volumes, operating costs and the capacity of the waste disposal sites (Award, at para. 43). As discussed above, the Contract adjusts for the impacts these factors will have on Wastech’s profitability, not only by adjusting the rates payable by Metro, but also by requiring it to share in the consequences of failing to meet the target level of profitability (ss. 14.11 and 14.19). It was through

pour lesquels le pouvoir discrétionnaire a été conféré et constituait-il par le fait même un manquement à l’obligation? À mon avis, la réponse est non.

[97] Rappelons que le contrat confère à Metro le [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire absolu » pour établir la quantité minimale de déchets qui seront transportés au site d’enfouissement de Cache Creek, et non aux autres sites d’élimination des déchets, au cours d’une période donnée. Contrairement à ce que prévoient certains accords antérieurs entre les parties, il n’y a aucun volume minimal garanti de déchets destinés à ce site au cours d’une année donnée (sentence arbitrale, par. 84). Cette quantité minimale (« capacité de remorquage garantie ») doit être fixée en fonction de la variation saisonnière du flux de déchets et [TRADUCTION] « d’autres facteurs qui influent sur le volume de déchets transportés au site d’enfouissement de Cache Creek durant une année civile » (m.a., vol. II, p. 68, art. 30.5). Mis à part cette affirmation générale, il n’y a aucune indication quant aux objectifs qui sous-tendent l’octroi à Metro du pouvoir discrétionnaire pour fixer cette quantité.

[98] Cependant, lorsqu’on lit les clauses en tenant compte du contrat dans son ensemble, les objectifs deviennent plus clairs. Les attendus au début du contrat décrivent l’intention des parties de, notamment, s’inciter l’une et l’autre à [TRADUCTION] « maximiser l’efficacité et à réduire les coûts au minimum », à permettre « l’exploitation optimale de la capacité municipale d’élimination des déchets solides du site d’enfouissement de Cache Creek », et à être « attentives aux changements importants apportés aux normes d’exploitation, aux services ou à la configuration du système » (d.a., vol. II, p. 9, attendus C(2) et (6) à (7)). Ces attendus concordent avec le texte de l’ensemble du contrat, qui se veut souple pour tenir compte des divers facteurs prévus par les parties, comme les volumes de déchets, les frais d’exploitation et la capacité des sites d’élimination des déchets (sentence arbitrale, par. 43). Comme nous l’avons vu, le contrat s’adapte aux répercussions qu’auront ces facteurs sur la rentabilité de Wastech, non seulement en ajustant les

this structure that the parties decided to manage the risk and rewards of the operation.

[99] In this context, the purposes of giving Metro discretion to determine waste allocation in its “absolute discretion” were clearly to allow it the flexibility necessary to maximize efficiency and minimize costs of the operation. Granting such discretion, as opposed to fixing certain waste volumes, serves the overall objective of allowing the parties to adapt to changing circumstances over the life of the Contract so as to ensure this operational efficiency. Further, the fact that this discretion exists alongside a detailed framework to adjust payments towards the goal of a negotiated level of profitability, contradicts the idea that the parties intended this discretion be exercised so as to provide Wastech with a certain level of profit. Those incentives are already carefully created elsewhere in the Contract. Reading these clauses in context, then, the purposes for granting Metro “absolute discretion” was to allow it to structure the disposal of waste for which it had contracted Wastech in an efficient and cost-effective manner given the operational variability the parties foresaw.

[100] Based on these purposes, Metro did not act unreasonably. Metro’s exercise of discretion was “guided by the objectives of maximizing the [Burnaby Waste to Energy Facility’s] efficiency, preserving remaining site capacity at the [Cache Creek Landfill], and operating the system in the most cost-effective manner” and “was made in furtherance of its own business objectives” (Award, at paras. 87-88). All this points to an exercise of discretion that cannot be said to be unconnected to the contractual purposes for which it was granted.

taux payables par Metro, mais aussi en l’obligeant à assumer sa part des conséquences de l’omission d’atteindre le degré cible de rentabilité (art. 14.11 et 14.19). C’est par le truchement de cette structure que les parties ont décidé de gérer le risque et les bénéfices de l’opération.

[99] Dans ce contexte, les objectifs pour lesquels Metro s’est vu conférer le « pouvoir discrétionnaire absolu » relatif à la répartition des déchets étaient clairement de lui donner la souplesse nécessaire pour maximiser l’efficacité et réduire au minimum les frais de l’opération. L’octroi d’un tel pouvoir, par opposition à l’établissement de certains volumes de déchets, favorise la réalisation de l’objectif général de permettre aux parties de s’adapter à l’évolution de la situation pendant la durée du contrat, de sorte que cette efficacité opérationnelle soit assurée. De plus, la coexistence de ce pouvoir discrétionnaire avec un cadre détaillé servant à ajuster les paiements en vue de l’atteinte d’un niveau négocié de rentabilité contredit l’idée que les parties entendaient que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé de manière à ce que Wastech bénéficie d’une certaine rentabilité. Ces incitatifs détaillés existent déjà ailleurs dans le contrat. Ainsi, lorsqu’on lit les clauses susmentionnées dans leur contexte, les objectifs pour lesquels Metro s’est vu conférer un « pouvoir discrétionnaire absolu » étaient de lui permettre d’organiser l’élimination des déchets, pour laquelle elle avait conclu un contrat avec Wastech, de manière efficiente et rentable compte tenu de la variabilité opérationnelle que prévoyaient les parties.

[100] À la lumière de ces objectifs, Metro n’a pas agi de façon déraisonnable. L’exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire était [TRADUCTION] « guidé par les objectifs d’optimisation de l’efficacité [de l’installation de valorisation énergétique de Burnaby], de préservation de la capacité restante du site [d’enfouissement de Cache Creek] et d’exploitation du système de la manière la plus rentable possible », et Metro avait pris sa décision « en vue d’atteindre ses propres objectifs opérationnels » (sentence arbitrale, par. 87-88). Tout cela dénote un pouvoir discrétionnaire qui ne peut être considéré comme étranger aux objectifs contractuels pour lesquels il a été conféré.

[101] Importantly, the duty did not require Metro to subordinate its interests to those of Wastech in exercising its discretionary power in the manner that Wastech claims. The Contract purposely included no guarantee that the Target OR would be achieved. The parties were aware of the risk that the exercise of discretion represented and chose, notwithstanding long negotiations and a detailed agreement, not to constrain the discretion in the way Wastech now requests. In point of fact, Wastech is asking for an advantage for which it did not bargain. It asks, in effect, that Metro confer a benefit upon it that was not contemplated, expressly or impliedly, under the Contract. On my understanding, this stands outside of the “requirement of justice” identified by Cromwell J. in *Bhasin* (para. 64).

[102] Although, during the hearing of this appeal, Wastech repeatedly emphasized the arbitrator’s conclusion that the Contract was a long-term, relational agreement dependent upon an element of trust and cooperation between Wastech and Metro, this is not dispositive of the case in favour of Wastech. Despite the arbitrator’s conclusion, which I do not purport to disturb, the detailed nature of the Contract plainly demonstrates that the parties carefully structured their relationship, and precisely allocated the risks of their bargain between them by means of, among other things, the various adjustment mechanisms set out in the Contract. Assessing whether Metro exercised its discretion in good faith cannot ignore this context. This is not an example of an unforeseen or unregulated matter that, by reason of the relational character of the Contract, was left to the trust and cooperation said to be inherent in the long-term arrangement. The parties foresaw this risk — and chose to leave the discretion in place.

[103] It seems to me that the only questionable conduct raised here is that Metro’s exercise of discretion made it “impossible” for Wastech to achieve the Target OR in 2011. To be sure, given the spirit of trust and cooperation underlying the Contract — which, again, the arbitrator, in his review of the facts, described as being long-term and relational — the

[101] Fait à noter, l’obligation n’obligeait pas Metro à subordonner ses intérêts à ceux de Wastech dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, de la façon invoquée par cette dernière. Le contrat n’incluait à dessein aucune garantie que le RE cible serait atteint. Les parties étaient conscientes du risque que représentait l’exercice du pouvoir discrétionnaire et ont choisi, malgré de longues négociations et un accord détaillé, de ne pas limiter ce pouvoir discrétionnaire de la façon dont le demande maintenant Wastech. En fait, cette dernière cherche à obtenir un avantage qu’elle n’a pas négocié. Elle demande dans les faits que Metro lui confère un avantage qui n’a pas été envisagé, expressément ou implicitement, dans le contrat. Selon ce que je comprends, cela ne relève pas de l’« exigence de justice » énoncée par le juge Cromwell dans l’arrêt *Bhasin* (par. 64).

[102] Bien que, lors de l’instruction du présent pourvoi, Wastech ait souligné à maintes reprises la conclusion de l’arbitre selon laquelle le contrat constituait un accord relationnel à long terme tributaire d’un élément de confiance et de collaboration entre Wastech et Metro, cela ne permet pas de trancher l’affaire en faveur de Wastech. Malgré la conclusion de l’arbitre, que je n’ai pas l’intention de modifier, la nature détaillée du contrat montre clairement que les parties ont soigneusement structuré leur relation et précisément réparti entre elles les risques de leur marché, notamment au moyen des divers mécanismes de rajustement prévus au contrat. On ne peut mettre ce contexte de côté lorsqu’on évalue si Metro a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Il ne s’agit pas d’un exemple d’une situation imprévue ou non réglementée qui, en raison de la nature relationnelle du contrat, devait se régler grâce à la confiance et à la collaboration considérées comme inhérentes à l’accord à long terme. Les parties avaient prévu ce risque — et ont choisi de conserver le pouvoir discrétionnaire.

[103] Il me semble que la seule conduite douteuse évoquée en l’espèce soit celle de l’exercice du pouvoir discrétionnaire par Metro qui a rendu « impossible » pour Wastech d’atteindre le RE cible en 2011. Certes, étant donné l’esprit de confiance et de collaboration qui sous-tend le contrat — que l’arbitre, dans son examen des faits, a encore une

legitimate contractual interests of these parties were different than parties to, say, a more transactional agreement (see *Bhasin*, at para. 69). The fact remains that the Contract did not guarantee that Wastech would achieve the Target OR in any given year. Indeed, the various, complex adjustment mechanisms provided in the Contract itself, which only apply where the Actual OR for a given year deviates from the Target OR, plainly demonstrate that the parties anticipated that the Target OR would not be achieved in some years (Award, at para. 84). Accordingly, the mere fact that Wastech did not have the opportunity to achieve the Target OR in one year of the 20-year Contract is not altogether surprising, notwithstanding the arbitrator’s conclusion that the Contract was a long-term, relational agreement. Rather, it seems to me that the impact of Metro’s exercise of discretion on Wastech simply reflects the allocation of risk set out in the Contract, for which Wastech negotiated and to which it agreed. Indeed, recital C(3) specifically notes that the Contract provided for the sharing of “risks and benefits”. It is true that the eventuality at the origin of this dispute was thought by both parties to be unlikely. But together they saw the risk and, together, they turned away from it, leaving the discretion in place. In this sense, Metro cannot be said to have exercised its discretion in a manner demonstrably unconnected with the relevant purposes. Wastech itself may have expected that opportunity every year, but given the terms of the bargain to which it agreed, that expectation was not shared.

[104] The text of the discretionary clause in the case at bar did not spell out, in explicit terms, why the Contract provides Metro with “absolute discretion” to allocate waste from one year to the next. But when read in the context of the Contract as a whole, with an eye to what Lord Sales calls the parties’ “loyalty to th[e] venture”, the purpose that constrained Metro’s exercise of discretion becomes plain.

fois décrit comme un contrat de nature relationnelle à long terme —, les intérêts contractuels légitimes de ces parties étaient différents de ceux des parties à un accord de nature plus transactionnelle par exemple (voir l’arrêt *Bhasin*, par. 69). Il demeure que le contrat ne garantissait pas que Wastech atteindrait le RE cible chaque année. Effectivement, les divers mécanismes de rajustement complexes prévus dans le contrat lui-même, qui ne s’appliquent que lorsque le RE réel pour une année donnée est différent du RE cible, démontrent clairement que les parties avaient prévu que le RE cible ne serait pas atteint certaines années (sentence arbitrale, par. 84). En conséquence, le simple fait que Wastech n’ait pas eu l’occasion d’atteindre le RE cible durant l’une des 20 années du contrat n’est pas vraiment surprenant, malgré la conclusion de l’arbitre selon laquelle le contrat était un accord de nature relationnelle à long terme. Il me semble plutôt que l’incidence sur Wastech de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro reflète simplement la répartition du risque établie dans le contrat, que Wastech a négociée et acceptée. De fait, l’attendu C(3) mentionne expressément que le contrat prévoyait le partage des [TRADUCTION] « risques et avantages ». Il est vrai que la situation à l’origine du litige était considérée comme improbable par les parties. Cependant, elles ont toutes les deux perçu le risque et, ensemble, elles l’ont écarté, laissant le pouvoir discrétionnaire en place. En ce sens, on ne peut pas dire que Metro a exercé son pouvoir discrétionnaire d’une manière manifestement étrangère aux objectifs applicables. Wastech aurait pu s’attendre à bénéficier de cette possibilité chaque année, mais vu les conditions du marché qu’elle a accepté, cette attente n’était pas partagée.

[104] Le texte de la clause discrétionnaire dans le cas qui nous occupe n’indiquait pas expressément pourquoi le contrat conférait à Metro un « pouvoir discrétionnaire absolu » relativement à la répartition des déchets d’une année à l’autre. Toutefois, à la lumière du contexte du contrat dans son ensemble, et en tenant compte de ce que le lord Sales appelle la [TRADUCTION] « loyauté [des parties] envers l’entreprise », l’objectif qui restreint l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Metro devient évident.

[105] Reading the Contract as a whole, one understands that there was no guarantee that Wastech would achieve the Target OR in any given year. The risk that revenues could vary from one year to the next was in the contemplation of the parties, and this variance could well be based on factors such as the exercise of Metro's discretion to reallocate waste. This risk was addressed in the Contract, notably through the adjustment clauses. The risk that the exercise of discretion would affect profitability of either party in a given year was thus a considered one and, that risk notwithstanding, the discretionary power was left in place. In these circumstances, the purpose of the clause was plainly to give Metro the leeway, based on its judgment as to what was best for itself, to adjust the proportions of the allocations of waste amongst the three sites as it required to ensure the efficiency of the operation. The ability to make that allocation was not only permitted, but it could be said to reflect the purpose of the clause.

[106] While Metro's choice, from the point of view of its contracting partner, Wastech, was disadvantageous, that choice was within the range permitted by the purpose of the clause. In that sense it was in good faith even if the exercise meant that Wastech's own interest suffered as a consequence. Because the exercise of discretion was within the range of conduct contemplated by the purpose of the clause, it cannot be said, according to the standards of contractual justice, to be in bad faith or unfair.

[107] By asking for what amounts to a guarantee of the Target OR in every year of the Contract, Wastech is asking for an outcome that stands outside of the Contract. It complains that the outcome is unfair because, in the result, it would not be in a position to earn the revenue to which it felt entitled. In point of fact, Wastech is asking for Metro's discretion to be constrained so that it can achieve a result — an advantage — for which it did not bargain and, in fact, that it might have been said to have bargained away. It asks the Court to have Metro subvert its own interest in name of accommodating Wastech's

[105] Si on lit le contrat dans son ensemble, on comprend qu'il n'y avait aucune garantie que Wastech atteigne le RE cible lors d'une année donnée. Le risque que les revenus varient d'une année à l'autre avait été envisagé par les parties, et cette variation pourrait bien être fondée sur des facteurs comme l'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire relatif à la répartition des déchets. Le contrat abordait ce risque, notamment au moyen des dispositions de rajustement. Le risque que l'exercice du pouvoir discrétionnaire affecte le profit réalisé par l'une ou l'autre des parties au cours d'une année donnée a donc été pris en compte et, malgré tout, le pouvoir discrétionnaire a été conservé. Dans ces circonstances, l'objectif de la disposition était simplement de donner à Metro la latitude, en fonction de son jugement de ce qui est le mieux pour elle, pour rajuster les proportions de la répartition des déchets parmi les trois sites de la façon nécessaire pour assurer l'efficacité de l'opération. La capacité de faire une telle répartition était non seulement permise, mais on peut aussi dire qu'elle reflétait l'objectif de la disposition.

[106] Bien que le choix de Metro, du point de vue de son partenaire contractuel, Wastech, fût désavantageux, il faisait partie de l'éventail permis par l'objectif de la disposition, en ce sens qu'il avait été fait de bonne foi, même si l'exercice avait pour effet de porter préjudice à l'intérêt de Wastech. Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire faisait partie de l'éventail des conduites pouvant être envisagées en fonction de l'objectif de la disposition, on ne peut dire, selon les normes de la justice contractuelle, qu'il a été fait de mauvaise foi ou qu'il était injuste.

[107] En demandant ce qui équivaut à une garantie du RE cible chaque année du contrat, Wastech cherche à obtenir une issue qui n'est pas visée par le contrat. Elle se plaint que l'issue est injuste parce que, en définitive, elle ne serait pas en mesure de gagner le revenu auquel elle estimait avoir droit. Dans les faits, Wastech demande que le pouvoir discrétionnaire de Metro soit restreint de sorte qu'elle puisse obtenir un résultat — un avantage — qu'elle n'a pas négocié et, en fait, auquel elle aurait renoncé. Elle demande à la Cour de faire en sorte que Metro compromette son propre intérêt afin d'accommoder

interest. But Metro is Wastech's contracting partner, not its fiduciary. The loyalty required of it in the exercise of this discretion was loyalty to the bargain, not loyalty to Wastech. Wastech cannot rely on an understanding of good faith that sits uncomfortably with the foundation of contractual justice.

(d) *Quebec Civil Law Would Not Assist Wastech*

[108] Lastly, I allow myself to observe that Metro argues, after noting Cromwell J.'s allusions to the abuse of rights in civil law in *Bhasin*, that Wastech's position would not be treated more favourably under Quebec law. It is true, as is acknowledged in *Bhasin*, at para. 83, that art. 7 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q.") provides in part that good faith requires parties to refrain from exercising their rights, including contractual rights, in an unreasonable manner.¹ Indeed, even prior to the enactment of this rule, this Court held in *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122, that the doctrine of abuse of rights requires that contractual rights be exercised reasonably in the Quebec law of obligations (pp. 154-55). In *Houle*, this Court characterized the defendant bank's conduct as "sudden, impulsive, and harmful", and that it constituted, for the Court, "a flagrant abuse of the bank's contractual right" (p. 176). I recall that in *Callow* this Court drew on the Quebec abuse of rights framework to clarify that the direct link to contractual performance required to make out a breach of the duty of honest performance was met where an obligation was performed, or a right exercised, dishonestly and therefore in bad faith. In this case, there is no reason to draw on this framework, as the bad faith exercise of the contractual discretion is an uncontroversial definitional feature of this duty. Instead it is the *content* of the duty that is at issue here. There is, of course, no question of applying Quebec law to this dispute but, says Metro, even by analogy or comparison, the standard of reasonable

l'intérêt de Wastech; mais Metro est le partenaire contractuel de Wastech, non pas son fiduciaire. La loyauté exigée de sa part dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était la loyauté envers le marché, et non envers Wastech. Celle-ci ne peut se fonder sur une compréhension de la bonne foi qui s'accorde mal avec le fondement de la justice contractuelle.

d) *Le droit civil du Québec ne serait d'aucun secours à Wastech*

[108] Enfin, je me permets d'observer que Metro soutient, après avoir souligné les allusions à l'abus de droit en droit civil qu'a faites le juge Cromwell dans l'arrêt *Bhasin*, que la position de Wastech ne serait pas traitée plus favorablement en vertu du droit québécois. Il est vrai, tel qu'il est reconnu dans l'arrêt *Bhasin* au par. 83, que l'art. 7 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») prévoit notamment que la bonne foi oblige les parties à s'abstenir d'exercer leurs droits, y compris leurs droits contractuels, d'une manière déraisonnable¹. D'ailleurs, même avant l'adoption de cette règle, la Cour a conclu dans l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, que la théorie de l'abus des droits exige que les droits contractuels soient exercés de manière raisonnable en droit québécois des obligations (p. 154-155). Dans l'arrêt *Houle*, la Cour a qualifié la conduite de la banque défenderesse de « soudaine, impulsive et dommageable » et a affirmé qu'elle constituait, d'après la Cour, un « abus flagrant du droit contractuel de la banque » (p. 176). Je rappelle que dans l'arrêt *Callow*, notre Cour s'est référée au cadre d'analyse québécois de l'abus de droit afin de préciser que le lien direct avec l'exécution contractuelle nécessaire pour établir un manquement à l'obligation d'exécution honnête est présent si une obligation a été exécutée, ou un droit exercé, de façon malhonnête et donc de mauvaise foi. En l'espèce, il n'y a aucune raison de se rapporter à ce cadre, car l'exercice de mauvaise foi du pouvoir discrétionnaire contractuel est une caractéristique

¹ Article 7 C.C.Q.: "No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner, and therefore contrary to the requirements of good faith". Cromwell J. also referred expressly to art. 6 and 1375 C.C.Q. (*Bhasin*, at para. 83).

¹ Article 7 du C.c.Q. : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. » Le juge Cromwell a également mentionné expressément les art. 6 et 1375 du C.c.Q. (*Bhasin*, par. 83).

conduct in the law of abuse of contractual rights in Quebec would not provide Wastech with the redress it seeks here.

[109] I agree with Metro that invoking the substantive content of what constitutes an abuse in the exercise of a discretionary contractual clause in Quebec law is of no help to Wastech in this case. In arguing that the denial of the opportunity to earn its target revenue reflects an unreasonable exercise of Metro's discretion to reallocate waste, Wastech does not allege that Metro acted imprudently or negligently, in an intemperate manner or with an intention to harm, factors often considered to be relevant to the measure of abuse of right in *Houle* and in the cases decided under art. 6, 7 and 1375 C.C.Q. (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, Nos. 156 and 157). Moreover, Quebec scholars and courts have pointed out that the standard as to what constitutes an abusive exercise of a discretionary right is an especially exacting one: typically it is said to repose on [TRANSLATION] "bad faith or a blatant fault causing abnormal injury" (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux* (8th ed. 2014), at para. 1-232, citing *Ponce v. Montrusco & Associés inc.*, 2008 QCCA 329, [2008] R.J.D.T. 65). None of this kind of conduct is alleged by Wastech in support of its claim based on the supposedly unreasonable exercise of the power in the Contract in this case. It is true that some authorities in Quebec support the view that a contractual right should not be exercised capriciously or arbitrarily (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), No. 1987). But, as we have seen, even allowing for these measures as relevant to what is the reasonable exercise of a discretionary power in the common law, Wastech has not staked its claim against Metro on this basis.

définitionnelle non contestée de cette obligation. C'est plutôt la *teneur* de l'obligation qui est en cause dans la présente affaire. Bien sûr, il n'est pas question d'appliquer le droit québécois au présent litige, mais, selon Metro, même si l'on procédait par analogie ou comparaison, la norme de conduite raisonnable dans le domaine de l'abus de droits contractuels au Québec ne permettrait pas à Wastech d'obtenir le redressement qu'elle réclame en l'espèce.

[109] Je conviens avec Metro qu'invoquer la teneur réelle de ce qui constitue un abus dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire contractuel en droit québécois n'est d'aucun secours à Wastech en l'espèce. En soutenant que le fait d'être privé de la possibilité de toucher son revenu cible indique un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de Metro relatif à la répartition des déchets, Wastech ne prétend pas que Metro a fait preuve d'imprudence ou de négligence, qu'elle s'est comportée de manière immodérée ou a agi dans l'intention de causer du tort, des facteurs souvent jugés pertinents pour évaluer l'abus de droit dans l'arrêt *Houle* et les décisions rendues en application des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 156 et 157). De plus, la doctrine et les tribunaux québécois ont souligné que la norme servant à établir ce qui constitue un exercice abusif d'un droit discrétionnaire est particulièrement exigeante : on affirme généralement qu'elle repose sur « la mauvaise foi ou sur une faute caractérisée engendrant un préjudice anormal » (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux* (8^e éd. 2014), par. 1-232, citant *Ponce c. Montrusco & Associés inc.*, 2008 QCCA 329, [2008] R.J.D.T. 65). Wastech n'allègue aucune conduite de ce genre à l'appui de sa demande fondée sur l'exercice supposément déraisonnable du pouvoir conféré par le contrat en l'espèce. Certes, quelques sources québécoises appuient la thèse voulant qu'un droit contractuel ne doive pas être exercé de façon abusive ou arbitraire (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 1987). Toutefois, comme nous l'avons vu, même si l'on admettait la pertinence de ces mesures pour déterminer en quoi consiste l'exercice raisonnable d'un pouvoir discrétionnaire en common law, la poursuite de Wastech contre Metro ne reposait pas sur ce fondement.

[110] More importantly still, Wastech’s argument that Metro’s discretionary power should have been exercised in the spirit of cooperation — a principle that has been recognized on occasion in Quebec — would be of no assistance to Wastech here. Ultimately, Wastech asks, under the guise of good faith performance of Metro’s discretionary power, that it be provided with a benefit not contemplated by the parties in the Contract. Whatever the extent to which a duty of cooperation with one’s contracting party is required by the law of good faith in Quebec, it would stop short of requiring Metro, in the absence of any wrongful conduct, to confer a guarantee of profit that is not provided for in the Contract. In this sense, this Court has compared Quebec law to a similar notion sketched for the common law in *Bhasin* in the case of *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, at para. 128: “The duty to cooperate with the other contracting party does not mean that one’s own interests must be sacrificed.” Whatever cooperation is required of contracting parties by good faith, in ordinary commercial contracts or even in long-term relational agreements, the law does not require, as a general rule, the parties to act as the law would require of a fiduciary, or to redistribute advantages under the agreement in a manner that stands outside the ordinary purview of contractual justice (see, e.g., *Dunkin’ Brands Canada Ltd. v. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, at para. 74, and *Gestion immobilière Bégin inc. v. 9156-6901 Québec inc.*, 2018 QCCA 1935, at para. 28 (CanLII)). Decidedly, an analogy to Quebec law does not assist Wastech in this case.

(3) Conclusion on Good Faith

[111] Where a party to a contract exercises its discretion unreasonably, which in this context means in a manner not connected to the underlying purposes of the discretion granted by the contract, its conduct amounts to a breach of the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith — a wrongful exercise of the discretionary power — and thus a contractual breach that must be corrected. Requiring a party to pay damages to repair such a wrong accords with the theory of corrective justice

[110] Plus important encore, l’argument de Wastech selon lequel le pouvoir discrétionnaire de Metro aurait dû être exercé dans un esprit de coopération — un principe qui a été reconnu à l’occasion au Québec — ne serait d’aucun secours à Wastech en l’espèce. En définitive, Wastech demande, sous le couvert de l’exécution de bonne foi du pouvoir discrétionnaire de Metro, de recevoir un avantage que les parties n’avaient pas prévu au contrat. Peu importe la mesure dans laquelle une obligation de coopération avec l’autre partie contractante est requise par le droit relatif à l’obligation d’agir de bonne foi au Québec, cela ne reviendrait pas à exiger que Metro, en l’absence d’une conduite fautive, confère une garantie de profit qui n’est pas prévue au contrat. En ce sens, la Cour a comparé le droit québécois à une notion semblable esquissée pour la common law dans l’arrêt *Bhasin*, dans l’affaire de *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 128 : « Le devoir de collaborer avec son cocontractant n’exige pas de sacrifier ses intérêts propres. » Peu importe la collaboration des parties contractantes qu’exige la bonne foi, dans les contrats commerciaux ordinaires ou même dans les accords relationnels à long terme, le droit n’exige pas, en règle générale, que les parties agissent comme la loi l’exigerait d’un fiduciaire, ou qu’elle redistribue les avantages aux termes de l’accord d’une manière qui ne relève habituellement pas de la justice contractuelle (voir, p. ex., *Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, par. 74, et *Gestion immobilière Bégin inc. c. 9156-6901 Québec inc.*, 2018 QCCA 1935, par. 28 (CanLII)). Décidément, une analogie avec le droit québécois n’est pas utile à Wastech en l’espèce.

(3) Conclusion sur la bonne foi

[111] Lorsqu’une partie à un contrat exerce son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, ce qui signifie dans le présent contexte d’une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire conféré par le contrat, sa conduite constitue un manquement à l’obligation d’exercer ses pouvoirs discrétionnaires de bonne foi — soit un exercice fautif du pouvoir discrétionnaire — et donc une violation contractuelle qui doit être corrigée. Obliger une partie à payer des dommages-intérêts

and does not amount to a reallocation of the benefits under the contract as determined by the parties or a gift from one party to another.

[112] This same theory of corrective justice anchors the organizing principle of good faith and the specific duties derived therefrom as reflected in Cromwell J.'s statements in *Bhasin* that the organizing principle is a "requirement of justice". That does not require a party to subordinate its interests to those of the other party (para. 86). Like the distinct duty of honest performance, the duty to exercise contractual discretionary powers in good faith is not a fiduciary duty. In exercising a contractual discretionary power, "a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest" (para. 70). Doing so is not necessarily exercising discretion wrongfully or in "bad faith".

[113] I note once again that the duty to exercise discretionary powers in good faith does not require a party to confer a benefit on the other party that was not a part of their original agreement, nor does it require a party to subordinate its interests to those of the other party. Respectfully stated, the arbitrator failed to abide by these tenets and the arbitral award extends the good faith duty at issue beyond its proper bounds. In these circumstances, Wastech's argument that Metro could not deprive it of the fundamental benefit for which it bargained fails to take into account the terms of the agreement itself and the purpose for which Metro was extended the discretionary power in question. The parties saw the risk that Wastech could fail to meet the Target OR in a given year. They chose to leave that risk in the bargain and refrained from guaranteeing Wastech's profit margin. In light of this, Wastech cannot say the exercise of the discretion was unreasonable. In essence, it argues that good faith required Metro to subordinate its interests to Wastech, and to guarantee to Wastech something which the Contract they painstakingly negotiated over approximately

pour réparer une telle faute est compatible avec la théorie de la justice corrective et ne constitue pas une réaffectation des avantages prévus au contrat comme l'ont établi les parties, ni un don de l'une des parties à l'autre.

[112] Cette même théorie de la justice corrective est à la base du principe directeur de l'exécution de bonne foi et des obligations particulières qui en découlent, comme cela ressort des déclarations formulées par le juge Cromwell dans l'arrêt *Bhasin*, selon lesquelles le principe directeur est une « exigence de justice ». Cela n'oblige pas une partie à subordonner ses intérêts à ceux de l'autre partie (par. 86). Comme l'obligation distincte d'exécution honnête, l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires contractuels de bonne foi n'en est pas une qui est de nature fiduciaire. Lorsqu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire contractuel, « une partie peut parfois causer une perte à une autre partie — même de façon intentionnelle — dans la poursuite légitime d'intérêts économiques personnels » (par. 70). Cela ne constitue pas nécessairement un exercice abusif ou de « mauvaise foi » d'un pouvoir discrétionnaire.

[113] Je souligne encore une fois que l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi n'exige pas qu'une partie confère à l'autre un avantage qui n'était pas prévu dans leur accord initial, et n'exige pas non plus qu'une partie subordonne ses intérêts à ceux de l'autre partie. Soit dit en tout respect, l'arbitre n'a pas respecté ces préceptes et la sentence arbitrale étend l'obligation de bonne foi en cause au-delà des limites qui s'imposent. Dans ces circonstances, l'argument de Wastech selon lequel Metro ne pouvait pas la priver de l'avantage fondamental qu'elle avait négocié ne tient pas compte des conditions de l'accord en tant que tel et de l'objectif pour lequel Metro s'est vu confier le pouvoir discrétionnaire en question. Les parties avaient constaté le risque que Wastech puisse ne pas atteindre le RE cible au cours d'une année. Elles ont choisi d'assumer ce risque dans le marché et n'ont pas garanti de marge de profit à Wastech. Compte tenu de ce choix, Wastech ne peut dire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. Essentiellement, Wastech soutient que la bonne foi obligeait Metro à subordonner ses intérêts aux siens, et à lui garantir quelque chose qui n'était

18 months did not. Generally speaking, this is not the role of good faith in the common law of contract in light of the requirement of justice spoken to in *Bhasin* and the arbitrator erred in law by giving effect to these arguments. For these reasons, I agree with the courts below that Wastech's claim must fail: the arbitrator's award cannot stand whether the standard of review is correctness or reasonableness.

V. Disposition

[114] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

BROWN AND ROWE JJ. —

I. Introduction

[115] We are in accord with our colleague Kasirer J. to dismiss the appeal. Notwithstanding our agreement in the result, we write separately for four reasons. First, this Court should clarify the applicable standard of review. Secondly, while we agree that the purpose of a discretion is the proper focus of the good faith analysis, in assessing that purpose, courts must give effect to the parties' bargain. Thirdly, we do not agree with our colleague's treatment of the duty of honest performance insofar as he suggests that it is a preliminary step in addressing the duty to exercise discretion in good faith. Finally, our colleague's reliance on the civil law of Quebec is unnecessary, ill-advised and wholly misplaced. Rather than assisting in the development of the common law of good faith in contractual performance, as stated by this Court in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, the digression into the civil law gives rise to complication, uncertainty and confusion.

pas prévu dans le contrat qu'elles avaient laborieusement négocié pendant environ 18 mois. De manière générale, ce n'est pas là le rôle de la bonne foi dans la common law en matière de contrats compte tenu de l'exigence de justice abordée dans l'arrêt *Bhasin*, et l'arbitre a commis une erreur de droit en donnant effet à ces arguments. Pour les motifs qui précèdent, je souscris à la conclusion des instances inférieures selon laquelle la demande de Wastech doit être rejetée : la sentence arbitrale ne peut être maintenue, que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable.

V. Dispositif

[114] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE —

I. Introduction

[115] Nous sommes d'accord avec notre collègue le juge Kasirer pour rejeter le pourvoi. Malgré que nous souscrivions au résultat, nous rédigeons des motifs distincts pour quatre raisons. Premièrement, la Cour devrait préciser la norme de contrôle applicable. Deuxièmement, bien que nous convenions que l'analyse de la bonne foi doit à juste titre être axée sur l'objet d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux doivent donner effet au marché conclu par les parties pour établir quel est cet objet. Troisièmement, nous ne souscrivons pas au traitement que fait notre collègue de l'obligation d'exécution honnête dans la mesure où il laisse entendre qu'il s'agit d'une étape préliminaire à l'examen de l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de bonne foi. Enfin, son recours au droit civil du Québec est inutile, malavisé et totalement injustifié. Plutôt que de contribuer à l'évolution de la common law relativement à la bonne foi en matière d'exécution contractuelle, comme l'a établi notre Cour dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, la digression sur le droit civil donne lieu à des difficultés, de l'incertitude et de la confusion.

[116] At root, answering the question posed by this appeal is a matter of straightforwardly applying *Bhasin* and confirming that, while *Bhasin* organized several established common law doctrines under the rubric of “good faith”, it did not represent an abandonment of commercial certainty by requiring contracting parties to place their counterparty’s interests ahead of their own. Inasmuch as the effect of the arbitrator’s decision in this case was to require that the respondent protect the appellant’s interests at the expense of its own, it is not consistent with *Bhasin* or the jurisprudence that preceded it. We would therefore dismiss the appeal.

II. Standard of Review

[117] Our colleague refrains from identifying the standard of review, since on either standard he would overturn the arbitrator’s conclusions. In our view, however, this Court ought to provide clear guidance on this point. Conflicting lines of authority have arisen concerning the application of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, to arbitration appeals (*Northland Utilities (NWT) Limited v. Hay River (Town of)*, 2021 NWTCA 1, at paras. 21-44 (CanLII); *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership v. Ontario Lottery And Gaming Corporation*, 2020 ONSC 1516, at paras. 62-75 (CanLII); *Cove Contracting Ltd. v. Condominium Corporation No 012 5598 (Ravine Park)*, 2020 ABQB 106, 10 Alta. L.R. (7th) 178, at paras. 3-12; *Allstate Insurance Co. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2020 ONSC 830, 149 O.R. (3d) 761, at paras. 12-19; *Buffalo Point First Nation v. Cottage Owners Association*, 2020 MBQB 20, at paras. 46-48 (CanLII); *Clark v. Unterschultz*, 2020 ABQB 338, 41 R.F.L. (8th) 28, at paras. 55-56). This question ought to be resolved.

[118] In *Vavilov*, this Court concluded that the appellate standards of review identified in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, apply to statutory rights of appeal from administrative decisions (para. 37). Certain trial courts have, however, resisted applying this principle to appeals from arbitral awards. Two reasons are offered for

[116] Fondamentalement, pour répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi, il faut simplement appliquer l’arrêt *Bhasin* et confirmer que, même si cet arrêt a classé plusieurs doctrines établies en common law sous la rubrique de la « bonne foi », il ne représentait pas un abandon de la stabilité commerciale et n’exigeait pas que les parties contractantes subordonnent leurs intérêts à ceux de leur cocontractant. Dans la mesure où l’effet de la décision de l’arbitre en l’espèce était d’exiger que l’intimée protège les intérêts de l’appelante aux dépens des siens, celle-ci n’est pas conforme à l’arrêt *Bhasin* ou à la jurisprudence l’ayant précédé. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Norme de contrôle

[117] Notre collègue s’abstient de se prononcer sur la norme de contrôle applicable, car il infirmerait les conclusions de l’arbitre peu importe la norme appliquée. Cependant, à notre avis, la Cour devrait fournir des indications claires sur ce point. L’application de l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, aux appels des sentences arbitrales a donné lieu à des courants jurisprudentiels divergents (*Northland Utilities (NWT) Limited c. Hay River (Town of)*, 2021 NWTCA 1, par. 21-44 (CanLII); *Ontario First Nations (2008) Limited Partnership c. Ontario Lottery And Gaming Corporation*, 2020 ONSC 1516, par. 62-75 (CanLII); *Cove Contracting Ltd c. Condominium Corporation No 012 5598 (Ravine Park)*, 2020 ABQB 106, 10 Alta. L.R. (7th) 178, par. 3-12; *Allstate Insurance Co. c. Ontario (Minister of Finance)*, 2020 ONSC 830, 149 O.R. (3d) 761, par. 12-19; *Buffalo Point First Nation c. Cottage Owners Association*, 2020 MBQB 20, par. 46-48 (CanLII); *Clark c. Unterschultz*, 2020 ABQB 338, 41 R.F.L. (8th) 28, par. 55-56). Cette question doit être réglée.

[118] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a conclu que les normes de contrôle applicables en appel établies dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, s’appliquent aux droits d’appel à l’encontre de décisions administratives prévus par la loi (par. 37). Certains tribunaux de première instance ont toutefois résisté à l’application de ce principe

this. First, *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, and *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, do not support the application of appellate standards of review to arbitration appeals, and *Vavilov* did not expressly overrule those decisions (*Ontario First Nations*, at para. 71; *Cove Contracting Ltd.*, at paras. 10-12). Secondly, *Vavilov* was driven by “constitutional considerations that justify deference by the judiciary to the legislature” (*Ontario First Nations*, at para. 72). In contrast, the standard of review that applies to appeals from private arbitration awards is “guided by commercial considerations about respect for the decision-makers chosen by the parties. As a result, deference is justified by the parties’ contractual intent” (*Ontario First Nations*, at para. 72).

[119] There are important differences between commercial arbitration and administrative decision-making (*Sattva*, at para. 104). Those differences do not, however, affect the standard of review where the legislature has provided for a statutory right of appeal. Appellate standards of review apply as a matter of statutory interpretation. As this Court explained in *Vavilov*, “a legislative choice to enact a statutory right of appeal signals an intention to ascribe an appellate role to reviewing courts” (para. 39). This interpretive principle applies in similar manner to statutory rights of appeal from arbitral awards:

More generally, there is no convincing reason to presume that legislatures mean something entirely different when they use the word “appeal” in an administrative law statute than they do in, for example, a criminal or commercial law context. Accepting that the word “appeal” refers to the same type of procedure in all these contexts also accords with the presumption of consistent expression, according to which the legislature is presumed to use language such that the same words have the same meaning both within a statute and across statutes: R. Sullivan,

aux appels interjetés contre des sentences arbitrales. Deux raisons sont offertes pour expliquer cela. D’abord, les arrêts *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688, ne supportent pas l’application aux appels en matière d’arbitrage des normes de contrôle applicables en appel, et l’arrêt *Vavilov* n’a pas expressément écarté ces décisions (*Ontario First Nations*, par. 71; *Cove Contracting Ltd.*, par. 10-12). Ensuite, l’arrêt *Vavilov* résulte de [TRADUCTION] « considérations constitutionnelles qui justifient la déférence de la magistrature envers le législateur » (*Ontario First Nations*, par. 72). En revanche, la norme de contrôle qui s’applique aux appels interjetés à l’encontre de sentences arbitrales privées est « guidée par des considérations commerciales relatives au respect des décideurs choisis par les parties. Par conséquent, la déférence est justifiée par l’intention contractuelle des parties » (*Ontario First Nations*, par. 72).

[119] Il existe des différences importantes entre l’arbitrage commercial et le processus décisionnel administratif (*Sattva*, par. 104). Ces différences n’ont toutefois pas d’incidence sur la norme de contrôle applicable lorsque le législateur a prévu un droit d’appel dans la loi. Les normes de contrôle applicables en appel s’appliquent suivant les règles d’interprétation législative. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Vavilov*, le « choix [du législateur] de créer dans la loi un droit d’appel manifeste une intention d’attribuer un rôle de tribunal d’appel aux cours de révision » (par. 39). Ce principe d’interprétation s’applique de la même façon aux droits d’appel de sentences arbitrales prévus par la loi :

De façon plus générale, il n’y a aucune raison convaincante de présumer que le législateur voulait que le mot « appel » revête un sens tout à fait différent dans une loi à caractère administratif que, par exemple, dans un contexte de droit criminel ou commercial. Accepter que le mot « appel » porte sur le même type de procédure dans tous ces contextes s’accorde également avec la présomption d’uniformité d’expression, selon laquelle le législateur est présumé employer des mots de telle sorte que les mêmes termes ont le même sens, dans une même

Sullivan on the Construction of Statutes (6th ed. 2014), at p. 217.

(*Vavilov*, at para. 44)

[120] Factors that justify deference to the arbitrator, notably respect for the parties' decision in favour of alternative dispute resolution and selection of an appropriate decision-maker, are not relevant to this interpretive exercise. What matters are the words chosen by the legislature, and giving effect to the intention incorporated within those words. Thus, where a statute provides for an "appeal" from an arbitration award, the standards in *Housen* apply. To this extent, *Vavilov* has displaced the reasoning in *Sattva* and *Teal Cedar*. Concluding otherwise would undermine the coherence of *Vavilov* and the principles expressed therein.

[121] The appeal in this case was brought pursuant to s. 31 of the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55,² which provides that, either by consent of the parties or with leave of the Supreme Court of British Columbia, a party to an arbitration "may appeal to the court on any question of law arising out of the award". In light of *Vavilov*, it follows that the standard of review to be applied by this Court in this case is correctness (*Housen*, at para. 8). Our conclusion on this point is limited to the specific statutory provision at issue. In every case, the question is one of legislative intention, as reflected in the language of the statute.

[122] Instead of responding substantively, our colleague invokes an unfortunate passage from the majority judgment in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at para. 15, explicitly dismissing opposing views of colleagues as unworthy of answer. Of no less concern are the implications of his refusal to decide the appropriate standard of review, which risks undermining this Court's decision in *Vavilov* as it

² Since repealed, and replaced by the appeal clause in the *Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, s. 59.

loi ainsi que d'une loi à l'autre : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 217.

(*Vavilov*, par. 44)

[120] Les facteurs justifiant la déférence envers l'arbitre, notamment le respect de la décision des parties en faveur d'un mode alternatif de résolution des conflits et la sélection d'un décideur compétent, ne sont pas pertinents dans le cadre de cet exercice d'interprétation. Ce qui importe, ce sont les mots choisis par le législateur, et de donner effet à l'intention que reflètent ces mots. Ainsi, lorsqu'une loi prévoit un « appel » d'une sentence arbitrale, les normes énoncées dans l'arrêt *Housen* s'appliquent. Dans cette mesure, l'arrêt *Vavilov* a remplacé le raisonnement exposé dans les arrêts *Sattva* et *Teal Cedar*. Tirer une conclusion contraire minerait la cohérence de l'arrêt *Vavilov* et des principes qui y sont énoncés.

[121] Le présent pourvoi a été interjeté en vertu de l'art. 31 de l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55², qui prévoit que, sur consentement des parties ou sur autorisation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une partie à un arbitrage [TRADUCTION] « peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence ». Au vu de l'arrêt *Vavilov*, il s'ensuit que la norme de contrôle que doit appliquer notre Cour en l'espèce est celle de la décision correcte (*Housen*, par. 8). Notre conclusion sur ce point ne vise que la disposition législative précise dont il est question. Dans chaque cas, la question en est une d'intention législative, qui se dégage du libellé de la loi.

[122] Plutôt que de répondre sur le fond, notre collègue invoque un passage regrettable des motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, au par. 15, où ceux-ci ont expressément rejeté les avis contraires de leurs collègues comme s'ils ne méritaient pas de réponse. Les conséquences de son refus de se prononcer sur la norme de contrôle appropriée sont tout aussi préoccupantes, et

² Maintenant abrogé et remplacé par la disposition établissant le droit d'appel dans l'*Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, art. 59.

relates to statutory appeals. To leave this undecided is to invite conflict and confusion.

III. Background

[123] This appeal arises from a 20-year comprehensive agreement (“Agreement”) between the Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (“Metro”) and Wastech Services Inc. (“Wastech”) to deal with the management of municipal solid waste. Specifically, the Agreement contemplated that Wastech or its subcontractors would deliver solid waste to transfer stations in Cache Creek, Vancouver and Burnaby. Wastech operated the Cache Creek transfer station. Metro had discretion under the Agreement to determine the allocation of waste each year among these stations. The volume of waste distributed to each facility would impact the costs, revenues, and, accordingly, Wastech’s ability to earn a profit. In particular, Wastech received a higher rate of pay for disposals at Cache Creek. Wastech’s total compensation under the Agreement was structured around a target operating ratio of 0.890 (“Target OR”), meaning that, in any given year, operating costs should comprise 89 percent of revenue so that Wastech would receive the remaining 11 percent of revenue as profit.

[124] Significantly, the Agreement did not guarantee that Wastech would achieve its Target OR; rather, it addressed what would happen if the Target OR was not achieved. If the actual operating ratio (“Actual OR”) fell between 0.860 and 0.920 at year end, the Agreement provided for a retroactive payment by or to Wastech of 50 percent of the difference between the Target OR and the Actual OR. Effectively, the parties would share the financial consequences of any deviation of 0.300 or less from the Target OR. In addition, the Agreement contained a prospective adjustment, which was applied if the Actual OR fell outside of the “target band” between 0.860 and 0.920 (“Outside Band Adjustment”). The Outside Band Adjustment was intended to be sufficient to return the operating ratio to just outside the target band.

risquent de miner la décision de la Cour dans l’arrêt *Vavilov* en ce qui a trait aux appels prévus par la loi. Laisser cette question sans réponse risque de causer de la confusion et de susciter des conflits.

III. Contexte

[123] Le présent pourvoi tire son origine d’un accord exhaustif de 20 ans (« accord ») conclu entre Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (« Metro ») et Wastech Services Inc. (« Wastech ») visant la gestion des déchets solides municipaux. Plus précisément, l’accord prévoyait que Wastech ou ses sous-traitants transporterait les déchets solides aux stations de transfert de Cache Creek, de Vancouver et de Burnaby. Wastech gérait la station de transfert de Cache Creek. Aux termes de l’accord, Metro pouvait, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, décider chaque année de la répartition des déchets entre ces stations. Le volume de déchets transportés à chaque installation avait une incidence sur les coûts et les revenus de Wastech et, par conséquent, sur sa capacité de faire des profits. En particulier, Wastech recevait un taux de rémunération plus élevé pour le transport des déchets à Cache Creek. Toujours selon l’accord, la rémunération totale de Wastech était structurée selon un ratio d’exploitation cible de 0,890 (« RE cible »), ce qui signifie que, lors d’une année donnée, les coûts d’exploitation devaient correspondre à 89 pour 100 des revenus, de sorte que Wastech puisse toucher un profit de 11 pour 100.

[124] Il importe de noter que l’accord ne garantissait pas que Wastech atteindrait le RE cible; il indiquait plutôt ce qui se passerait si le RE cible n’était pas atteint. Si le ratio d’exploitation réel (« RE réel ») se situait entre 0,860 et 0,920 à la fin de l’année, un paiement rétroactif à l’une ou l’autre des parties correspondant à 50 pour 100 de la différence entre le RE cible et le RE réel était prévu dans l’accord. Dans les faits, les parties se partageraient les conséquences financières de tout écart de 0,300 ou moins du RE cible. En outre, l’accord prévoyait un rajustement prospectif applicable si le RE réel se situait à l’extérieur de la « fourchette cible » de 0,860 à 0,920 (« rajustement hors de la fourchette »). Ce rajustement se voulait suffisant pour ramener le ratio d’exploitation tout juste à l’extérieur de la fourchette

Further, if Wastech's Actual OR fell outside of the target band for three consecutive years, the rates were subject to re-calculation.

[125] The total waste hauled by Wastech under the Agreement had declined steadily since 2007. Metro therefore decided to redirect flows of waste from Cache Creek to Vancouver for the 2011 year to "maximize the remaining life of the Cache Creek Landfill" (Arbitrator's decision, A.R., vol. I, p. 1 ("Award"), at para. 52) and because of Metro's own budget concerns. Metro was aware that Wastech might not be able to reduce its costs to account for the change in allocation, which ultimately caused delivery volumes at Cache Creek to drop by 31 per cent in 2011, relative to 2010. Because of Metro's decision, Wastech had no possibility of achieving the Target OR in 2011.

[126] The arbitrator expressly declined to imply a term in the Agreement guaranteeing the Target OR, finding that the parties had considered such a term and rejected it. He also concluded, however, that Metro was bound by its duty of good faith to have appropriate regard for Wastech's legitimate interests. While the 2011 allocation decision was honest and reasonable when considered from Metro's perspective, it also "had significant financial implications [for Wastech] beyond those addressed by the [Agreement's] adjustment mechanisms" (para. 86). The arbitrator concluded that Metro's decision was "dishonest" because it inappropriately negated Wastech's legitimate expectation of at least having the opportunity to earn the Target OR in each year of the Agreement.

IV. Issues

[127] Metro was granted leave to appeal the arbitrator's decision on two questions of law:

cible. Par ailleurs, si le RE réel de Wastech se trouvait à l'extérieur de la fourchette cible pendant trois années consécutives, les taux faisaient l'objet d'un nouveau calcul.

[125] Le volume total de déchets transportés par Wastech dans le cadre de l'accord avait diminué de façon constante depuis 2007. Metro a donc décidé de rediriger vers Vancouver une partie des déchets devant être envoyés à Cache Creek en 2011 afin [TRADUCTION] « [d']optimiser la durée de vie utile restante du site d'enfouissement de Cache Creek » (sentence arbitrale, d.a., vol. I, p. 1, par. 52) et en raison de préoccupations budgétaires. Metro savait qu'il était possible que Wastech ne soit pas en mesure de réduire ses coûts pour tenir compte du changement dans la répartition des déchets, lequel a finalement causé une baisse du volume de déchets transportés à Cache Creek de 31 pour 100 en 2011 par rapport à 2010. En raison de la décision de Metro, Wastech n'a pas eu la possibilité d'atteindre le RE cible en 2011.

[126] L'arbitre a expressément refusé de conclure à l'existence dans l'accord d'une condition implicite garantissant le RE cible, et a plutôt jugé que les parties avaient envisagé une telle condition mais l'avaient rejetée. Toutefois, il a également conclu que Metro était assujettie à une obligation de bonne foi selon laquelle elle devait prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de Wastech. Même si la décision de 2011 concernant la répartition des déchets était honnête et raisonnable lorsqu'on l'envisage du point de vue de Metro, elle a également [TRADUCTION] « eu des répercussions financières importantes [pour Wastech] excédant celles prévues par les mécanismes de rajustement [de l'accord] » (par. 86). L'arbitre a conclu que la décision de Metro était « malhonnête » parce qu'elle écartait indûment l'attente légitime de Wastech d'avoir au moins la possibilité d'atteindre le RE cible chaque année de l'accord.

IV. Questions

[127] Metro s'est vu accorder l'autorisation d'interjeter appel de la décision de l'arbitre à l'égard de deux questions de droit :

1. Did the Arbitrator err in law in failing to apply proper principles in holding that the exercise of a bargained-for right could be “dishonest” and an act undertaken in bad faith simply because it was wholly at odds with the expectations of the counter-party, which expectations were not embodied in the contract?

2. Did the Arbitrator err in law by confusing the “organizing principle” stated in *Bhasin* with a free-standing obligation of contractual good faith, disregarding the applicable principles of good faith as found in the authorities?

(2016 BCSC 68, 409 D.L.R. (4th) 9, at para. 40)

Ultimately, these questions both raise one straightforward issue: what is the standard applicable when determining whether a contractual discretion has been exercised in good faith?

V. Analysis

A. *The Duty to Exercise Discretionary Powers in Good Faith*

[128] The first step in deciding a common law good faith claim is to consider whether any established good faith doctrines apply (*C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908, at para. 129). In *Bhasin*, this Court recognized in the common law four distinct doctrines, each with corresponding duties, that manifest a “general organizing principle” of good faith: (1) a duty of cooperation between the parties to achieve the objects of the contract (para. 49); (2) a duty to exercise contractual discretion in good faith (para. 50); (3) a duty not to evade contractual obligations in bad faith (para. 51); and (4) a duty of honest performance (para. 73). This appeal draws from one of them — the duty to exercise contractual discretion in good faith.

[TRADUCTION]

1. L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en omettant d’appliquer les principes appropriés lorsqu’il a jugé que l’exercice par une partie d’un droit négocié pouvait être [TRADUCTION] « malhonnête » et constituer un acte de mauvaise foi simplement parce qu’il était totalement incompatible avec les attentes de l’autre partie contractante, lesquelles n’étaient pas énoncées dans le contrat?

2. L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en confondant le « principe directeur » énoncé dans l’arrêt *Bhasin* avec une obligation distincte de bonne foi contractuelle, omettant par le fait même de tenir compte des principes de bonne foi applicables tels qu’ils sont énoncés dans la jurisprudence?

(2016 BCSC 68, 409 D.L.R. (4th) 9, par. 40)

En définitive, ces questions soulèvent toutes deux une autre question simple : quelle est la norme applicable pour établir si un pouvoir discrétionnaire contractuel a été exercé de bonne foi?

V. Analyse

A. *L’obligation d’exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi*

[128] La première étape à suivre pour trancher une demande fondée sur le principe de bonne foi en common law est de se demander si certaines doctrines de la bonne foi reconnues trouvent application (*C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908, par. 129). Dans l’arrêt *Bhasin*, notre Cour a reconnu qu’il existe en common law quatre doctrines distinctes, chacune ayant des obligations correspondantes, qui sont des manifestations du « principe directeur général » de bonne foi : (1) une obligation de collaboration entre les parties en vue de la réalisation des objectifs du contrat (par. 49); (2) une obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle de bonne foi (par. 50); (3) une obligation de ne pas éluder de mauvaise foi des obligations contractuelles (par. 51); et (4) une obligation d’exécution honnête (par. 73). Le présent pourvoi découle de l’une d’elles — l’obligation d’exercer un pouvoir discrétionnaire contractuel de bonne foi.

[129] While this Court has recognized the existence of this good faith doctrine, it has never opined on the applicable standard (see *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Bhasin*, at paras. 47 and 50). We agree with our colleague that the appellate jurisprudence supports the notion that discretion must be exercised reasonably, and that this standard simply requires that a party exercise discretion in accordance with the purpose for which it was granted. We would, however, emphasize two points to bear in mind in applying it.

[130] First, the purpose of good faith is to “secur[e] the performance and enforcement of the contract made by the parties” (*Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.), at para. 53). It cannot be used as a device to “create new, unbargained-for rights and obligations”, or “to alter the express terms of the contract reached by the parties” (*Transamerica*, at para. 53). Contracting parties cannot be held to a standard that is “contrary to the plain wording of the contract, or that involve[s] the imposition of subjective expectations” (*Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, at para. 45).

[131] Where an agreement reflects a shared, reasonable expectation as to the manner in which a discretion may be exercised, that expectation will be enforced (*Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), at para. 19; J. T. Robertson, “Good Faith as an Organizing Principle in Contract Law: *Bhasin v. Hrynew* — Two Steps Forward and One Look Back” (2015), 93 *Can. Bar. Rev.* 809, at p. 839; J. Steyn, “Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men” (1997), 113 *L.Q.R.* 433, at p. 434). This, in our view, is what it means to exercise discretion reasonably. As our colleague states, parties will usually expect that a discretion will be exercised in accordance with the purposes for which it was conferred. However, this is so only where the purpose of a discretionary power arises from the terms of the contract, construed objectively,

[129] Bien que notre Cour ait reconnu l’existence de cette doctrine de la bonne foi, elle ne s’est jamais prononcée sur la norme applicable (voir *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Bhasin*, par. 47 et 50). Nous sommes d’accord avec notre collègue pour dire que la jurisprudence des cours d’appel appuie l’idée que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon raisonnable, et que cette norme exige simplement qu’une partie exerce son pouvoir discrétionnaire conformément à la fin pour laquelle il a été conféré. Nous voulons toutefois mettre l’accent sur deux points qu’il faut garder à l’esprit lors de son application.

[130] Premièrement, l’objectif de la bonne foi est de [TRADUCTION] « garantir l’exécution et l’application du contrat conclu par les parties » (*Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.), par. 53). Elle ne peut servir à [TRADUCTION] « créer de nouveaux droits et obligations non négociés », ou à « modifier les termes exprès du contrat conclu par les parties » (*Transamerica*, par. 53). Les parties contractantes ne peuvent être assujetties à une norme qui est [TRADUCTION] « contraire au sens ordinaire des termes du contrat, ou qui comporte l’imposition d’attentes subjectives » (*Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, par. 45).

[131] Lorsqu’un accord révèle une attente partagée et raisonnable pour ce qui est de la façon dont un pouvoir discrétionnaire peut être exercé, cette attente doit se voir donner effet (*Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), par. 19; J. T. Robertson, « Good Faith as an Organizing Principle in Contract Law : *Bhasin v. Hrynew* — Two Steps Forward and One Look Back » (2015), 93 *R. du B. can.* 809, p. 839; J. Steyn, « Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men » (1997), 113 *L.Q.R.* 433, p. 434). Voilà, à notre avis, ce que signifie exercer un pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable. Comme l’affirme notre collègue, les parties s’attendent habituellement à ce que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux fins pour lesquelles il a été conféré. Cependant, il en est ainsi seulement lorsque l’objet du pouvoir discrétionnaire

and having regard to the factual matrix. In this way, the obligation to exercise discretion reasonably does not reflect the imposition of external standards on the exercise of discretion, but rather giving effect to the standards inherent in the parties' own bargain.

[132] Accordingly, we do not share our colleague's view that, where a discretion is unfettered on its face, a court must "form a broad view of the purposes of the venture to which the contract gives effect, and of what loyalty to that venture might involve for a party to it, and to take those broad purposes as providing the inherent limits for the exercise of the power" (Kasirer J.'s reasons, at para. 72, quoting P. Sales, "Use of Powers for Proper Purposes in Private Law" (2020), 136 *L.Q.R.* 384, at p. 393). Our colleague's invocation of "loyalty to th[e] venture" suggests that parties must use their discretion, even where it is chosen by the parties to be unfettered, in a way that (from the view of the judge) advances the objectives of the contract. This is not an exercise in interpretation. Rather, it is the imposition, *post facto*, of a judicial view. Approaching the interpretive task from such a starting point risks, even invites, undermining freedom of contract and distorting the parties' bargain by imposing constraints to which they did not agree.

[133] Secondly, our colleague says that the duty to exercise discretion in good faith is a general doctrine of contract law. Consequently, "it need not find its source in an implied term in the contract, but rather it operates in every contract irrespective of the intentions of the parties" (Kasirer J.'s reasons, at para. 91). Whether or not such judge-made rules operate irrespective of the intentions of the parties, we are steadfast in our view that the purpose of a discretion is *always* defined by the parties' intentions, as revealed by the contract. It follows that, where a contract discloses a clear intention to grant a discretion that can be exercised for any purpose, courts, operating within their proper role, *must* give effect to that intention. With careful drafting, parties

découle des modalités du contrat, interprété objectivement, et compte tenu de la matrice factuelle. De cette façon, l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable ne représente pas des normes externes imposées sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais donne plutôt effet aux normes propres au marché conclu par les parties.

[132] En conséquence, nous ne partageons pas l'avis de notre collègue portant que lorsque le pouvoir discrétionnaire est absolu à sa face même, le tribunal doit « se faire une idée générale des objectifs de l'entreprise auxquels donne effet le contrat, et de la loyauté envers cette entreprise que pourrait entraîner celui-ci pour les parties, et de considérer ces objectifs généraux comme établissant les limites inhérentes de l'exercice du pouvoir » (motifs du juge Kasirer, par. 72, citant P. Sales, « Use of Powers for Proper Purposes in Private Law » (2020), 136 *L.Q.R.* 384, p. 393). La mention par notre collègue de la « loyauté envers l'entreprise » donne à penser que les parties doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire, même lorsqu'elles ont décidé qu'il serait absolu, d'une façon qui (de l'avis du juge) favorise la réalisation des objectifs du contrat. Il ne s'agit pas d'une opération d'interprétation; il s'agit plutôt de l'imposition, *post facto*, d'une opinion judiciaire. Aborder la tâche d'interprétation sur la base d'un tel point de départ risque de miner la liberté contractuelle et de dénaturer le marché des parties en imposant des contraintes auxquelles elles n'ont pas consenti, et favorise même une telle conséquence.

[133] Deuxièmement, notre collègue affirme que l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire de bonne foi est un principe général du droit des contrats. En conséquence, elle « n'a pas à trouver sa source dans une condition implicite du contrat; elle se manifeste plutôt dans chaque contrat, sans égard aux intentions des parties » (motifs du juge Kasirer, par. 91). Que ces règles judiciaires s'appliquent sans égard aux intentions des parties ou non, nous sommes convaincus que l'objet d'un pouvoir discrétionnaire est *toujours* défini par les intentions des parties, qui se dégagent du contrat. Il s'ensuit que, lorsqu'un contrat révèle une intention claire de conférer un pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé à toute fin, les tribunaux, dans le cadre du

can largely immunize the exercise of discretion from review on this basis. Conversely, they may choose to specify the purpose for which a discretion has been granted in order to provide a clear standard against which the exercise of discretion is to be assessed. In either instance, their intention should be given effect and not subverted.

[134] In this case, the Award was predicated on the view that Metro was to have “appropriate regard” for Wastech’s interest in achieving the Target OR every year. But the structure of the Agreement makes it clear that Metro’s discretion was subject to no such constraint. Indeed, through the Outside Band Adjustment and the adjustment that applies if Wastech’s compensation falls outside of the Target OR for three consecutive years, the Agreement expressly contemplated that there might well be years in which Wastech would be unable to achieve the Target OR. The parties managed this risk by agreeing to formulae that adjusted the total compensation towards the Target OR. Finding that the discretion was constrained in the manner Wastech suggests would ignore these features of the Agreement.

[135] It is for this reason that we say this matter really is quite straightforward. In the bargain struck by the parties, Metro was given wide discretion, and Wastech’s interests in the exercise of Metro’s discretion were protected by the formulae that adjusted the total compensation towards the Target OR. In effect, the parties contemplated that Metro could exercise the discretion so as to advance its own interests, just as they contemplated protecting Wastech’s interests by the adjustment formulae. While good faith requires a party to exercise its contractual discretion for the purpose for which it was given, the arbitrator erred by concluding that Metro was obligated to exercise its discretion in a way that protected Wastech’s subjective expectations. To the contrary, Wastech had bargained for the inclusion of the adjustment

rôle qui leur incombe, *doivent* donner effet à cette intention. Grâce à une rédaction minutieuse, les parties peuvent mettre dans une large mesure l’exercice du pouvoir discrétionnaire à l’abri d’un contrôle sur ce fondement. Inversement, elles peuvent choisir de préciser la fin pour laquelle un pouvoir discrétionnaire a été conféré afin de prévoir une norme claire en fonction de laquelle l’exercice du pouvoir discrétionnaire devra être évalué. Dans un cas comme dans l’autre, leur intention devrait se voir donner effet et non être minée.

[134] En l’espèce, la sentence arbitrale était fondée sur l’idée que Metro devait « prendre en compte comme il se doit » l’intérêt de Wastech à atteindre le RE cible chaque année. Toutefois, il était clair selon la structure de l’accord que le pouvoir discrétionnaire de Metro ne faisait pas l’objet d’une telle limite. En effet, au moyen du rajustement hors de la fourchette et du rajustement applicable dans le cas où Wastech n’atteignait pas le RE cible pendant trois années consécutives, l’accord prévoyait expressément la possibilité que Wastech soit incapable d’atteindre le RE cible certaines années. Les parties ont géré ce risque en convenant d’une formule qui rajustait la rémunération totale par rapport au RE cible. Conclure que le pouvoir discrétionnaire était limité de la façon dont Wastech le laisse entendre ferait fi de ces éléments de l’accord.

[135] C’est pour cette raison que nous affirmons que la présente affaire est en fait assez simple. Dans le marché conclu par les parties, un vaste pouvoir discrétionnaire a été conféré à Metro, et les intérêts de Wastech à l’égard de l’exercice de ce pouvoir étaient protégés par la formule qui rajustait la rémunération totale en fonction du RE cible. De fait, les parties avaient envisagé que Metro puisse exercer le pouvoir discrétionnaire de façon à faire valoir ses propres intérêts, tout comme elles avaient envisagé de protéger les intérêts de Wastech au moyen de la formule de rajustement. Bien que la bonne foi exige d’une partie qu’elle exerce son pouvoir discrétionnaire contractuel pour la fin pour laquelle il a été conféré, l’arbitre a commis une erreur en concluant que Metro était tenue d’exercer son pouvoir discrétionnaire

formulae to protect its interests, while accepting that Metro could exercise its discretion solely in its interests.

B. *Other Issues*

[136] Two other matters arising from our colleague's reasons require comment.

[137] First, our colleague addresses the duty of honest performance in his reasons. The issue of honesty arose here because the arbitrator described Metro's conduct as "dishonest", by which he meant that it was "wholly at odds" with Wastech's "legitimate contractual expectations" (Award, at para. 90). We agree with our colleague that the arbitrator erred. The difficulty, however, is that our colleague goes further in his elaborations regarding honest performance, and risks blurring the boundaries between that duty, and the duty to exercise discretionary powers in good faith. This is a particular concern in his suggestion that the duty of honest performance is a preliminary step in assessing whether there is a breach of the duty to exercise discretionary powers in good faith (at para. 69: "... beyond the requirement of honest performance . . ."). This misreads and distorts settled law. The two doctrines are, and should remain, distinct; connecting them in this way fails to comprehend or have regard for how the common law, as set out in *Bhasin*, has distinguished between them. Indeed, the arbitrator's description of Metro's conduct as "dishonest" was a product of the same error as that of our colleague, since it flowed from the arbitrator's failure to appreciate that dishonesty is distinct from good faith, and that the organizing principle is distinct from both of these doctrines. Our colleague's response to this should have been to achieve *greater* clarity with respect to each duty; instead, he has engendered confusion in this aspect of the common law.

d'une façon qui protégeait les attentes subjectives de Wastech. Au contraire, Wastech avait négocié l'inclusion de la formule de rajustement pour protéger ses intérêts, tout en acceptant que Metro puisse exercer son pouvoir discrétionnaire seulement dans son intérêt.

B. *Autres questions*

[136] Deux autres questions découlant des motifs de notre collègue nécessitent d'être commentées.

[137] D'abord, notre collègue aborde l'obligation d'exécution honnête dans ses motifs. La question de l'honnêteté se pose en l'espèce parce que l'arbitre a qualifié la conduite de Metro de [TRADUCTION] « malhonnête », ce qui voulait dire qu'elle était « totalement incompatible » avec les « attentes contractuelles légitimes » de Wastech (sentence arbitrale, par. 90). Nous sommes d'accord avec notre collègue pour dire que l'arbitre a commis une erreur. La difficulté, toutefois, est que notre collègue va plus loin dans ses explications concernant l'exécution honnête, et risque de brouiller les limites entre cette obligation et l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi. Il s'agit d'une préoccupation particulière à son affirmation portant que l'obligation d'exécution honnête est une étape préliminaire pour évaluer s'il y a eu manquement à l'obligation d'exercer les pouvoirs discrétionnaires de bonne foi (par. 69 : « ... outre l'exigence d'exécution honnête... »). Cela constitue une interprétation erronée du droit établi et le dénature. Les deux doctrines sont et devraient demeurer distinctes; le fait de les relier de cette manière démontre une incompréhension de la façon dont la common law, comme il est indiqué dans l'arrêt *Bhasin*, établit une distinction entre elles, ou n'en tient pas compte. En effet, la description par l'arbitre de la conduite de Metro comme étant « malhonnête » était le résultat de la même erreur que celle de notre collègue, car elle découlait du défaut par l'arbitre de reconnaître que la malhonnêteté est distincte de la bonne foi, et que le principe directeur est distinct de ces deux doctrines. La réponse de notre collègue à cela aurait dû être de clarifier *davantage* chaque obligation; il a plutôt semé de la confusion relativement à cet aspect de la common law.

[138] Secondly, our colleague takes up the unfortunate invitation presented by the parties in their submissions to discuss the result that would follow by applying the *Civil Code of Québec*. But this case is from British Columbia. The *Civil Code of Québec* has no relevance here, and our colleague (yet further) confuses matters for no useful purpose by incorporating an analysis thereunder. This is particularly undesirable where the common law of British Columbia, which is the law that applies to the Agreement, readily answers the questions of law posed by this appeal.

[139] Furthermore, even if the civil law of Quebec were remotely relevant (which it is not), Wastech did *not* rely on civilian concepts to expand the common law. Rather, it observed in passing that the approach to good faith which it espoused would be consistent with the civilian approach. Having concluded that Wastech’s understanding of the common law of good faith was flawed, there is no reason to address the way its claim would be handled under the civil law. And in any event, as our colleague stresses, Wastech’s claim would not be treated more favourably under the civil law (para. 108). This leaves us asking why he finds it appropriate to address the requirement of good faith and the doctrine of abuse of right under the civil law of Quebec at great length, or at all. As one of us stated in *Callow*, at para. 170, “unnecessary digression into external legal concepts [creates] practical difficulties on the ground by making the common law governing contractual relationships less comprehensible and therefore less accessible to those who need to know it, thereby increasing costs for all concerned”. Respectfully, our colleague’s extensive *obiter dicta* here, as in *Callow*, will surely achieve just that.

[140] Our colleague’s digressions concerning honest performance and Quebec civil law do not reflect, to our mind, appropriate common law methodology. The common law develops best by increments, one brick at a time — as it did in *Bhasin* — carefully,

[138] Deuxièmement, notre collègue accepte l’invitation malencontreuse des parties d’aborder le résultat que l’on obtiendrait si on appliquait le *Code civil du Québec*. Il s’agit toutefois d’une affaire provenant de la Colombie-Britannique. Le *Code civil du Québec* n’est d’aucune pertinence en l’espèce, et notre collègue crée (encore plus) de confusion pour aucune raison valable en procédant à une analyse du droit en vertu de celui-ci. Cela est particulièrement non souhaitable car la common law de la Colombie-Britannique, qui est le droit qui s’applique à l’accord, répond clairement aux questions de droit que soulève le présent pourvoi.

[139] De plus, même si le droit civil du Québec était un tant soit peu pertinent (ce qu’il n’est pas), Wastech *ne s’est pas* fondée sur des concepts civilistes pour élargir les règles de common law; elle a plutôt observé incidemment que l’approche relative à la bonne foi qu’elle a adoptée serait conforme à l’approche civiliste. En raison de la conclusion selon laquelle la compréhension de la common law par Wastech était erronée, il n’y a aucune raison de se pencher sur la façon dont son action serait traitée en droit civil. Et, quoi qu’il en soit, comme le souligne notre collègue, l’action intentée par Wastech ne serait pas traitée plus favorablement sous le régime du droit civil (par. 108). Cela nous amène à nous demander pourquoi il juge approprié d’aborder l’exigence de la bonne foi et la doctrine de l’abus de droit en droit civil québécois de façon exhaustive, voire qu’il le fasse tout court. Comme l’un d’entre nous l’a mentionné dans l’arrêt *Callow*, par. 170, la « digression inutile sur des concepts juridiques externes créera des difficultés pratiques sur le terrain en rendant la common law qui régit les relations contractuelles moins compréhensible, et donc moins accessible à ceux qui doivent la connaître, accroissant ainsi les coûts pour tous les intéressés ». Soit dit en tout respect, la longue remarque incidente de notre collègue en l’espèce, comme dans l’arrêt *Callow*, aura exactement cet effet.

[140] À notre avis, les digressions de notre collègue concernant l’exécution honnête et le droit civil québécois ne respectent pas la méthodologie devant être appliquée à la common law. Celle-ci se construit graduellement, une brique à la fois — comme c’était

and in response to the matters presented, and not by expositions on matters that are not. Instead, we say, again respectfully, that our colleague builds an edifice of unknown and untested stability. This is unwise.

VI. Conclusion

[141] We would dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Torys, Toronto.

le cas dans l'arrêt *Bhasin* — avec circonspection, en réponse aux questions qui se présentent, et non au moyen d'exposés sur des questions qui n'ont pas été soulevées. En toute déférence, nous estimons que notre collègue crée plutôt un édifice dont la stabilité est inconnue et n'a pas été testée. Cela est loin d'être sage.

VI. Conclusion

[141] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Torys, Toronto.

W.O. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. W.O.

2021 SCC 8

File No.: 39245.

2021: February 19.

Present: Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Evidence — Credibility — Generalizations and stereotypes — Timing of complaint — Accused convicted at trial of sexual offences against complainant daughter — Accused appealing convictions on basis that trial judge over-extended or improperly relied on principles from governing cases regarding timing of complaint, thereby side-stepping inconsistencies in complainant's evidence, and that trial judge failed to provide sufficient reasons on how he resolved inconsistencies — Majority of Court of Appeal dismissing accused's appeal — Convictions upheld.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Hoy A.C.J.O. and Paciocco and Nordheimer JJ.A.), 2020 ONCA 392, 388 C.C.C. (3d) 435, 454 D.L.R. (4th) 54, [2020] O.J. No. 2656 (QL), 2020 CarswellOnt 8270 (WL), affirming the convictions of the accused for incest and sexual interference. Appeal dismissed.

R. Craig Bottomley and Mayleah Quenneville, for the appellant.

Vallery Bayly and Roger Pinnock, for the respondent.

W.O. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. W.O.

2021 CSC 8

N° du greffe : 39245.

2021 : 19 février.

Présents : Les juges Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

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

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Preuve — Crédibilité — Généralisations et stéréotypes — Choix du moment pour faire une plainte — Accusé déclaré coupable au procès d'infractions sexuelles contre sa fille — Accusé faisant appel des déclarations de culpabilité au motif que le juge du procès a trop élargi l'application des principes régissant les affaires portant sur le choix du moment pour faire une plainte ou s'est à tort appuyé sur ceux-ci, faisant ainsi abstraction des incohérences dans le témoignage de la plaignante, et que le juge a omis d'expliquer suffisamment comment il avait résolu ces incohérences — Cour d'appel rejetant à la majorité l'appel de l'accusé — Déclarations de culpabilité confirmées.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (la juge en chef adjointe Hoy et les juges Paciocco et Nordheimer), 2020 ONCA 392, 388 C.C.C. (3d) 435, 454 D.L.R. (4th) 54, [2020] O.J. No. 2656 (QL), 2020 CarswellOnt 8270 (WL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour inceste et contacts sexuels prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

R. Craig Bottomley et Mayleah Quenneville, pour l'appelant.

Vallery Bayly et Roger Pinnock, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] CÔTÉ J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of Hoy A.C.J.

[1] LA JUGE CÔTÉ — Nous sommes toutes et tous d’avis de rejeter l’appel, essentiellement pour les motifs exposés par la juge en chef adjointe Hoy.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Bottomley Barristers, Toronto.

Procureurs de l’appellant : Bottomley Barristers, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Appellant

v.

**Chiheb Esseghaier and
Raed Jaser** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta and
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Interveners

INDEXED AS: R. v. ESSEGHAIER

2021 SCC 9

File No.: 38861.

Hearing and judgment: October 7, 2020.

Reasons delivered: March 5, 2021.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Curative proviso — Jury selection process — Accused convicted of terrorism offences — Accused appealing convictions on basis that jury improperly constituted — Court of Appeal overturning convictions and ordering new trial — Court of Appeal holding that jury selection error could not be cured by operation of curative proviso at s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Whether curative proviso can be applied to cure procedural errors occurring during jury selection process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).

In 2013, E and J were charged with a series of terrorism offences. In light of the seriousness of the allegations and the high-profile nature of the case, the parties agreed that challenges for cause were necessary to ensure the impartiality of the jury. At the time, the *Criminal Code*

Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Appelante

c.

**Chiheb Esseghaier et
Raed Jaser** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta et
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. ESSEGHAIER

2021 CSC 9

N° du greffe : 38861.

Audition et jugement : 7 octobre 2020.

Motifs déposés : 5 mars 2021.

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

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

Droit criminel — Appels — Disposition réparatrice — Processus de sélection des jurés — Accusés déclarés coupables d'infractions de terrorisme — Appel interjeté par les accusés à l'encontre des déclarations de culpabilité au motif que le jury n'avait pas été régulièrement constitué — Déclarations de culpabilité annulées et tenue d'un nouveau procès ordonnée par la Cour d'appel — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il ne pouvait être remédié à l'irrégularité dans la sélection des jurés par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du Code criminel — La disposition réparatrice peut-elle être appliquée pour remédier aux erreurs de procédure survenant pendant le processus de sélection des jurés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iv).

En 2013, E et J ont été accusés d'avoir commis de nombreuses infractions en matière de terrorisme. Vu la gravité des allégations et la nature très médiatisée de la cause, les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires afin d'assurer l'impartialité du jury.

provided two procedures for trying challenges for cause: rotating triers, the default procedure, and static triers. Prior to the introduction of static triers, it was accepted that trial judges had a common law discretion to order the exclusion of prospective jurors when rotating triers were being used in order to preserve their impartiality.

J sought to use rotating triers and asked the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors during the challenge for cause process. If his request could not be satisfied, he wanted static triers. The trial judge denied the request. In his view, the introduction of static triers had ousted the common law discretion to order the exclusion of prospective jurors where rotating triers were being used. In any event, he would not have exercised the discretion even if he had it. To grant the request would be to expose the members of the jury to the potentially partial comments of prospective jurors and, thereby, risk undermining trial fairness. The trial judge therefore made an order to exclude all jurors, both sworn and unsworn, and for the appointment of static triers.

E and J were subsequently convicted and sentenced to life imprisonment. Their ensuing appeal was bifurcated so that the Court of Appeal could first address the jury selection issue. In allowing the appeal and ordering a new trial, the Court of Appeal determined that the trial judge had erred in concluding that the common law discretion did not exist and in alternatively deciding that he should not exercise it. This error could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* for two reasons: (1) errors affecting the composition of the jury lead to an improperly constituted court, thereby depriving the trial court of jurisdiction over the class of offence (for both E and J); and (2) even if the trial court had jurisdiction, the error caused prejudice to the accused person as a result of its negative effect on the appearance of the fairness of the proceedings and the due administration of justice.

À l'époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures permettant de trancher les récusations motivées : la procédure des vérificateurs par rotation, la procédure applicable par défaut, et celle des vérificateurs permanents. Avant l'adoption de la procédure des vérificateurs permanents, il était admis que les juges du procès disposaient d'un pouvoir discrétionnaire de common law leur permettant d'ordonner l'exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée, afin de préserver leur impartialité.

J a demandé que la procédure des vérificateurs par rotation soit utilisée et que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law afin d'exclure les candidats jurés durant le processus de récusations motivées. S'il ne pouvait être satisfait à sa demande, il souhaitait que la procédure des vérificateurs permanents soit utilisée. Le juge du procès a rejeté la demande. À son avis, l'instauration de la procédure des vérificateurs permanents avait eu pour effet d'écarter le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'exclusion des candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Quoi qu'il en soit, le juge du procès n'aurait pas exercé le pouvoir discrétionnaire, même s'il l'avait eu. Faire droit à la demande aurait eu pour effet d'exposer les membres du jury aux commentaires potentiellement partiels de candidats jurés, et aurait ainsi entraîné le risque de miner l'équité du procès. Le juge du procès a donc ordonné l'exclusion de tous les jurés — assermentés ou non — et la désignation de vérificateurs permanents.

E et J ont subséquemment été déclarés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement à perpétuité. L'appel qu'ils ont interjeté par la suite a été scindé, de sorte que la Cour d'appel examine d'abord la question relative à la sélection des jurés. En accueillant l'appel et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, la Cour d'appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a conclu que le pouvoir discrétionnaire de common law n'existait pas et décidé de façon subsidiaire qu'il ne devrait pas l'exercer. Une telle erreur ne pouvait être corrigée au moyen de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, pour deux raisons : (1) les erreurs touchant la composition du jury entraînent la constitution irrégulière du tribunal, privant ainsi le tribunal de première instance de la compétence à l'égard de la catégorie d'infractions (tant dans le cas de E que dans le cas de J); et (2) même si le tribunal de première instance était compétent, l'erreur a causé un préjudice à l'accusé en raison des incidences défavorables sur l'apparence du caractère équitable de la procédure et sur la bonne administration de la justice.

Held: The appeal should be allowed, the convictions restored, and the remaining grounds of appeal remitted to the Court of Appeal.

The jury for both E and J was improperly constituted. The trial judge erred in both his primary and alternative conclusions with respect to J's application. The common law discretion to exclude prospective jurors while using rotating triers existed, and the trial judge's refusal to exercise his discretion was unreasonable. However, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* can be applied to cure the trial judge's error.

The curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure jury selection errors where the "trial court had jurisdiction over the class of offence" and the court of appeal is of the opinion that "the appellant suffered no prejudice" as a result of the error. The phrase "jurisdiction over the class of offence" in s. 686(1)(b)(iv) is to be interpreted in accordance with the jurisdictional provisions established by Parliament in the *Criminal Code*. In combination, ss. 468, 469 and 785 of the *Criminal Code* delineate three classes of offences and the courts' powers to try persons charged with those offences: (1) indictable offences listed in s. 469, which are within the exclusive jurisdiction of the superior court; (2) indictable offences not listed in s. 469, which are within the jurisdiction of both the provincial court and the superior court; and (3) summary conviction offences, which are within the exclusive jurisdiction of the provincial court. The requirement in s. 686(1)(b)(iv) that the "trial court had jurisdiction over the class of offence" refers to these three classes of offences and the jurisdictional capacity of the superior and provincial courts to try them.

To limit the proviso's application to cases where the jury was properly constituted would be plainly inconsistent with the purpose of s. 686(1)(b)(iv), which is to expand the remedial powers of the courts of appeal to engage with jurisdictional errors and assess any prejudice that may have flowed from them. To achieve its purpose, Parliament intended the proviso to be flatly inapplicable only where the trial court was not statutorily empowered to try the class of offence, or where the accused had suffered prejudice. Accordingly, for the purposes of the proviso, "jurisdiction" is concerned only with the trial court's capacity

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont rétablies, et les moyens d'appel restants sont renvoyés à la Cour d'appel.

Le jury, à la fois de E et de J, a été irrégulièrement constitué. Le juge du procès a commis une erreur tant dans sa conclusion principale que dans sa conclusion subsidiaire relativement à la demande de J. Le pouvoir discrétionnaire de common law d'exclure les candidats jurés continuait d'exister lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée, et le refus du juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. Toutefois, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* peut être appliquée afin de remédier à l'erreur commise par le juge du procès.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) peut être appliquée afin de remédier à des erreurs commises lors de la sélection des jurés lorsque le « tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » et la cour d'appel est d'avis qu'« aucun préjudice n'a été causé à l'appellant » par cette irrégularité. L'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » du sous-al. 686(1)(b)(iv) doit être interprétée conformément aux dispositions en matière de compétence établies par le Parlement dans le *Code criminel*. Ensemble, les art. 468, 469 et 785 du *Code criminel* délimitent trois catégories d'infractions et les pouvoirs des cours de juger les personnes inculpées de ces infractions : (1) les actes criminels énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour supérieure; (2) les actes criminels non énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence à la fois de la cour provinciale et de la cour supérieure; et (3) les infractions poursuivies par procédure sommaire, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour provinciale. L'exigence formulée au sous-al. 686(1)(b)(iv) — à savoir que « le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » — renvoie à ces trois catégories d'infractions et à la compétence juridictionnelle des cours supérieures et provinciales de juger ces infractions.

Le fait de limiter l'application de la disposition réparatrice aux affaires dans lesquelles le jury a été régulièrement constitué serait carrément incompatible avec l'objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv), qui est d'élargir les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation afin de traiter les erreurs de compétence et d'évaluer tout préjudice qui aurait pu en découler. Dans le but d'atteindre son objectif, le Parlement voulait que la disposition réparatrice soit absolument inapplicable seulement lorsque le tribunal de première instance n'avait pas le pouvoir issu de la loi de juger la catégorie d'infractions ou lorsqu'un préjudice avait été causé à l'accusé.

to deal with the subject-matter of the charge, as it is only a lack of subject-matter jurisdiction that deprives the court *ab initio* of all jurisdiction. It is not concerned with the timing of the procedural error, nor with its consequences for the appellant's trial. Such inquiries into the nature and consequence of the error are best left to the prejudice analysis. If an appeal court is satisfied that the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted, the proviso inquiry turns to the second requirement: whether the appellant "suffered no prejudice". In the context of applying s. 686(1)(b)(iv) to a procedural error in jury selection, the prejudice inquiry is focused solely upon the risk of depriving accused persons of their right, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to a fair trial by an independent and impartial jury. Where the appellant is able to show that a procedural error led to an improperly constituted jury, the onus shifts to the Crown to show, on a balance of probabilities, that the appellant was not deprived of their right to a fair trial by an independent and impartial jury and, consequently, suffered no prejudice.

In this case, both statutory requirements in s. 686(1)(b)(iv) are met. The trial court had jurisdiction over the class of offence, as the offences at issue were indictable and the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over all indictable offences. There was also no prejudice to either E or J. Although the use of static triers was incorrect in the circumstances, it was one of the two legally sanctioned procedures for trying challenges for cause at the time of the trial. Further, the risk of juror tainting was removed, as both the sworn and unsworn jurors were excluded from the courtroom. The actual implementation of the procedure by both the trial judge and the static triers was also handled with the requisite care and attention to ensure that the fair trial rights of E and J were protected. A reasonable person would perceive E and J to have received a fair trial before an independent and impartial jury. While E and J did not receive the exact trial they wanted, the law does not demand perfect justice, but fundamentally fair justice. This is what they received.

Par conséquent, pour l'application de la disposition réparatrice, le terme « compétent » vise uniquement l'aptitude du tribunal de première instance de traiter de l'objet de l'accusation, puisque seul un défaut à l'égard de la compétence *ratione materiae* prive le tribunal de toute compétence *ab initio*. Elle ne vise pas le moment où l'erreur en matière de procédure s'est produite ni les conséquences de celle-ci sur le procès de l'appellant. De telles analyses portant sur la nature et les conséquences de l'erreur correspondent mieux à l'analyse portant sur le préjudice. Si une cour d'appel est convaincue que le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont font partie celles à l'égard desquelles l'appellant a été déclaré coupable, l'examen de la disposition réparatrice se concentre sur la seconde exigence : la question de savoir si « aucun préjudice n'a été causé à » l'appellant. Dans le cadre de l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv) à une erreur de procédure lors de la sélection des jurés, l'examen du préjudice est uniquement axé sur le risque de priver les personnes accusées de leur droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, en vertu de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Lorsque l'appellant peut démontrer que le jury a été irrégulièrement constitué en raison d'une erreur de procédure, il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et la Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant n'a pas été privé de son droit à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial et, par conséquent, qu'aucun préjudice ne lui a été causé.

En l'espèce, il est satisfait aux deux exigences législatives du sous-al. 686(1)(b)(iv). Le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, parce que les infractions en question sont des actes criminels et la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente à l'égard de tout acte criminel. Aussi, aucun préjudice n'a été causé ni à E ni à J. Bien qu'il ait été erroné dans les circonstances de recourir à des vérificateurs permanents, il s'agissait d'une des deux procédures autorisées par la loi pour trancher les récusations motivées à l'époque où le procès a eu lieu. En outre, le risque manifeste d'influence des jurés a été éliminé, car les jurés — assermentés ou non — ont été exclus de la salle d'audience. La mise en œuvre concrète de la procédure, tant par le juge du procès que par les vérificateurs permanents, a aussi été effectuée avec la diligence et l'attention nécessaires pour veiller à ce que les droits de E et de J à un procès équitable soient protégés. Une personne raisonnable conclurait que E et J ont subi un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. Bien que E et J n'aient pas obtenu exactement le procès qu'ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite, mais une justice fondamentalement équitable. C'est ce qu'ils ont obtenu.

Cases Cited

Overruled: *R. v. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357; **considered:** *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; **referred to:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. v. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *R. v. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *R. v. Nouredine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23; *R. v. W.V.*, 2007 ONCA 546; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696; *R. v. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, rev'd [1992] 3 S.C.R. 471; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, 2005 SCC 6, [2005] 1 S.C.R. 47; *R. v. Yummu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (criminal procedure, language of the accused, sentencing and other amendments), S.C. 2008, c. 18, s. 26.
An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2019, c. 25, s. 272.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.18(1), 83.2, 248, 465(1)(a), (c), 468, 469, 536, 536.1, 640(1), 686(1)(b)(iii), (iv), 785.
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rouleau, Hourigan and Zarnett JJ.A.), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388, [2019] O.J. No. 4373 (QL), 2019 CarswellOnt 13667 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for terrorism offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Kevin Wilson and Amber Pashuk, for the appellant.

Erin Dann and Sarah Weinberger, for the respondent Chiheb Esseghaier.

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *R. c. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357; **arrêt examiné :** *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; **arrêts mentionnés :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. c. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *R. c. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317; *R. c. Nouredine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23; *R. c. W.V.*, 2007 ONCA 546; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696; *R. c. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, inf. par [1992] 3 R.C.S. 471; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, 2005 CSC 6, [2005] 1 R.C.S. 47; *R. c. Yummu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie II.1, art. 83.18(1), 83.2, 248, 465(1)a), c), 468, 469, 536, 536.1, 640(1), 686(1)b)(iii), (iv), 785.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. 1985, c. 27 (1^{er} suppl.), art. 145(1).
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, L.C. 2019, c. 25, art. 272.
Loi modifiant le Code criminel (procédure pénale, langue de l'accusé, détermination de la peine et autres modifications), L.C. 2008, c. 18, art. 26.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rouleau, Hourigan et Zarnett), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388, [2019] O.J. No. 4373 (QL), 2019 CarswellOnt 13667 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour infractions de terrorisme prononcées contre les accusés et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Kevin Wilson et Amber Pashuk, pour l'appelante.

Erin Dann et Sarah Weinberger, pour l'intimé Chiheb Esseghaier.

Megan Savard and Riaz Sayani, for the respondent Raed Jaser.

Michael Perlin, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrew Barg, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Nathan Gorham, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario)

The reasons for judgment of the Court were delivered by

MOLDAVER AND BROWN JJ. —

I. Overview

[1] In 1985, Parliament enacted s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to allow courts of appeal to uphold a conviction where, despite a procedural irregularity at trial, the “trial court had jurisdiction over the class of offence” and the court of appeal was of the opinion that “the appellant suffered no prejudice” as a result of the error (*Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145(1)).

[2] In *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, this Court explained that Parliament’s aim in enacting s. 686(1)(b)(iv) was to broaden the powers of appellate courts to cure certain procedural errors that had formerly been viewed as incurable as a result of their effect on the “jurisdiction” of the court (paras. 13 and 16). The purpose of the provision was to move from characterizing such jurisdictional errors as automatically fatal to a conviction, toward a process by which appellate courts could uphold a conviction where, despite the procedural error, the accused person had suffered no prejudice (paras. 16 and 18).

Megan Savard et Riaz Sayani, pour l’intimé Raed Jaser.

Michael Perlin, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Andrew Barg, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Nathan Gorham, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LES JUGES MOLDAVER ET BROWN —

I. Aperçu

[1] En 1985, le Parlement a adopté le sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, afin de permettre aux cours d’appel de confirmer une déclaration de culpabilité lorsque, malgré une irrégularité de procédure au procès, le « tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » et la cour d’appel était d’avis qu’« aucun préjudice n’a été causé à [l’appelant] » par cette irrégularité (*Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. 1985, c. 27 (1^{er} suppl.), par. 145(1)).

[2] Dans l’arrêt *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, la Cour a expliqué que, lorsque le Parlement a adopté le sous-al. 686(1)(b)(iv), son objectif était d’élargir les pouvoirs des cours d’appel de remédier à certaines erreurs procédurales qui étaient auparavant considérées comme irrémédiables en raison de leur effet sur la « compétence » du tribunal (par. 13 et 16). L’objet de la disposition était de passer de la qualification de telles erreurs de compétence comme étant automatiquement fatales à la déclaration de culpabilité, à un processus par lequel les cours d’appel pouvaient confirmer une déclaration de culpabilité lorsque, malgré l’erreur de procédure, aucun préjudice n’avait été causé à la personne accusée (par. 16 et 18).

[3] At issue in this appeal is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure procedural errors that occur during the jury selection process.

[4] In April 2013, the respondents, Chiheb Esseghaier and Raed Jaser, were charged with a series of terrorism offences under the *Criminal Code*. In light of the seriousness of the allegations and the high-profile nature of the case, the parties agreed that challenges for cause were necessary to ensure the impartiality of the jury.

[5] At the time, the *Criminal Code* provided two procedures for trying challenges for cause — rotating triers and static triers. Mr. Jaser wanted rotating triers. He also wanted the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors from the courtroom during the challenge for cause process. If his request could not be satisfied, he wanted static triers.

[6] The trial judge refused Mr. Jaser’s request, concluding that trial judges no longer had the authority to exclude unsworn jurors where the rotating triers process was being used. In any event, he would not have exercised the discretion even if he had it. To grant Mr. Jaser’s request would be to expose the sworn jurors — members of the jury — to the potentially partial comments of prospective jurors and, thereby, risk undermining trial fairness. The trial judge thus imposed static triers in accordance with Mr. Jaser’s alternate position. Mr. Esseghaier, who rejected the authority of the *Criminal Code* in its entirety, made no submissions as to the appropriate procedure for trying the challenges for cause.

[3] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iv) peut être appliquée pour remédier à des erreurs de procédure se produisant pendant le processus de sélection des jurés.

[4] En avril 2013, les intimés, Chiheb Esseghaier et Raed Jaser, ont été accusés d’avoir commis de nombreuses infractions en matière de terrorisme, selon le *Code criminel*. Vu la gravité des allégations et la nature très médiatisée de la cause, les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires afin d’assurer l’impartialité du jury.

[5] À l’époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures permettant de trancher les récusations motivées — la procédure des « vérificateurs par rotation » (*rotating triers*) et celle des « vérificateurs permanents » (*static triers*). Monsieur Jaser souhaitait que la procédure des vérificateurs par rotation soit utilisée. Il désirait également que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law d’exclure les candidats jurés de la salle d’audience pendant le processus des récusations motivées. S’il ne pouvait être satisfait à sa demande, il souhaitait que la procédure des vérificateurs permanents soit utilisée.

[6] Le juge du procès a rejeté la demande de M. Jaser, concluant que les juges qui président le procès n’avaient plus le pouvoir d’exclure les jurés non assermentés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Quoi qu’il en soit, le juge du procès n’aurait pas exercé le pouvoir discrétionnaire, même s’il l’avait eu. Faire droit à la demande de M. Jaser aurait eu pour effet d’exposer les jurés assermentés — les membres du jury — aux commentaires potentiellement partiaux de candidats jurés, et aurait ainsi entraîné le risque de miner l’équité du procès. Le juge du procès a donc ordonné le recours à la procédure des vérificateurs permanents, conformément à la demande subsidiaire de M. Jaser. Monsieur Esseghaier, qui refusait totalement d’être assujéti au *Code criminel*, n’a fait aucune observation sur la procédure adéquate permettant de trancher les récusations motivées.

[7] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were subsequently convicted and sentenced to life imprisonment. They appealed on a number of grounds, including whether the trial judge had erred in denying Mr. Jaser's request for rotating triers. Prior to the hearing, however, it was decided to bifurcate the appeal and have the court address the jury selection issue first.

[8] On the basis of the jury selection issue, the Court of Appeal for Ontario overturned the convictions and directed a new trial (2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388). In the court's opinion, the trial judge retained the common law authority to grant Mr. Jaser's request, and he should have exercised it. The imposition of static triers against Mr. Jaser's wishes meant that the jury — and thus the court — had been improperly constituted. The convictions could not stand, and the error could not be cured by the operation of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv).

[9] The Crown obtained leave to appeal to this Court. After hearing oral argument, the Court allowed the appeal with reasons to follow. These are those reasons.

[10] In our view, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) can be applied to cure jury selection errors. And, as we will explain, the proviso can cure the particular error in this case, as both statutory requirements in s. 686(1)(b)(iv) are met: (1) the trial court had jurisdiction over the class of offence, as the offences at issue were indictable and the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over all indictable offences; and (2) there was no prejudice to either Mr. Esseghaier or Mr. Jaser. The procedure used, though technically incorrect, was one of two alternatives by which Parliament sought to ensure that an accused person's right to a fair trial by an independent and impartial jury was protected. While Mr. Esseghaier and Mr. Jaser did not receive the specific jury selection process they wanted, our law does not demand procedurally perfect justice, but

[7] Messieurs Esseghaier et Jaser ont subséquemment été déclarés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement à perpétuité. Ils ont interjeté appel, invoquant de nombreux moyens, y compris la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur lorsqu'il a rejeté la demande de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation. Toutefois, avant l'audience, il a été décidé de scinder l'appel pour que la cour examine d'abord la question relative à la sélection des jurés.

[8] Se fondant sur la question de la sélection des jurés, la Cour d'appel de l'Ontario a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388). La cour était d'avis que le juge du procès avait conservé le pouvoir de common law lui permettant de faire droit à la demande de M. Jaser, et qu'il aurait dû l'exercer. Le fait d'imposer la procédure des vérificateurs permanents, malgré l'opposition de M. Jaser, a fait en sorte que le jury — et donc, le tribunal — a été irrégulièrement constitué. Les déclarations de culpabilités ne pouvaient pas être maintenues, et on ne pouvait pas remédier à l'irrégularité par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv).

[9] La Couronne a obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour. Après avoir entendu les observations orales, la Cour a accueilli le pourvoi, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

[10] Nous sommes d'avis que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) peut être appliquée afin de remédier à des erreurs commises lors de la sélection des jurés. Qui plus est, comme nous l'expliquerons, la disposition réparatrice permet de remédier à l'erreur particulière commise en l'espèce, car il est satisfait aux deux exigences législatives du sous-al. 686(1)(b)(iv) : (1) le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, parce que les infractions en question sont des actes criminels et la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente à l'égard de tout acte criminel; et (2) aucun préjudice n'a été causé à MM. Esseghaier et Jaser. La procédure suivie, même si elle était techniquement irrégulière, était l'une des deux options offertes par le Parlement afin de garantir que le droit de toute personne accusée à

fundamentally fair justice (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193). This is what they received.

II. Background

[11] On April 22, 2013, Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were arrested and charged with various terrorism offences under Part II.1 of the *Criminal Code*. Specifically, both men were charged with conspiracy to damage transportation infrastructure with intent to endanger safety for the benefit of a terrorist group (ss. 83.2, 248 and 465(1)(c)), conspiracy to commit murder for the benefit of a terrorist group (ss. 83.2 and 465(1)(a)), and two counts each of participating in or contributing to the activity of a terrorist group (s. 83.18(1)). Mr. Esseghaier was also charged with a further count of participating in or contributing to the activity of a terrorist group.

[12] In substance, the various charges alleged that Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were members of a terrorist group planning a series of “plots” designed to kill people. The primary plot, the “train plot”, was to derail a VIA passenger train traveling between Toronto and New York, with the ultimate aim of killing the passengers. An alternate plot, the “sniper plot”, was to use a rifle to assassinate prominent persons.

[13] The joint trial began on January 23, 2015. By then, the trial judge had heard a series of pre-trial motions, two of which are relevant to this appeal.

[14] First, on March 14, 2014, after it had become clear that Mr. Esseghaier would likely be self-represented, the Crown moved for the appointment

un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial soit protégé. Bien que MM. Esseghaier et Jaser n’aient pas obtenu la procédure particulière de sélection des jurés qu’ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite sur le plan procédural, mais une justice fondamentalement équitable (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193). C’est ce qu’ils ont obtenu.

II. Contexte

[11] Le 22 avril 2013, MM. Esseghaier et Jaser ont été arrêtés et inculpés de diverses infractions de terrorisme, au titre de la Partie II.1 du *Code criminel*. Plus précisément, les deux hommes ont été inculpés de complot en vue d’endommager des biens employés au transport avec l’intention de porter atteinte à la sécurité d’une personne au profit d’un groupe terroriste (art. 83.2 et 248 et al. 465(1)c)), de complot en vue de commettre un meurtre au profit d’un groupe terroriste (art. 83.2 et al. 465(1)a)), et de deux chefs chacun de participation ou de contribution à une activité d’un groupe terroriste (par. 83.18(1)). Monsieur Esseghaier a aussi été inculpé d’un autre chef de participation ou de contribution à une activité d’un groupe terroriste.

[12] Pour l’essentiel, selon les diverses accusations, MM. Esseghaier et Jaser auraient été membres d’un groupe terroriste qui planifiait de nombreux [TRADUCTION] « complots » fomentés dans le but de tuer des personnes. Le complot principal, soit le « complot visant le train », avait pour objet de faire dérailler un train de voyageurs de VIA faisant le trajet entre Toronto et New York, et avait pour but ultime de tuer les passagers du train. Un complot subsidiaire, le « complot du tireur embusqué », consistait à utiliser une arme pour assassiner des personnes influentes.

[13] Le procès conjoint a commencé le 23 janvier 2015. À cette date-là, le juge du procès avait entendu de nombreuses requêtes préalables, dont deux sont importantes dans le présent pourvoi.

[14] Premièrement, le 14 mars 2014, après qu’il fut évident que M. Esseghaier se représenterait lui-même, la Couronne a demandé la nomination d’un

of *amicus curiae*. The trial judge granted this motion, finding that there were “specific and exceptional circumstances” that justified the appointment of *amicus* in a limited role (2014 ONSC 2277, at para. 41 (CanLII), quoting *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 47 and 115).

[15] Secondly, on December 9, 2014, the trial judge heard a joint motion from the Crown and Mr. Jaser on issues related to jury selection. In light of the high public profile of the case and the “climate where public concerns about terrorism offences and Islamic extremism ha[d] become pronounced”, the parties agreed that challenges for cause were necessary and appropriate to ensure the impartiality of the jury (2014 ONSC 7528, at para. 8 (CanLII)). The precise method for determining the challenges for cause, however, remained at issue.

[16] As we have already noted (at para. 5), the *Criminal Code* provided at the time two methods for trying challenges for cause — rotating triers and static triers. Rotating triers involved two random members of the jury panel serving as triers until the first jury member was chosen. The first juror would then replace one of the triers (who would be excused) and assume the role of trying whether the next prospective juror was impartial. This rotational pattern would continue until the full petit jury was selected.

[17] In 2008, Parliament introduced a second procedure for determining challenges for cause — static triers. This procedure involved the appointment of two persons who, instead of rotating, would decide all challenges themselves until the entire petit jury had been sworn in, after which they would not themselves become members of the jury.

amicus curiae. Le juge du procès a fait droit à cette requête, statuant que des [TRADUCTION] « circonstances spécifiques et exceptionnelles » justifiaient la nomination d’un *amicus curiae* dont le rôle serait limité (2014 ONSC 2277, par. 41 (CanLII), citant *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 47 et 115).

[15] Deuxièmement, le 9 décembre 2014, le juge du procès a entendu une requête conjointe de la Couronne et de M. Jaser portant sur des questions de sélection des jurés. À la lumière de la nature très médiatisée de la cause et du [TRADUCTION] « climat dans lequel les préoccupations du public relatives aux infractions terroristes et à l’extrémisme islamique étaient devenues fortes », les parties ont convenu que des récusations motivées étaient nécessaires et justifiées afin d’assurer l’impartialité du jury (2014 ONSC 7528, par. 8 (CanLII)). La procédure précise utilisée pour trancher les récusations motivées demeurait toutefois en litige.

[16] Comme nous l’avons déjà souligné (par. 5), à l’époque, le *Code criminel* prévoyait deux procédures pour trancher les récusations motivées — la procédure des vérificateurs par rotation et celle des vérificateurs permanents. Les vérificateurs par rotation étaient deux membres du tableau des jurés désignés de manière aléatoire comme vérificateurs jusqu’à ce que le premier juré soit choisi. Le premier juré remplaçait alors l’un des vérificateurs (qui était libéré) et assumait le rôle de vérificateur afin de décider si le prochain candidat juré était impartial. Cette procédure de rotation continuait jusqu’à ce que tous les membres du petit jury aient été choisis.

[17] En 2008, le Parlement a adopté une seconde procédure pour trancher les récusations motivées — les vérificateurs permanents. Cette procédure visait la nomination de deux personnes qui, au lieu de s’exercer leurs fonctions par rotation, trancheraient elles-mêmes toutes les récusations jusqu’à ce que tous les membres du petit jury soient assésentés; après cela, ces deux personnes ne devenaient pas elles-mêmes des membres du jury.

[18] Even after the 2008 amendments, rotating triers remained the default procedure. The static triers procedure would be applied only where the accused person sought the exclusion of all sworn and unsworn (prospective) jurors, and where the trial judge agreed that exclusion was “necessary to preserve the impartiality of the jurors” (*An Act to amend the Criminal Code (criminal procedure, language of the accused, sentencing and other amendments)*, S.C. 2008, c. 18, s. 26).¹

[19] An additional wrinkle is that, prior to the 2008 amendments, it was accepted that trial judges had a common law discretion to order the exclusion of prospective jurors when rotating triers were being used. This discretion was exercised where necessary to preserve the impartiality of prospective jurors by ensuring that they did not hear the questions put to, or answers given by, other prospective jurors. After the 2008 amendments, however, a live question arose in Ontario — as seen in contrasting lines of authority at the Superior Court of Justice (see, e.g., *R. v. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. v. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46) — as to whether the introduction of static triers had removed trial judges’ ability to use their discretion to exclude prospective jurors where rotating triers were being used (the theory being that exclusion could now occur only through the static triers process).

[20] At the motion hearing, Mr. Jaser sought to use the default method of rotating triers. He also asked the trial judge to exercise his common law discretion to exclude prospective jurors during the challenge for cause process. There was, as Mr. Jaser saw it, “important” value in having members of the jury

[18] Même après les modifications de 2008, la procédure applicable par défaut est demeurée celle des vérificateurs par rotation. La procédure des vérificateurs permanents s’appliquait uniquement lorsque la personne accusée demandait l’exclusion de tous les jurés — assermentés ou non (candidats) — et lorsque le juge du procès était d’avis que cette mesure était « nécessaire pour préserver l’impartialité du jury » (*Loi modifiant le Code criminel (procédure pénale, langue de l’accusé, détermination de la peine et autres modifications)*, L.C. 2008, c. 18, art. 26)¹.

[19] Une difficulté additionnelle résidait en ce que, avant les modifications de 2008, il était admis que les juges du procès disposaient d’un pouvoir discrétionnaire de common law leur permettant d’ordonner l’exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Ce pouvoir discrétionnaire était exercé, au besoin, afin de préserver l’impartialité des candidats jurés pour faire en sorte que ces derniers n’entendent ni les questions posées aux autres candidats jurés ni les réponses à celles-ci. Pourtant, après les modifications de 2008, une question réelle a été soulevée en Ontario — comme l’illustrent des précédents divergents à la Cour supérieure de justice (voir, p. ex., *R. c. Riley* (2009), 247 C.C.C. (3d) 517; *R. c. Sandham* (2009), 248 C.C.C. (3d) 46) — quant à savoir si la procédure des vérificateurs permanents avait retiré aux juges du procès leur aptitude à user de leur pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’exclusion de candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée (la théorie étant que l’exclusion ne pouvait désormais avoir lieu que par le moyen de la procédure des vérificateurs permanents).

[20] Lors de l’audition de la requête, M. Jaser a demandé le recours à la procédure par défaut, celle des vérificateurs par rotation. Il a aussi demandé que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de common law afin d’exclure des candidats jurés durant le processus de récusations motivées.

¹ As of September 19, 2019, challenges for cause are now tried exclusively by the trial judge pursuant to s. 640(1) of the *Criminal Code (An Act to amend the Criminal Code, the Youth Criminal Justice Act and other Acts and to make consequential amendments to other Acts)*, S.C. 2019, c. 25, s. 272).

¹ Depuis le 19 septembre 2019, les récusations motivées sont tranchées exclusivement par le juge du procès, en vertu du par. 640(1) du *Code criminel (Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d’autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois)*, L.C. 2019, c. 25, art. 272).

involved in one another's selection (A.R., vol. III, at p. 51). Excluding prospective jurors would "ensure their convenience" and "ensure that they [we]ren't exposed to the process in terms of the challenge for cause ahead of time and be able to tailor answers" (p. 51). While recognizing that having the sworn jurors stay in the courtroom ran the risk of tainting, he saw this as a risk worth taking in order to have the jury "participate in the process" (p. 53). If, however, the common law discretion was unavailable — or if it was available but the trial judge declined to exercise it — Mr. Jaser indicated that he would move for static triers.

[21] Mr. Esseghaier expressed no view regarding the procedure for deciding challenges for cause, exclusion of jurors, or Mr. Jaser's motion. *Amicus* was not present at the hearing.

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice (Code J.), 2014 ONSC 7528*

[22] The trial judge denied Mr. Jaser's request. In his view, the introduction of static triers had ousted the common law discretion to order the exclusion of prospective jurors as a means of preserving impartiality where rotating triers were being used. As juror impartiality was the fundamental reason for the need to exclude prospective jurors in this case, the common law discretion no longer existed (paras. 41-42). He thus accepted Mr. Jaser's alternative position, agreeing that a static triers process was appropriate (para. 43).

[23] The trial judge added that, if he were wrong about the effect of the 2008 amendments, such that the common law discretion to exclude prospective

Il y avait, selon M. Jaser, une valeur [TRADUCTION] « importante » liée au fait que les membres du jury participeraient à la sélection les uns des autres (d.a., vol. III, p. 51). Le fait d'exclure des candidats jurés permettait de « leur éviter des inconvénients » et de « veiller à ce qu'ils ne soient pas exposés au processus de récusations motivées avant leur tour et qu'ils ne puissent adapter leurs réponses en conséquence » (p. 51). Tout en reconnaissant que, si les jurés assermentés demeuraient dans la salle d'audience, cela entraînerait un risque d'influence, M. Jaser a estimé que ce risque valait la peine d'être pris afin de permettre au jury de « participer au processus » (p. 53). Si, toutefois, le pouvoir discrétionnaire de common law ne pouvait pas être exercé — ou s'il pouvait être exercé, mais que le juge du procès s'y refusait — M. Jaser a indiqué qu'il demanderait alors de recourir à la procédure des vérificateurs permanents.

[21] Monsieur Esseghaier n'a exprimé aucune opinion relativement à la procédure à utiliser pour trancher les récusations motivées, l'exclusion des jurés, ou la requête de M. Jaser. L'*amicus curiae* n'était pas présent à l'audience.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Code), 2014 ONSC 7528*

[22] Le juge du procès a rejeté la demande de M. Jaser. À son avis, l'instauration de la procédure des vérificateurs permanents a eu pour effet d'écartier le pouvoir discrétionnaire de common law d'ordonner l'exclusion des candidats jurés en guise de moyen visant à préserver l'impartialité lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Comme l'impartialité des jurés était la raison fondamentale justifiant d'exclure les candidats jurés en l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de common law n'existait plus (par. 41-42). Il a donc fait droit à l'argument subsidiaire de M. Jaser, souscrivant à l'idée que la procédure des vérificateurs permanents était adéquate (par. 43).

[23] Le juge du procès a ajouté que, s'il avait commis une erreur quant à l'effet des modifications de 2008, de sorte que le pouvoir discrétionnaire de

jurors still existed for rotating triers where impartiality was the issue, he would nevertheless not exercise that discretion (para. 45). In his view, an order protecting only prospective jurors from tainting, but not the sworn jurors, would be an “improper” exercise of his discretion (at para. 45), as it would not “fulfil the judicial function of administering justice . . . in an . . . effective manner” (para. 46, quoting *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24). In particular, “it would be wrong to make such a limited and ineffective common law order, when a full and effective statutory remedy was readily available, pursuant to s. 640(2.1)” (para. 46).

[24] The trial judge therefore made an order to exclude all jurors, both sworn and unsworn, and for the appointment of static triers.

B. *Interim Proceedings (Trial, Sentencing, and Bifurcation)*

[25] After a two-month trial, the jury returned verdicts convicting Mr. Esseghaier on all counts and Mr. Jaser on all counts but one. Both were sentenced to life imprisonment with parole ineligibility set at 10 years from the date of their arrest.

[26] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser appealed their convictions and sentences. Prior to the appeal hearing, however, Mr. Jaser and *amicus* brought a motion for a bifurcated hearing, in which the jury selection issue could be heard and determined in advance of the other grounds of appeal. The case management judge granted the request, noting that the record was sufficient to allow the jury selection ground to be argued separately, and that success could result in the quashing of the convictions (Bifurcation Ruling, reproduced in A.R., vol. II, at pp. 85-86). He

common law d’exclure les candidats jurés continuait d’exister dans le cadre de la procédure des vérificateurs par rotation lorsque l’impartialité était en cause, il n’exercerait néanmoins pas ce pouvoir discrétionnaire (par. 45). Selon le juge du procès, une ordonnance protégeant uniquement les candidats jurés contre le risque d’influence, mais pas les jurés assermentés, constituait un exercice [TRADUCTION] « inapproprié » de son pouvoir discrétionnaire (par. 45), car elle ne lui permettrait pas de « remplir [sa] fonction qui est de rendre justice [. . .] d’une manière [. . .] efficace » (par. 46, citant *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24). En particulier, [TRADUCTION] « il serait erroné d’ordonner une réparation de common law aussi limitée et inefficace lorsqu’il est possible, en application du par. 640(2.1), d’accorder une réparation d’origine législative qui est entière et efficace » (par. 46).

[24] Le juge du procès a donc ordonné l’exclusion de tous les jurés — assermentés ou non — et la désignation de vérificateurs permanents.

B. *Procédures interlocutoires (procès, détermination de la peine et scission)*

[25] À l’issue d’un procès qui a duré deux mois, le jury a rendu des verdicts déclarant M. Esseghaier coupable de tous les chefs d’accusation portés contre lui et M. Jaser coupable de tous les chefs d’accusation portés contre lui sauf un. Ils ont tous les deux été condamnés à des peines d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans à partir de la date de leur arrestation.

[26] Messieurs Esseghaier et Jaser ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité et de leurs peines. Toutefois, avant l’audition de l’appel, M. Jaser et l’*amicus curiae* ont présenté une requête en vue de la scission de l’appel, afin que la question de la sélection des jurés puisse être entendue et tranchée avant les autres moyens d’appel. Le juge responsable de la gestion de l’instance a fait droit à cette requête, faisant observer que le dossier était suffisant pour permettre que le moyen d’appel fondé sur la sélection des jurés soit plaidé séparément,

therefore directed that it be argued in advance of the main appeal (p. 86).

C. *Court of Appeal for Ontario (Rouleau, Hourigan, and Zarnett J.J.A.), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388*

[27] In light of the decision to bifurcate, the only issue before the Court of Appeal was whether the trial judge had erred in denying Mr. Jaser’s request for rotating triers with prospective jurors excluded and, if so, whether that error could be cured by application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*.

[28] In allowing the appeal and ordering a new trial, the Court of Appeal determined that the trial judge had erred in concluding that the common law discretion did not exist (paras. 9 and 27, citing *R. v. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514, at paras. 34, 37 and 39; *R. v. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, at paras. 35-36). The trial judge had also erred in alternatively deciding that he should not exercise his discretion, even if he had it. The trial judge had denied Mr. Jaser’s request on the basis that the statutory process he was electing — rotating triers — was incompatible with the need to preserve the impartiality of the jury in a case where there was a significant risk of tainting. This reasoning effectively rendered the common law discretion, as well as the very process of rotating triers, unavailable. As Mr. Jaser had not sought static triers, the risk of tainting was inevitable. Mr. Jaser’s request was intended to reduce that risk (paras. 54-56).

[29] This error — the denial of Mr. Jaser’s application to exclude unsworn jurors with rotating triers — could not be saved by the curative proviso, for two reasons: (1) errors affecting the composition of the

et que l’accueil de ce moyen d’appel pourrait entraîner l’annulation des déclarations de culpabilité (jugement sur la scission, reproduit dans d.a., vol. II, p. 85-86). Il a donc ordonné que cette question soit entendue avant l’appel principal (p. 86).

C. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rouleau, Hourigan et Zarnett), 2019 ONCA 672, 57 C.R. (7th) 388*

[27] Compte tenu de la décision de scinder l’appel, la seule question posée à la Cour d’appel était celle de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la demande de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation avec exclusion des candidats jurés, et si c’était le cas, s’il était possible de remédier à cette erreur par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code criminel*.

[28] Accueillant l’appel et ordonnant la tenue d’un nouveau procès, la Cour d’appel a décidé que le juge du procès avait commis une erreur lorsqu’il a conclu que le pouvoir discrétionnaire de common law n’existait pas (par. 9 et 27, citant *R. c. Grant*, 2016 ONCA 639, 342 C.C.C. (3d) 514, par. 34, 37 et 39; *R. c. Husbands*, 2017 ONCA 607, 353 C.C.C. (3d) 317, par. 35-36). Le juge du procès avait aussi commis une erreur en concluant, de façon subsidiaire, que même s’il disposait de ce pouvoir discrétionnaire, il ne devait pas l’exercer. Le juge du procès avait rejeté la demande de M. Jaser au motif que la procédure choisie, prévue par la loi — les vérificateurs par rotation — était incompatible avec la nécessité de préserver l’impartialité du jury dans une cause où il existait un risque considérable d’influence. Ce raisonnement a effectivement écarté l’application du pouvoir discrétionnaire de common law et de la procédure même des vérificateurs par rotation. Comme M. Jaser n’avait pas sollicité le recours à la procédure des vérificateurs permanents, le risque d’influence était inévitable. La demande de M. Jaser visait à diminuer ce risque (par. 54-56).

[29] Une telle erreur — le rejet de la demande de M. Jaser d’exclure les jurés non assermentés et de procéder avec des vérificateurs par rotation — ne pouvait être corrigée au moyen de la disposition

jury lead to an improperly constituted court, thereby depriving the trial court of jurisdiction over the class of offence (for both Mr. Esseghaier and Mr. Jaser) (at paras. 70 and 75-77, citing *R. v. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23, at paras. 52-53 and 61; see also *R. v. W.V.*, 2007 ONCA 546, at para. 26 (CanLII)); and (2) even if the trial court had jurisdiction, the error caused prejudice to the accused person as a result of its negative effect on the appearance of the fairness of the proceedings and the due administration of justice (para. 71, citing *Noureddine*, at para. 64).

IV. Issues

[30] This appeal presents three issues:

- (1) Did the Court of Appeal err in finding that the jury was improperly constituted?
- (2) If the jury was improperly constituted, did the Court of Appeal err in finding that the error could not be cured by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*?
- (3) If the appeal is allowed, what is the appropriate remedy?

V. Analysis

A. *The Jury Was Improperly Constituted*

[31] We agree with the Court of Appeal that the jury for both Mr. Esseghaier and Mr. Jaser was improperly constituted. The trial judge erred in both his primary and alternative conclusions with respect to Mr. Jaser's application.

[32] With respect to the trial judge's primary finding, it was not disputed before us that the trial judge erred in concluding that the introduction of static triers in 2008 ousted the common law discretion to

réparatrice, et ce, pour deux raisons : (1) les erreurs touchant la composition du jury entraînent la constitution irrégulière du tribunal, privant ainsi le tribunal de première instance de la compétence à l'égard de la catégorie d'infractions (tant dans le cas de M. Esseghaier que dans le cas de M. Jaser) (par. 70 et 75-77, citant *R. c. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 128 O.R. (3d) 23, par. 52-53 et 61; voir aussi *R. c. W.V.*, 2007 ONCA 546, par. 26 (CanLII)); et (2) même si le tribunal de première instance était compétent, l'erreur a causé un préjudice à l'accusé en raison des incidences défavorables sur l'apparence du caractère équitable de la procédure et sur la bonne administration de la justice (par. 71, citant *Noureddine*, par. 64).

IV. Questions en litige

[30] Le présent pourvoi soulève trois questions :

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le jury avait été irrégulièrement constitué?
- (2) Si le jury a été irrégulièrement constitué, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'irrégularité ne pouvait être corrigée par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*?
- (3) Si le pourvoi est accueilli, quelle est la réparation appropriée?

V. Analyse

A. *Le jury a été irrégulièrement constitué*

[31] Nous souscrivons à l'avis de la Cour d'appel que le jury, à la fois de M. Esseghaier et de M. Jaser, a été irrégulièrement constitué. Le juge du procès a commis une erreur tant dans sa conclusion principale que dans sa conclusion subsidiaire relativement à la demande de M. Jaser.

[32] En ce qui a trait à la conclusion principale du juge du procès, il n'a pas été contesté devant nous que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'instauration en 2008 de la procédure

exclude prospective jurors while using rotating triers. The discretion existed.

[33] Turning to the trial judge’s alternative conclusion — that even if the discretion existed, he would not have exercised it — we agree with the Court of Appeal that the trial judge’s refusal to exercise his discretion was unreasonable. In light of Mr. Jaser’s desire to use rotating triers, the risk of tainting was inevitable. He accepted that risk, but wanted it reduced through the exercise of the common law discretion to exclude prospective jurors. While the trial judge may have thought this unwise, there was no basis for him to refuse the request. In our respectful view, he erred in doing so.

[34] As a result of the error, the jury was improperly constituted for Mr. Jaser, as it was incorrectly selected by static triers instead of rotating triers with prospective jurors excluded. The jury was also improperly constituted for Mr. Esseghaier, as he was improperly denied his right to rotating triers, the default procedure under the *Criminal Code*.

B. *The Curative Proviso in Section 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code*

[35] Section 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* states the following:

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

...

(b) may dismiss the appeal where

...

des vérificateurs permanents a écarté le pouvoir discrétionnaire de common law d’exclure les candidats jurés lorsque la procédure des vérificateurs par rotation était utilisée. Ce pouvoir discrétionnaire continuait d’exister.

[33] Pour ce qui est de la conclusion subsidiaire du juge du procès — selon laquelle même si le pouvoir discrétionnaire existait, il ne l’aurait pas exercé — nous souscrivons à la conclusion de la Cour d’appel portant que le refus du juge du procès d’exercer son pouvoir discrétionnaire était déraisonnable. Compte tenu du souhait de M. Jaser de recourir à la procédure des vérificateurs par rotation, le risque d’influence était inévitable. Il a accepté ce risque, mais voulait qu’il soit atténué par l’exercice du pouvoir discrétionnaire de common law d’exclure les candidats jurés. Bien que le juge du procès ait pu croire que cela n’était pas judicieux, il n’y avait aucun fondement justifiant qu’il rejette la demande. Soit dit en tout respect, il a commis une erreur.

[34] En raison de l’erreur commise, le jury a été irrégulièrement constitué dans la cause de M. Jaser, car les jurés ont été irrégulièrement sélectionnés au moyen de la procédure des vérificateurs permanents plutôt que par celle des vérificateurs par rotation avec exclusion des candidats jurés. Le jury a aussi été irrégulièrement constitué dans la cause de M. Esseghaier, car il a été irrégulièrement privé de son droit à des vérificateurs par rotation, la procédure par défaut en vertu du *Code criminel*.

B. *La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du Code criminel*

[35] Le sous-alinéa 686(1)b)(iv) du *Code criminel* dispose que :

686 (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité [...] la cour d’appel :

...

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

...

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

[36] This appeal calls upon this Court to clarify the meaning of the phrase “jurisdiction over the class of offence” in s. 686(1)(b)(iv) and to consider whether Mr. Esseghaier and Mr. Jaser “suffered no prejudice” such that the curative proviso may be applied in this case.

[36] Le présent pourvoi invite la Cour à préciser le sens de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » du sous-al. 686(1)b)(iv) et à examiner si « aucun préjudice n'a été causé » à MM. Esseghaier et Jaser, de sorte que la disposition réparatrice peut être appliquée en l'espèce.

[37] We turn first to the issue of jurisdiction.

[37] En premier lieu, nous analysons la question de la compétence.

(1) Jurisdiction Over the Class of Offence

(1) Compétence à l'égard de la catégorie d'infractions

[38] The phrase “jurisdiction over the class of offence” is not defined in the *Criminal Code* and its meaning has not yet been fully explored by this Court. The first steps to understanding its meaning, however, were taken by Arbour J. in *Khan*.

[38] L'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » n'est pas définie dans le *Code criminel* et son sens n'a pas été analysé de manière approfondie par la Cour. Les premières étapes pour mieux en saisir le sens ont toutefois été entreprises par la juge Arbour dans l'arrêt *Khan*.

[39] In reviewing the legislative history of s. 686(1)(b)(iv), Arbour J. explained that, at the time of the proviso's enactment, criminal procedure was replete with jurisdictional complexities that restricted the capacity of appellate courts to uphold convictions despite an absence of prejudice to the accused person (paras. 11-16). In introducing the proviso, Parliament's purpose was to “expan[d] the remedial powers of courts of appeal” to cure these serious procedural irregularities that had previously been deemed fatal to a conviction (para. 11). In order to give proper effect to this purpose, Arbour J. adopted the analysis of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, in which “jurisdiction over the class of offence” was taken to refer to the capacity of the trial court to deal with the “subject-matter of the charge” at issue (p. 47). This approach had been adopted nine years earlier by Gonthier J., in dissent, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. With its scope conceptualized in this way, the proviso would have broad application,

[39] En faisant un survol de l'historique législatif du sous-al. 686(1)b)(iv), la juge Arbour a expliqué que, à l'époque de l'adoption de cette disposition, la procédure criminelle regorgeait de complexités en matière de compétence, lesquelles limitaient l'aptitude des cours d'appel à confirmer des déclarations de culpabilité malgré l'absence de préjudice causé à la personne accusée (par. 11-16). En adoptant la disposition réparatrice, le Parlement avait pour objectif d'« élargi[r] les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation » afin de remédier à de graves irrégularités en matière de procédure qui avaient auparavant été considérées comme étant fatales à une déclaration de culpabilité (par. 11). Pour donner un effet approprié à cet objectif, la juge Arbour a souscrit à l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, pour qui la « compéte[n]ce à l'égard de la catégorie d'infractions » s'entendait de la capacité du tribunal de première instance de traiter de [TRADUCTION] « l'objet de l'accusation » en question (p. 47). Cette

enabling appellate courts to engage with jurisdictional errors and determine whether they had caused any prejudice to the appellant.

[40] We agree with this approach. We would, however, take this opportunity to expand on *Khan*'s discussion of the proviso's scope in order to give greater clarity to the meaning of the phrase "jurisdiction over the class of offence". In our view, its meaning is properly understood in light of the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*.

[41] The *Criminal Code* contains three provisions stating the jurisdiction of courts to try specific classes of offences — ss. 468, 469 and 785:

468 Every superior court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try any indictable offence.

469 Every court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try an indictable offence other than [treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, piratical acts, murder, accessory after the fact to high treason or treason or murder, bribery by the holder of a judicial office, an offence under ss. 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, attempting to commit treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, or piratical acts, and conspiracy to commit treason, intimidating Parliament or a legislature, inciting to mutiny, seditious offences, piracy, piratical acts, or murder].

785 ...

summary conviction court means a person who has jurisdiction in the territorial division where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen and who

approche avait été adoptée neuf ans plus tôt par le juge Gonthier, dissident, dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Lorsque sa portée est conceptualisée de cette manière, la disposition réparatrice aurait un vaste champ d'application permettant aux cours d'appel d'examiner des erreurs de compétence et de déterminer si celles-ci n'avaient causé aucun préjudice à l'appelant.

[40] Nous souscrivons à cette approche. Toutefois, nous saisissons l'occasion de renchérir sur le débat concernant la portée de la disposition réparatrice dans l'arrêt *Khan* afin de préciser le sens de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions ». À notre avis, le sens de cette expression est évident à la lumière des dispositions en matière de compétence du *Code criminel*.

[41] Le *Code criminel* contient trois dispositions énonçant la compétence des cours pour juger des catégories particulières d'infractions, soit les art. 468, 469 et 785 :

468 Toute cour supérieure de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel.

469 Toute cour de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel autre [que les suivants : trahison, intimider le Parlement ou une législature, incitation à la mutinerie, infractions séditionnelles, piraterie, actes de piraterie, meurtre, être complice après le fait d'une haute trahison ou d'une trahison ou d'un meurtre, corruption par le détenteur de fonctions judiciaires, une infraction visée aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24, tentative de commettre la trahison, d'intimider le Parlement ou une législature, d'incitation à la mutinerie, d'infractions séditionnelles, de piraterie ou d'actes de piraterie, et de comploter en vue de commettre la trahison, d'intimider le Parlement ou une législature, d'incitation à la mutinerie, d'infractions séditionnelles, de piraterie ou d'actes de piraterie ou de meurtre].

785 ...

cour des poursuites sommaires Personne qui a juridiction dans la circonscription territoriale où le sujet des procédures a pris naissance, d'après ce qui est allégué, et, selon le cas :

(a) is given jurisdiction over the proceedings by the enactment under which the proceedings are taken,

(b) is a justice or provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken does not expressly give jurisdiction to any person or class of persons, or

(c) is a provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken gives jurisdiction in respect thereof to two or more justices;

a) à qui la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère une juridiction à leur égard;

b) qui est un juge de paix ou un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées ne confère pas expressément juridiction à une personne ou catégorie de personnes;

c) qui est un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère juridiction, en l'espèce, à deux ou plusieurs juges de paix.

[42] In combination, these provisions delineate three classes of offences and the courts' powers to try persons charged with those offences: (1) indictable offences listed in s. 469 of the *Criminal Code*, which are within the exclusive jurisdiction of the superior court; (2) indictable offences not listed in s. 469, which are within the jurisdiction of both the provincial court and the superior court; and (3) summary conviction offences, which are within the exclusive jurisdiction of the provincial court. In our view, the requirement in s. 686(1)(b)(iv) that the “trial court had jurisdiction over the class of offence” refers to these three classes of offences and the jurisdictional capacity of the superior and provincial courts to try them.

[43] Beyond the connection between the language of the proviso and the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*, interpreting the phrase “jurisdiction over the class of offence” in accordance with those jurisdictional provisions aligns with this Court's prior guidance as to the purpose and intent of s. 686(1)(b)(iv). As noted above, in *Khan*, Arbour J. explained that s. 686(1)(b)(iv) was “enacted in the face of a body of case law that was becoming increasingly technical and complex and which had restricted considerably the possibility for appellate courts to conclude that an error at trial” did not require setting aside the verdict (para. 16). In this context, the introduction of this provision was meant to put an end to the notion that “procedural errors having caused a loss of jurisdiction in the trial courts could not be

[42] Ensemble, ces dispositions délimitent trois catégories d'infractions et les pouvoirs des cours de juger les personnes inculpées de ces infractions : (1) les actes criminels énumérés à l'art. 469 du *Code criminel*, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour supérieure; (2) les actes criminels non énumérés à l'art. 469, qui relèvent de la compétence à la fois de la cour provinciale et de la cour supérieure; et (3) les infractions poursuivies par procédure sommaire, qui relèvent de la compétence exclusive de la cour provinciale. À notre avis, l'exigence formulée au sous-al. 686(1)(b)(iv) — à savoir que « le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » — renvoie à ces trois catégories d'infractions et à la compétence juridictionnelle des cours supérieures et provinciales de juger ces infractions.

[43] Au-delà du lien entre le libellé de la disposition réparatrice visée et les dispositions du *Code criminel* en matière de compétence, l'interprétation de l'expression « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » d'une manière compatible avec ces dispositions en matière de compétence correspond aux directives antérieures de la Cour quant à l'objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv). Comme susmentionné, dans l'arrêt *Khan*, la juge Arbour a expliqué que le sous-al. 686(1)(b)(iv) a été « adopté à un moment où la jurisprudence devenait de plus en plus technique et complexe, et où elle en était venue à limiter considérablement la possibilité pour les cours d'appel de conclure qu'une erreur commise au procès » ne justifiait pas l'annulation du verdict (par. 16). Dans un tel contexte, l'adoption de cette disposition visait

cured, even on appeal” (para. 12). No longer was a loss of jurisdiction to be seen as automatically fatal to a conviction. Rather, appellate courts were to be able to cure errors where the appellant had suffered no prejudice, save *only* where the trial court lacked jurisdiction over the class of offence.

[44] Mr. Esseghaier and Mr. Jaser argue, however, that simply interpreting “jurisdiction over the class of offence” in line with the jurisdictional provisions cannot be correct. Even, they say, where the trial court was empowered by Parliament to try the offences at issue, that court can be said to have had “jurisdiction” only where it was properly constituted. As the proviso applies only to save a *loss* of jurisdiction, it cannot apply where the court had never obtained jurisdiction. In the context of errors occurring during the jury selection process, therefore, the proviso cannot apply because the jury — and therefore the court — was improperly constituted and, consequently, lacked jurisdiction to try any class of offence (R.F. (Esseghaier), at paras. 67-70; R.F. (Jaser), at paras. 64-68). Put differently, they submit that a trial court’s “jurisdiction over the class of offence” is contingent on the successful application of certain procedural safeguards, such as an accused person’s election and choice as to which procedure should be used to try challenges for cause. Their argument on this point echoes the approach adopted by the Court of Appeal in this case, following its line of authority originally established in *Noureddine* and *W.V.* (see above, at para. 29).

[45] The origin of this line of argument can be found in the Court of Appeal for Ontario’s reasons in *R. v. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357. In that case, the trial

véritablement à mettre fin à la notion voulant « qu’on ne puisse remédier, même en appel, aux erreurs de procédure ayant causé la perte de compétence des tribunaux de première instance » (par. 12). La perte de compétence n’était désormais plus considérée comme étant automatiquement fatale à la déclaration de culpabilité. Les cours d’appel étaient plutôt en mesure de remédier aux erreurs lorsque l’appellant n’avait subi aucun préjudice, sauf *uniquement* lorsque le tribunal de première instance n’était pas compétent à l’égard de la catégorie d’infractions.

[44] Messieurs Esseghaier et Jaser font toutefois valoir que le seul fait d’interpréter l’expression « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » conformément aux dispositions en matière de compétence ne saurait convenir. Selon eux, même si le Parlement conférait au tribunal de première instance le pouvoir de statuer sur les infractions en question, ce tribunal est seulement considéré comme étant « compétent » s’il a été constitué régulièrement. Comme la disposition réparatrice s’applique seulement pour corriger une *perte* de compétence, elle ne peut pas s’appliquer si le tribunal n’a jamais été compétent. En conséquence, dans le cas d’erreurs se produisant lors du processus de sélection des jurés, la disposition réparatrice ne peut pas s’appliquer, parce que le jury — et donc le tribunal — a été irrégulièrement constitué et, de ce fait, n’était pas compétent pour juger quelque catégorie d’infractions que ce soit (m.i. (Esseghaier), par. 67-70; m.i. (Jaser), par. 64-68). En d’autres termes, ils soutiennent que, pour que le tribunal de première instance soit considéré comme « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions », certaines garanties procédurales doivent être respectées, par exemple, le choix de la personne accusée quant au mode de procès et à la procédure qui devrait être utilisée pour trancher les récusations motivées. Leur argument à cet égard renvoie à l’approche adoptée par la Cour d’appel en l’espèce, suivant les précédents qu’elle avait établis dans les arrêts *Noureddine* et *W.V.* (voir le par. 29 des présents motifs).

[45] Ce raisonnement tire sa source dans les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Bain* (1989), 31 O.A.C. 357. Dans cette affaire, le juge du

judge went outside the bounds of the *Criminal Code* and effectively legislated a jury selection process which precluded the Crown from exercising its stand aside power, and which restricted both the Crown and defence to their four peremptory challenges. According to the Court of Appeal, such a procedural error could not be cured by means of the proviso: if the jury selection process fails to comply with the provisions of the *Criminal Code*, “the court never obtains jurisdiction to proceed to trial” (para. 6). The issue with such errors is not whether they result in a *loss* of jurisdiction, but rather “whether . . . the court was properly constituted in the first place” (para. 6). On appeal to this Court, the majority dispensed with the case on other grounds and did not address the potential application of s. 686(1)(b)(iv). Writing in dissent, however, Gonthier J. agreed with the Court of Appeal — the proviso could not cure the error because “[i]f the jury is not constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed” (p. 136). It is on the basis of this restrictive approach to the proviso that the Court of Appeal for Ontario — and now the respondents on appeal — reasoned that, where an error in jury selection renders the jury improperly constituted, the trial court will never have obtained jurisdiction and the proviso will thus be inapplicable (*Noureddine*, at paras. 50-53 and 61).

[46] We disagree. To limit the proviso’s application to cases where the jury was properly constituted would be plainly inconsistent with the purpose of s. 686(1)(b)(iv), which is to “expan[d] the remedial powers of courts of appeal” to engage with jurisdictional errors and assess any prejudice that may have flowed from them. Accepting the respondents’ submissions would be to permit the kind of unnecessary complexity that was rife prior to the enactment of the provision. Indeed, in *Khan*, Arbour J. noted that, among the various jurisdictional errors contributing to the problem were “irregularities in jury selection”

procès avait outrepassé les limites du *Code criminel* et avait, en fait, prescrit un processus de sélection des jurés qui interdisait à la Couronne d’exercer son pouvoir de mise à l’écart des jurés et qui limitait à la fois la Couronne et la défense aux quatre récusations péremptoires qui leur étaient octroyées. Selon la Cour d’appel, on ne pouvait pas remédier à une telle erreur de procédure au moyen de la disposition réparatrice : si le processus de sélection des jurés n’est pas compatible avec les dispositions du *Code criminel*, [TRADUCTION] « le tribunal ne devient jamais compétent pour instruire la cause » (par. 6). En présence de telles erreurs, la question n’est pas de savoir si elles entraînent une *perte* de compétence, mais plutôt [TRADUCTION] « si [. . .] le tribunal a été régulièrement constitué dès le départ » (par. 6). Dans le cadre du pourvoi formé à la Cour, les juges majoritaires ont rejeté l’affaire pour d’autres motifs et ne se sont pas penchés sur la question de la possible application du sous-al. 686(1)(b)(iv). Le juge Gonthier, dissident, était toutefois d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la disposition réparatrice ne pouvait pas remédier à l’erreur, car « [s]i le jury n’est pas constitué selon les règles, le tribunal n’existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement » (p. 136). C’est en se fondant sur cette approche restrictive de la disposition réparatrice que la Cour d’appel de l’Ontario — et maintenant les intimés en appel — ont opiné que, dans les cas où une erreur dans la sélection des jurés se traduit par un jury irrégulièrement constitué, le tribunal de première instance n’aura jamais eu compétence et la disposition réparatrice est en conséquence inapplicable (*Noureddine*, par. 50-53 et 61).

[46] Nous sommes en désaccord. Le fait de limiter l’application de la disposition réparatrice aux affaires dans lesquelles le jury a été régulièrement constitué serait carrément incompatible avec l’objectif du sous-al. 686(1)(b)(iv), qui est « d’élargi[r] les pouvoirs des cours d’appel en matière de réparation » afin de traiter les erreurs de compétence et d’évaluer tout préjudice qui aurait pu en découler. S’il fallait faire droit aux arguments des intimés, cela reviendrait à autoriser le même genre de questions inutilement complexes qui sévissaient avant l’adoption de la disposition. En effet, dans l’arrêt *Khan*,

(para. 14). The correct approach, as outlined above, is to interpret the proviso's scope in line with the jurisdictional provisions in the *Criminal Code*. To achieve its purpose, Parliament intended the proviso to be flatly inapplicable only where the trial court was not statutorily empowered to try the class of offence, or where the accused had suffered prejudice.

[47] We therefore depart from the approach espoused by the respondents and the Court of Appeal on the scope of the jurisdictional inquiry under s. 686(1)(b)(iv). For the purposes of the proviso, “jurisdiction” is concerned only with the trial court’s capacity to deal with the “subject-matter of the charge”, as it is only a lack of subject-matter jurisdiction (“*ratione materiae*”) that [TRANSLATION] “deprive[s] the court *ab initio* of all jurisdiction” (*R. v. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696 (C.A.), at para. 31; see also *R. v. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, at para. 38, per Brossard J.A., dissenting, rev’d substantially for the reasons of Brossard J.A., [1992] 3 S.C.R. 471). To this end, the jurisdictional question under s. 686(1)(b)(iv) is directed solely to the trial court’s capacity to try the relevant class of offence, as defined by Parliament. It is not concerned with the timing of the procedural error, nor with its consequences for the appellant’s trial. Such inquiries into the nature and consequence of the error, including whether it was one of application of the rules of the *Criminal Code* or an error arising from the application of judicially legislated rules, are best left to the prejudice analysis.

[48] In summary, the phrase “jurisdiction over the class of offence” is to be interpreted in accordance with the jurisdictional provisions established by

la juge Arbour a notamment souligné que les « irrégularités dans la sélection du jury » figuraient au titre des diverses erreurs en matière de compétence contribuant au problème (par. 14). L’approche qu’il convient d’adopter, comme susmentionnée, consiste à interpréter la portée de la disposition réparatrice de sorte qu’elle soit compatible avec les dispositions du *Code criminel* en matière de compétence. Dans le but d’atteindre son objectif, le Parlement voulait que la disposition réparatrice soit absolument inapplicable seulement lorsque le tribunal de première instance n’avait pas le pouvoir issu de la loi de juger la catégorie d’infractions ou lorsqu’un préjudice avait été causé à l’accusé.

[47] Nous nous écartons donc de l’approche proposée par les intimés et par la Cour d’appel quant à la portée de l’analyse de la compétence en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv). Pour l’application de la disposition réparatrice, le terme « compétent » vise uniquement l’aptitude du tribunal de première instance de traiter de « l’objet de l’accusation », puisque seul un défaut à l’égard de la compétence *ratione materiae* « priv[e] le tribunal de toute compétence *ab initio* » (*R. c. Primeau*, [2000] R.J.Q. 696 (C.A.), par. 31; voir aussi *R. c. C.N.* (1991), 52 Q.A.C. 53, par. 38, le juge Brossard, dissident, inf. essentiellement pour les motifs exposés par le juge Brossard, [1992] 3 R.C.S. 471). À cette fin, la question de la compétence en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv) ne vise que l’aptitude du tribunal de première instance à juger la catégorie d’infractions pertinente, comme définie par le Parlement. Elle ne vise pas le moment où l’erreur en matière de procédure s’est produite ni les conséquences de celle-ci sur le procès de l’appelant. De telles analyses portant sur la nature et les conséquences de l’erreur, y compris la question de savoir s’il s’agissait d’une erreur dans l’application des règles du *Code criminel* ou d’une erreur découlant de l’application des règles du droit prétorien, correspondent mieux à l’analyse portant sur le préjudice.

[48] En résumé, l’expression « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » doit être interprétée conformément aux dispositions en matière de

Parliament in the *Criminal Code*. Jurisdiction can therefore be understood as follows:

- (1) Where the appellant was convicted of an indictable offence listed in s. 469, the jurisdictional requirement will be met only where the trial court was the superior court.
- (2) Where the appellant was convicted of an indictable offence not listed in s. 469, the jurisdictional requirement will be met where the trial took place in either the provincial court or superior court.²
- (3) Where the appellant was convicted of a summary conviction offence, the jurisdictional requirement will be met only where the trial court was the provincial court.

Hybrid offences will fall into categories (2) or (3) once the Crown has made a valid decision as to how to proceed.

[49] In this case, Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were both tried and convicted under ss. 83.18(1), 83.2, and 465(1)(a) of the *Criminal Code*. Mr. Esseghaier was further convicted under ss. 248 and 465(1)(c). An offence under s. 465(1)(a) — conspiracy to commit murder — is considered a s. 469 offence pursuant to s. 469(e). Only the superior court has jurisdiction to try such an offence. The remaining offences are indictable offences not listed in s. 469, meaning that, for the purposes of the proviso in s. 686(1)(b)(iv), they can be tried in either the provincial or superior court. In this case, all the convictions were rendered by a trial court of the superior court. The trial court thus had “jurisdiction over the class of offence” of

² Under the proviso, therefore, election errors (e.g., where an accused person elects to be tried in the provincial court but is mistakenly tried in the superior court, or where an accused person elects to be tried by a judge and jury and is mistakenly tried by a judge alone (ss. 536 and 536.1)) will not automatically lead to a new trial. Whether the error can be cured will depend on whether the accused suffered any prejudice.

compétence établies par le Parlement dans le *Code criminel*. La compétence peut donc être expliquée de la façon suivante :

- (1) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’un acte criminel énuméré à l’art. 469, il sera uniquement satisfait à l’exigence en matière de compétence si le tribunal de première instance était la cour supérieure.
- (2) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’un acte criminel qui n’est pas énuméré à l’art. 469, il sera satisfait à l’exigence en matière de compétence si le procès a eu lieu à la cour provinciale ou à la cour supérieure².
- (3) Lorsque l’appelant a été déclaré coupable d’une infraction poursuivie par procédure sommaire, il sera uniquement satisfait à l’exigence en matière de compétence si le tribunal de première instance était la cour provinciale.

Les infractions mixtes relèveront de la catégorie (2) ou de la catégorie (3) une fois que la Couronne aura pris une décision valide sur la façon de procéder.

[49] En l’espèce, MM. Esseghaier et Jaser ont tous les deux été jugés et déclarés coupables en vertu du par. 83.18(1), de l’art. 83.2 et de l’al. 465(1)a) du *Code criminel*. Monsieur Esseghaier a en outre été déclaré coupable en vertu de l’art. 248 et de l’al. 465(1)c). Une infraction prévue à l’al. 465(1)a) — complot en vue de commettre un meurtre — est considérée comme étant une infraction visée à l’art. 469 en vertu de l’al. 469e). Seule la cour supérieure est compétente pour juger une telle infraction. Les autres infractions sont des actes criminels qui ne sont pas énumérés à l’art. 469, ce qui signifie que pour l’application de la disposition réparatrice au sous-al. 686(1)b)(iv), elles peuvent être jugées soit

² Ainsi, en vertu de la disposition réparatrice, les erreurs relatives au choix (p. ex., lorsqu’une personne accusée choisit de subir son procès à la cour provinciale, mais qu’elle subit son procès par erreur à la cour supérieure, ou lorsqu’une personne accusée choisit de subir son procès devant un juge et avec un jury, mais qu’elle subit son procès par erreur devant un juge siégeant seul (art. 536 et 536.1)) ne donneront pas automatiquement lieu à un nouveau procès. Pour déterminer s’il est possible de remédier à l’erreur, il faudra répondre à la question de savoir si un préjudice quelconque a été causé à l’accusé.

which Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were convicted. The proviso can apply, absent prejudice.

(2) Mr. Esseghaier and Mr. Jaser Suffered No Prejudice

[50] If an appeal court is satisfied that the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted, the proviso inquiry turns to the second requirement — whether the appellant “suffered no prejudice”.

[51] In *Khan*, Arbour J. stated that, under s. 686(1)(b)(iv), “an analysis of prejudice must be undertaken, in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)” (para. 18 (emphasis added)). With respect, it is not clear to us precisely what was meant by analysing prejudice “in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)”. While s. 686(1)(b)(iv) allows an appellate court to cure a procedural irregularity at trial where “the appellant suffered no prejudice thereby”, s. 686(1)(b)(iii) applies to instances where the trial judge erred on a question of law but where the appellate court is of the opinion that such error occasioned “no substantial wrong or miscarriage of justice”. In other words, these two subparagraphs each state a distinct test for curing a distinct kind of error.

[52] In the result, we have concerns about how, if it is indeed possible, s. 686(1)(b)(iv) can be applied “in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii)”, as Parliament is presumed to use language carefully, such that different words are to be taken as imparting a different meaning (*Marche*

par la cour provinciale, soit par la cour supérieure. En l’espèce, toutes les déclarations de culpabilité ont été rendues par un tribunal de première instance du ressort de la cour supérieure. Le tribunal de première instance était donc « compétent à l’égard de la catégorie d’infractions » dont font partie celles à l’égard desquelles MM. Esseghaier et Jaser ont été déclarés coupables. La disposition réparatrice peut s’appliquer, s’il n’y a pas de préjudice.

(2) Aucun préjudice n’a été causé à MM. Esseghaier et Jaser

[50] Si une cour d’appel est convaincue que le tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont font partie celles à l’égard desquelles l’appelant a été déclaré coupable, l’examen de la disposition réparatrice se concentre sur la seconde exigence — la question de savoir si « aucun préjudice n’a été causé à » l’appelant.

[51] Dans l’arrêt *Khan*, la juge Arbour a déclaré qu’en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv), « il faut procéder à une analyse du préjudice en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) » (par. 18 (nous soulignons)). Soit dit en tout respect, à notre avis, ce que signifie précisément une analyse du préjudice « en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) » n’est pas évident. Bien que le sous-al. 686(1)(b)(iv) permette à une cour d’appel de remédier à une irrégularité de procédure commise lors du procès si « aucun préjudice n’a été causé à [l’appelant] par cette irrégularité », le sous-al. 686(1)(b)(iii) s’applique dans les cas où le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit, mais que la cour d’appel est d’avis qu’une telle erreur n’a entraîné « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ». En d’autres termes, chacun de ces deux sous-alinéas énonce un critère distinct permettant de remédier à un type d’erreur distinct.

[52] Par conséquent, nous avons des réserves quant à la façon d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iv) « en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii) », à supposer que cela soit même possible, car le Parlement est présumé s’exprimer avec soin, de sorte qu’il faut considérer les

v. Halifax Insurance Co., 2005 SCC 6, [2005] 1 S.C.R. 47, at para. 95, per Bastarache J., dissenting, but not on this point, citing R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 162-66). That being so, we query whether a stricter standard might be required under s. 686(1)(b)(iv).

[53] In this case, however, it is not necessary for us to definitively resolve this puzzle since, on either approach, the Crown has satisfied its burden in this case as, in our view, there is clearly no prejudice to Mr. Esseghaier or Mr. Jaser for two reasons: (1) the static triers procedure used, though incorrect, was enacted by Parliament specifically for the purpose of ensuring a fair trial by an independent and impartial jury; and (2) both the trial judge and static triers performed their duties with the requisite care and attention to protect Mr. Esseghaier and Mr. Jaser's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It follows that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

[54] The first reason reflects that, in the context of applying s. 686(1)(b)(iv) to a procedural error in jury selection, the prejudice inquiry is focused solely upon the risk of depriving accused persons of their right, under s. 11(d) of the *Charter*, to a fair trial by an independent and impartial jury. Where the appellant is able to show that a procedural error led to an improperly constituted jury, the onus shifts to the Crown to show, on a balance of probabilities, that the appellant was not deprived of their right to a fair trial by an independent and impartial jury and, consequently, suffered no prejudice. Here, we are satisfied that the Crown has discharged that onus. Although the use of static triers was incorrect in the circumstances, it was one of the two legally sanctioned procedures for trying challenges for cause at the time of the trial. The jury was not selected by a procedure concocted outside of the bounds of the *Criminal Code* (see, e.g., *Bain and W.V.*), but rather

mots différents qu'il emploie comme revêtant des sens différents (*Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, 2005 CSC 6, [2005] 1 R.C.S. 47, par. 95, le juge Bastarache, dissident, mais non sur ce point, citant R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 162-166). Ainsi, nous nous interrogeons quant à savoir si une norme plus stricte pourrait être nécessaire pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv).

[53] Pourtant, en l'espèce, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions définitivement sur ce casse-tête car, quelle que soit l'approche adoptée, la Couronne s'est acquittée du fardeau qui lui incombait dans la présente affaire; à notre avis, il est évident que ni M. Esseghaier ni M. Jaser n'ont subi de préjudice, et ce, pour deux raisons : (1) la procédure des vérificateurs permanents qui a été utilisée, même si elle était irrégulière, avait été adoptée par le Parlement précisément dans le but d'assurer la tenue d'un procès équitable avec un jury indépendant et impartial; et (2) tant le juge du procès que les vérificateurs permanents se sont acquittés de leurs obligations avec la diligence et l'attention nécessaires, afin de protéger les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* à MM. Esseghaier et Jaser. Il s'ensuit que ni tort important ni erreur judiciaire grave ne se sont produits.

[54] La première raison reflète le fait que, dans le cadre de l'application du sous-al. 686(1)(b)(iv) à une erreur de procédure lors de la sélection des jurés, l'examen du préjudice est uniquement axé sur le risque de priver les personnes accusées de leur droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsque l'appellant peut démontrer que le jury a été irrégulièrement constitué en raison d'une erreur de procédure, il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et la Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant n'a pas été privé de son droit à un procès équitable devant un jury indépendant et impartial et, par conséquent, qu'aucun préjudice ne lui a été causé. En l'espèce, nous sommes convaincus que la Couronne s'est acquittée de ce fardeau. Bien qu'il ait été erroné dans les circonstances de recourir à des vérificateurs permanents, il s'agissait d'une des deux procédures

by one that Parliament had enacted specifically for the purpose of ensuring a fair trial by an independent and impartial jury. Further, in the particular circumstances of this case — where the risk of juror tainting was palpable — the static triers process removed that risk by having both the sworn and unsworn jurors excluded from the courtroom.

[55] Secondly, the actual implementation of the procedure in this case, by both the trial judge and the static triers, was handled with the requisite care and attention to ensure that the fair trial rights of Mr. Esseghaier and Mr. Jaser were protected. At the motion hearing and in advance of the selection of the triers, the trial judge explained that his intention was to undertake “a really serious vetting of the triers” (A.R., vol. III, at p. 50) to make sure that the two people chosen “would take up th[e] role effectively” (A.R., vol. IV, at p. 83). He indicated that his practice was to ask prospective triers a broad range of questions, including about their “background”, “values”, “experience in multicultural situations” (A.R., vol. III, at p. 50), and about issues “related to the actual questions in the challenge for cause” (A.R., vol. IV, at p. 83). The trial judge followed through with his stated intention. He conducted a thorough vetting of prospective triers, in which he inquired as to their backgrounds, experiences, and ability to be impartial in the particular circumstances at hand. In the course of his vetting process, he excused three prospective triers. The two individuals he selected were approved by both the Crown and counsel for Mr. Jaser.

[56] The triers also exercised care in discharging their duties. They were properly instructed on their duties by the trial judge. They took their role

autorisées par la loi pour trancher les récusations motivées à l’époque où le procès a eu lieu. Les jurés n’ont pas été sélectionnés suivant une procédure concoctée à l’extérieur des limites du *Code criminel* (voir, p. ex., *Bain et W.V.*), mais plutôt au moyen d’une procédure que le Parlement a adoptée dans le but précis d’assurer la tenue d’un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. En outre, dans les circonstances particulières de l’espèce, en présence du risque manifeste d’influence des jurés, la procédure des vérificateurs permanents a permis d’éliminer ce risque en excluant les jurés — assermentés ou non — de la salle d’audience.

[55] Deuxièmement, la mise en œuvre concrète de la procédure en l’espèce, tant par le juge du procès que par les vérificateurs permanents, a été effectuée avec la diligence et l’attention nécessaires pour veiller à ce que les droits de MM. Esseghaier et Jaser à un procès équitable soient protégés. À l’audition de la requête, et avant la sélection des vérificateurs, le juge du procès a expliqué qu’il avait l’intention de procéder à [TRADUCTION] « une évaluation très rigoureuse des vérificateurs » (d.a., vol. III, p. 50) de sorte que les deux personnes choisies « s’acquittent efficacement de leurs fonctions » (d.a., vol. IV, p. 83). Il a fait remarquer qu’il avait l’habitude de poser un grand éventail de questions différentes aux candidats vérificateurs, y compris des questions sur leurs « antécédents », leurs « valeurs », leurs « expériences dans des situations multiculturelles » (d.a., vol. III, p. 50), et sur des sujets « liés aux véritables questions qui seraient posées dans le cadre des récusations motivées » (d.a., vol. IV, p. 83). Le juge du procès a mis en application les intentions qu’il avait exprimées. Il a mené une évaluation approfondie des candidats vérificateurs, dans le cadre de laquelle il s’est enquis de leurs antécédents, leurs expériences, et de leur aptitude à faire preuve d’impartialité dans les circonstances particulières de l’espèce. Pendant son processus d’évaluation, il a écarté trois candidats vérificateurs. Les deux personnes qu’il a choisies ont été approuvées par la Couronne et par l’avocat de M. Jaser.

[56] Les vérificateurs se sont également acquittés de leurs obligations avec diligence. Le juge du procès leur a donné des directives appropriées quant à leurs

seriously and, during the process, refused 25 prospective jurors. Midway through the challenges, they were reinstructed at the behest of Crown counsel. Counsel for Mr. Jaser agreed to the reinstruction, but noted that he “ha[dn’t] seen anything that caused [him] concern” (A.R., vol. IV, at p. 195). The triers disagreed at one point with respect to the acceptability of one prospective juror, but eventually agreed to accept her. Though perhaps unusual, this temporary disagreement, without more, is insufficient to raise a concern about improper reasoning or intentional tampering by the triers. Indeed, there is no suggestion that any of the jurors eventually chosen to try the case were partial, and each one was approved by counsel for Mr. Jaser. This was not a case where the behaviour of actors within the trial process raised a concern about misconduct or unfairness to the accused (see, e.g., *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, where the Crown was alleged to have engaged in an improper vetting of the jury, or *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, where, at the behest of the Crown, the police approached prospective jurors and asked them to complete a questionnaire related to issues pertinent to the case).

[57] We have no doubt that, on the basis of this information, a reasonable person would perceive Mr. Esseghaier and Mr. Jaser to have received a fair trial before an independent and impartial jury. While Mr. Esseghaier and Mr. Jaser did not receive the exact trial they wanted, our law does not demand perfect justice, but fundamentally fair justice (*O’Connor*, at para. 193). This is what they received. Accordingly, there was no infringement of the right to a fair trial by an independent and impartial jury, no prejudice, and no substantial wrong or miscarriage of justice.

[58] The proviso can cure the error, and we therefore apply it here.

obligations. Ils ont pris leurs fonctions au sérieux et, pendant le processus, ont exclu 25 candidats jurés. À mi-chemin du processus de récusation, de nouvelles directives leur ont été données, à la demande du procureur de la Couronne. L’avocat de M. Jaser a acquiescé aux nouvelles directives, mais a souligné qu’il [TRADUCTION] « n’a[vait] rien vu qui donnerait lieu à des préoccupations » (d.a., vol. IV, p. 195). À un moment donné, les vérificateurs n’étaient pas d’accord quant à savoir s’ils devaient accepter l’une des candidates jurées, mais ils ont finalement convenu de l’accepter. Bien qu’un tel désaccord soit peut-être inhabituel, ce désaccord temporaire est, à lui seul, insuffisant pour soulever une crainte de raisonnement faussé ou d’influence intentionnelle des jurés de la part des vérificateurs. En fait, personne ne prétend que l’un ou l’autre des jurés qui ont finalement été choisis pour juger l’affaire a été partial, et chacun d’entre eux a été approuvé par l’avocat de M. Jaser. Il ne s’agissait pas ici d’une affaire dans laquelle le comportement des participants au déroulement du procès soulevait des préoccupations d’inconduite ou d’absence de caractère équitable envers l’accusé (voir, p. ex., *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, dans lequel la Couronne aurait procédé à une évaluation inappropriée des jurés, ou *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, dans lequel, à la demande de la Couronne, des policiers ont abordé des candidats jurés et leur ont demandé de remplir un questionnaire portant sur des questions liées à la cause).

[57] Selon nous, il est indubitable que suivant ces renseignements, une personne raisonnable conclurait que MM. Esseghaier et Jaser ont subi un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial. Bien que MM. Esseghaier et Jaser n’aient pas obtenu exactement le procès qu’ils souhaitaient, la loi exige non pas une justice parfaite, mais une justice fondamentalement équitable (*O’Connor*, par. 193). C’est ce qu’ils ont obtenu. Par conséquent, il n’y a eu aucune atteinte au droit à un procès équitable mené avec un jury indépendant et impartial, aucun préjudice n’a été causé, et aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave n’a été commis.

[58] La disposition réparatrice permet de remédier à l’erreur, et nous l’appliquons donc en l’espèce.

C. Remedy

[59] As we would allow the appeal, we must address the issue of remedy.

[60] The Crown asks that the convictions be restored. Mr. Esseghaier asks the Court to exercise its discretion under s. 46.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to remit the outstanding grounds of appeal to the Court of Appeal for determination. In slight variation, Mr. Jaser asks that, if this Court finds that the curative proviso can apply to cure the error, the Court remit the matter to the Court of Appeal to consider the jury selection issue along with the other grounds of appeal. In Mr. Jaser's view, even were this Court to find that the curative proviso can apply, the question of whether it should ultimately be applied in this case cannot be properly determined until the Court of Appeal has assessed the remaining grounds of appeal.

[61] As we have concluded that the trial judge's error can be cured by operation of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv), it follows that the convictions for Mr. Esseghaier and Mr. Jaser must be restored.

[62] As to the question of whether this Court should remit the remaining grounds of appeal back to the Court of Appeal, s. 46.1 of the *Supreme Court Act* states that:

46.1 The Court may, in its discretion, remand any appeal or any part of an appeal to the court appealed from or the court of original jurisdiction and order any further proceedings that would be just in the circumstances.

[63] The discretion in s. 46.1 is to be exercised "in the interests of justice" (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 68; see also *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 45).

C. Réparation

[59] Comme nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, nous sommes tenus de nous pencher sur la question de la réparation.

[60] La Couronne demande que les déclarations de culpabilité soient rétablies. Monsieur Esseghaier demande à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, afin de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les moyens d'appel restants. La demande de M. Jaser varie légèrement en ce qu'il demande que, si la Cour conclut que la disposition réparatrice peut être appliquée pour remédier à l'erreur, elle renvoie l'affaire à la Cour d'appel afin que celle-ci examine la question de la sélection des jurés ainsi que les autres moyens d'appel. Selon M. Jaser, même si la Cour conclut que la disposition réparatrice peut être appliquée, la question de savoir si, en l'espèce, elle devrait en définitive être appliquée ne peut pas être tranchée de manière adéquate tant que la Cour d'appel n'aura pas examiné les moyens d'appel restants.

[61] Comme nous avons conclu qu'il est possible de remédier à l'erreur du juge du procès par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iv), les déclarations de culpabilité de MM. Esseghaier et Jaser doivent donc être rétablies.

[62] En ce qui concerne la question de savoir si la Cour devrait renvoyer les moyens d'appel restants à la Cour d'appel, l'art. 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême* est libellé ainsi :

46.1 La Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

[63] Le pouvoir discrétionnaire de l'art. 46.1 doit être exercé de façon à servir « l'intérêt de la justice » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 68; voir aussi *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 45).

[64] In our view, it is “in the interests of justice” to remand the outstanding grounds of appeal to the Court of Appeal for determination. The remaining grounds were not abandoned; they were simply bifurcated from the issue decided here, and they remain unexamined.

[65] We cannot accept, however, Mr. Jaser’s argument that this Court should refrain from applying the proviso in order to allow the Court of Appeal to consider the error alongside any other potential errors to determine whether, on the whole, the proviso should or should not be applied. Part of the reason why the jury selection issue was bifurcated from the other grounds of appeal was because it could be assessed in isolation and because, if successful, it would be determinative. Our conclusion that the respondents’ ground of appeal is unsuccessful stands in isolation, and has no effect on the remaining grounds of appeal, which should now be assessed together as would occur in the normal course of appellate proceedings.

VI. Conclusion

[66] We would, therefore, allow the appeal, restore the convictions, and remit the remaining grounds of appeal to the Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent Chiheb Esseghaier: Embry Dann, Toronto.

Solicitors for the respondent Raed Jaser: Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

[64] À notre avis, il est dans « l’intérêt de la justice » de renvoyer les moyens d’appel restants à la Cour d’appel pour que celle-ci rende une décision. Il n’y a pas eu de désistement quant aux moyens d’appel restants; ils ont simplement été scindés de la question tranchée en l’espèce, et ils n’ont pas encore été examinés.

[65] Nous ne pouvons, toutefois, souscrire à l’argument de M. Jaser voulant que la Cour doive s’abstenir d’appliquer la disposition réparatrice afin de permettre à la Cour d’appel d’examiner l’erreur parallèlement à toute autre erreur possible afin de déterminer si, dans l’ensemble, la disposition devrait être appliquée ou non. Une des raisons pour lesquelles le moyen d’appel quant à la sélection des jurés a été scindé des autres moyens réside dans le fait qu’il pouvait être examiné isolément et que, s’il était accueilli, il serait déterminant. Notre conclusion selon laquelle le moyen d’appel des intimés ne peut être accueilli n’a d’effet que sur celui-ci et n’a aucune incidence sur les moyens d’appel restants, lesquels devront maintenant être examinés ensemble, comme c’est le cas habituellement dans les procédures d’appel.

VI. Conclusion

[66] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi, de rétablir les déclarations de culpabilité, et de renvoyer les moyens d’appel restants à la Cour d’appel.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l’intimé Chiheb Esseghaier : Embry Dann, Toronto.

Procureurs de l’intimé Raed Jaser : Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gorham Vandebek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Gorham Vandebek, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.V. *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta and
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Intervenors

INDEXED AS: R. v. R.V.

2021 SCC 10

File No.: 38854.

2020: November 13; 2021: March 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Inconsistent verdicts — Charge to jury — Accused convicted by jury of sexual interference and invitation to sexual touching while acquitted of sexual assault — All three offences arising from same conduct involving one complainant — Appeal by accused against verdicts of guilt and cross-appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether legal error in jury instructions can reconcile apparently inconsistent verdicts — Appropriate remedy — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

V was charged with historical sexual offences against a single complainant and tried before a judge and jury. The jury convicted him of sexual interference and invitation to sexual touching. The same jury acquitted him of sexual assault based on the same evidence. V appealed his convictions, asserting that they were inconsistent with his sexual assault acquittal and therefore unreasonable. The Crown cross-appealed V's acquittal, maintaining that the charge to the jury was so unnecessarily confusing that it amounted to an error in law and that the apparent inconsistency in the verdicts could be explained by the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.V. *Intimé*

et

**Procureur général de l'Alberta et
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. R.V.

2021 CSC 10

N° du greffe : 38854.

2020 : 13 novembre; 2021 : 12 mars.

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

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

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdicts incompatibles — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable par un jury de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels mais acquitté de l'infraction d'agression sexuelle — Mêmes actes commis sur une plaignante à l'origine des trois infractions — Appel formé par l'accusé contre les verdicts de culpabilité et appel incident interjeté par la Couronne contre le verdict d'acquiescement — L'erreur de droit dans les directives au jury permet-elle de concilier des verdicts apparemment incompatibles? — Réparation convenable — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(4), (8).

V a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel historiques à l'égard d'une seule plaignante, et il a subi son procès devant juge et jury. Le jury l'a déclaré coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels. Le même jury l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle en se fondant sur les mêmes éléments de preuve. V a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité, alléguant qu'elles étaient incompatibles avec son acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle et qu'elles étaient donc déraisonnables. La Couronne a formé un appel incident contre l'acquiescement de V en affirmant

erroneous jury instructions, such that the guilty verdicts could not be considered unreasonable.

A majority of the Court of Appeal held that there was no legal error in the jury instructions and that the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching were unreasonable, as they were inconsistent with the acquittal on the sexual assault charge. The majority quashed V's convictions and substituted verdicts of acquittal, and upheld the acquittal on the sexual assault charge. The minority found legal error in the jury instructions and would have ordered a new trial on all three charges.

Held (Brown and Kasirer JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.: The trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault. This legal error was material to the acquittal, did not impact on the convictions, and reconciles the apparent inconsistency in the verdicts. As the verdicts are not actually inconsistent, the convictions are not unreasonable on the basis of inconsistency. V's convictions should therefore be restored. The acquittal on the charge of sexual assault should be set aside and in the circumstances of this case, a stay of proceedings should be entered on that charge.

In an appeal alleging inconsistent verdicts rendered by a jury, the ultimate inquiry for appellate courts is whether the verdicts are actually inconsistent and therefore unreasonable. The Crown can seek to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis that they were the result of a legal error in the jury instructions. Where the Crown attempts to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis of a legal error, it must satisfy the appellate court to a high degree of certainty that there was a legal error in the jury instructions and that the error: (1) had a material bearing on the acquittal; (2) was immaterial to the conviction; and (3) reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. If these elements are satisfied, the verdicts are not actually inconsistent. In assessing whether

que l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit, et que l'incompatibilité apparente des verdicts pouvait s'expliquer par les directives erronées données au jury, de sorte que les verdicts de culpabilité ne pouvaient pas être jugés déraisonnables.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu qu'il n'y avait aucune erreur de droit dans les directives données au jury et que les verdicts de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels étaient déraisonnables, car ils étaient incompatibles avec l'acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle. Les juges majoritaires ont annulé les déclarations de culpabilité de V et y ont substitué des verdicts d'acquiescement. Ils ont aussi confirmé l'acquiescement relatif à l'accusation d'agression sexuelle. Les juges minoritaires ont constaté la présence d'une erreur de droit dans les directives au jury, et ils auraient ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard des trois accusations.

Arrêt (les juges Brown et Kasirer sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin : La juge du procès a donné au jury des directives erronées sur l'accusation d'agression sexuelle. Cette erreur de droit a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement, n'a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité, et permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles. Comme les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour cause d'incompatibilité. Il y a donc lieu de rétablir les déclarations de culpabilité de V. Il convient d'écarter l'acquiescement relativement à l'accusation d'agression sexuelle et, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'arrêt des procédures doit être ordonné quant à cette accusation.

Dans un appel où une partie allègue qu'un jury a rendu des verdicts incompatibles, la cour d'appel doit déterminer ultimement si les verdicts sont réellement incompatibles et donc déraisonnables. La Couronne peut chercher à concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu'ils découlent d'une erreur de droit dans les directives données au jury. Lorsque la Couronne tente de concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu'une erreur de droit a été commise, elle doit convaincre la cour d'appel avec une certitude élevée que les directives au jury comportent une erreur de droit et que cette erreur : (1) a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement; (2) n'a pas eu d'incidence sur la déclaration de culpabilité; et (3) concilie les verdicts incompatibles en démontrant que le jury n'a pas déclaré l'accusé à la fois coupable et

the Crown has satisfied its burden, the appellate court must not engage in improper speculation about what the jury did and did not do. It must be able to retrace the reasoning of the jury with a sufficiently high degree of certainty to exclude all other reasonable explanations for how the jury rendered its verdicts.

If the appellate court cannot conclude with a high degree of certainty that the legal error did not taint the conviction, setting aside the acquittal will require a retrial on all charges. When the court can isolate the legal error to the acquittal, that charge should be the only one sent back for a new trial and the conviction should stand.

In some circumstances, the appropriate remedy may be to enter a stay of proceedings on the charge for which the accused was acquitted in application of a court of appeal's residual power under s. 686(8) of the *Criminal Code*. For an appellate court to issue a stay of proceedings under s. 686(8), three requirements must be met: first, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7); second, the order issued must be ancillary to the triggering power; and third, the order must be one that justice requires.

In this case, the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of "force" required for sexual assault was different than the element of "touching" required for sexual interference and invitation to sexual touching. This legal error led the jury to return a verdict of acquittal on the sexual assault charge. It did not affect the convictions and the trial judge's instructions on sexual interference and invitation to sexual touching were legally correct. Further, the legal error reconciles the apparent inconsistency by explaining how the jury could have rendered its verdicts without finding V both guilty and not guilty of the same conduct. The jury found V guilty of sexual touching, hence the convictions, and not guilty of applying force beyond touching to the complainant in circumstances of a sexual nature, hence the acquittal. Those two findings are not inconsistent and V's convictions should be restored. As for the acquittal on the sexual assault charge, it must be set aside. The circumstances of

non coupable des mêmes actes. Si ces éléments ont été établis, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles. Pour déterminer si la Couronne s'est acquittée de son fardeau, la cour d'appel ne doit pas se livrer à des conjectures inappropriées au sujet de ce que le jury a fait et n'a pas fait. La cour d'appel doit pouvoir reconstituer le raisonnement du jury avec une certitude suffisamment élevée pour exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts.

Si la cour d'appel ne peut conclure avec une certitude élevée que l'erreur de droit n'a pas vicié la déclaration de culpabilité, la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations sera nécessaire si l'acquittal est écarté. Dans les cas où la cour d'appel peut restreindre l'erreur de droit à l'acquittal, seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès et la déclaration de culpabilité devrait être maintenue.

Dans certaines situations, la réparation convenable pourrait consister à ordonner l'arrêt des procédures relativement à l'accusation dont l'accusé a été acquitté dans l'exercice du pouvoir résiduel dont est investie une cour d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*. Pour qu'une cour d'appel ordonne l'arrêt des procédures en vertu du par. 686(8), trois conditions doivent être réunies : premièrement, la cour doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par le par. 686(2), (4), (6) ou (7); deuxièmement, l'ordonnance rendue doit être accessoire à l'exercice de ce pouvoir; et troisièmement, l'ordonnance doit en être une que la justice exige.

En l'espèce, le juge du procès a induit le jury en erreur en ce qui concerne l'accusation d'agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l'élément de « force » requis pour établir l'agression sexuelle était différent de l'élément de « toucher » requis pour établir les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels. Cette erreur de droit a amené le jury à rendre un verdict d'acquittal à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle. Elle n'a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité, et les directives de la juge du procès quant aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels étaient fondées en droit. De plus, l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles en expliquant de quelle manière le jury aurait pu rendre ses verdicts sans déclarer V à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Le jury a déclaré V coupable d'avoir touché la plaignante sexuellement, d'où les déclarations de culpabilité, et non coupable d'avoir employé une force allant au-delà du toucher à l'endroit de la plaignante dans

this case justify the Court entering a stay of proceeding on that charge rather than ordering a retrial.

Per Brown and Kasirer JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the verdicts in this case are inconsistent. There is also agreement that the jury was misdirected, and that the misdirection amounted to legal error that might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. However, the only available remedy in response to the Crown appeal in the present case is the order of a new trial. To avoid putting V in jeopardy for something for which he was convicted, a new trial on all three charges is necessary.

In specifying, in s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*, a new trial as the sole remedy where the Crown successfully appeals from a verdict of acquittal by a jury, Parliament did not care about the degrees of certainty at the reviewing court; rather, what Parliament thought significant is that the absence of reasons for judgment by a jury means a reviewing court can never be certain what was in the minds of the jury. Retracing a jury's reasoning, irrespective of the reviewing court's degree of certainty, is a type of review that: (1) Parliament has precluded; (2) the Court has never sanctioned; and (3) is, as a practical matter, impossible.

The majority's finding in the present case that the legal error reconciles the apparent inconsistency is manifestly at odds with the reasoning of the Court in *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, which could not be any clearer: the existence of a legal error does not reconcile inconsistent verdicts. The majority's framework is an invitation to routine speculation into the reasoning process of the jury. It will invite confirmation bias, and does not discourage the Crown from over-charging or drafting confusing indictments; if anything, it does the opposite, by eliminating any consequences.

Appellate courts operate within certain statutory constraints when deciding a Crown appeal from an acquittal

des circonstances de nature sexuelle, d'où l'acquittement. Ces deux conclusions ne sont pas incompatibles, et il y a lieu de rétablir les déclarations de culpabilité de V. En ce qui concerne l'acquittement relatif à l'accusation d'agression sexuelle, il doit être écarté. Eu égard aux circonstances de l'espèce, il est justifié pour la Cour d'ordonner l'arrêt des procédures plutôt que la tenue d'un nouveau procès à l'égard de cette accusation.

Les juges Brown et Kasirer (dissidents en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur l'incompatibilité des verdicts en l'espèce. Il y a également accord avec eux pour dire que le jury a reçu des directives erronées, et que celles-ci équivalaient à une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquittement. Cependant, la seule réparation possible en réponse à l'appel du ministère public en l'espèce est l'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès. Pour éviter de placer V en péril pour quelque chose dont il a été déclaré coupable, la tenue d'un nouveau procès quant aux trois accusations doit être ordonnée.

En précisant, au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*, que la tenue d'un nouveau procès est la seule réparation possible lorsque le ministère public a gain de cause en appel d'un verdict d'acquittal par un jury, le Parlement n'accordait aucune importance aux degrés de certitude du tribunal de révision; ce que le Parlement croyait important est plutôt que l'absence de motifs de jugement par un jury signifie qu'un tribunal de révision ne peut jamais être certain de ce qu'avaient à l'esprit les jurés. La reconstitution du raisonnement d'un jury, indépendamment du degré de certitude du tribunal de révision, est un type de contrôle (1) que le Parlement a exclu, (2) que la Cour n'a jamais sanctionné et (3) qui est, en pratique, impossible.

La conclusion tirée par les juges majoritaires en l'espèce selon laquelle l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles va manifestement à l'encontre du raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, laquelle ne peut être plus claire : l'existence d'une erreur de droit ne permet pas de concilier des verdicts incompatibles. Le cadre proposé par les juges majoritaires est une invitation à se livrer couramment à des conjectures quant au processus de raisonnement du jury. Il incitera au biais de confirmation, et il ne dissuade pas le ministère public d'avoir recours à la multiplicité des accusations ou de rédiger des actes d'accusation portant à confusion; en réalité, il fait l'inverse, en éliminant toute conséquence.

Les cours d'appel sont assujetties à certaines contraintes légales lorsqu'elles tranchent un appel formé par le

by a jury and, following s. 686(4) of the *Criminal Code*, may either dismiss the appeal, or allow the appeal, set aside the verdict, and order a new trial. While s. 686(8) empowers an appellate court to make an additional order under s. 686(4), the majority is making an alternative order by entering a stay of proceedings. Issuing an order that is tantamount to a finding of not guilty is totally inconsistent with the majority's underlying judgment that affirms V's guilt of the very same criminal conduct. The majority's difficulty in ordering a new trial on the sexual assault charge is that they also wish to restore V's convictions, which are plainly inconsistent with the acquittal. Avoiding this difficulty is precisely why the appropriate disposition in these circumstances is a new trial on all charges.

Cases Cited

By Moldaver J.

Considered: *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; **referred to:** *R. v. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. v. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; *R. v. Tyler*, 2015 ONCA 599; *R. v. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. v. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. v. J.D.C.*, 2018 NSCA 5; *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694; *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, aff'd 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621, aff'd [1994] 3 S.C.R. 516; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v.*

ministère public contre un acquittement par un jury et, à la suite du par. 686(4) du *Code criminel*, elles peuvent soit rejeter l'appel, soit accueillir l'appel, annuler le verdict et ordonner la tenue d'un nouveau procès. Bien que le par. 686(8) habilite une cour d'appel à rendre une ordonnance supplémentaire en vertu du par. 686(4), les juges majoritaires rendent une autre ordonnance en inscrivant un arrêt des procédures. Le prononcé d'une ordonnance qui équivaut à un verdict de non-culpabilité est tout à fait incompatible avec le jugement sous-jacent de la majorité qui confirme la culpabilité de V pour exactement le même comportement criminel. La difficulté qu'ont les juges majoritaires à ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'agression sexuelle est qu'ils souhaitent également rétablir les déclarations de culpabilité de V, qui sont manifestement incompatibles avec l'acquittement. C'est justement pour éviter cette difficulté que le dispositif approprié dans une telle situation est la tenue d'un nouveau procès relativement à toutes les accusations.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts examinés : *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; **arrêts mentionnés :** *R. c. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. c. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; *R. c. Tyler*, 2015 ONCA 599; *R. c. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. c. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. c. J.D.C.*, 2018 NSCA 5; *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694; *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, conf. par 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621, conf. par [1994] 3 R.C.S. 516; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Jewitt*,

Jewitt, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. J.F., 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Rodgerston*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(h).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 152, 265(1), (2), 271, 649, 675, 676, 686, 695(1).

Authors Cited

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J.O. and Rouleau, Pardu, Miller and Trotter JJ.A.), 2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657, 379 C.C.C. (3d) 219, [2019] O.J. No. 4355 (QL), 2019 CarswellOnt 13561 (WL Can.), quashing the convictions on the charges of sexual interference and invitation to sexual touching and entering verdicts of acquittal, and upholding the acquittal on the charge of sexual assault. Appeal allowed, Brown and Kasirer JJ. dissenting in part.

Christopher Webb and *Hatim Kheir*, for the appellant.

Philip Campbell and *Neill Fitzmaurice*, for the respondent.

Joanne Dartana, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Michael Dineen, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

[1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. J.F., 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Rodgerston*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(h).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 152, 265(1), (2), 271, 649, 675, 676, 686, 695(1).

Doctrine et autres documents cités

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Rouleau, Pardu, Miller et Trotter), 2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657, 379 C.C.C. (3d) 219, [2019] O.J. No. 4355 (QL), 2019 CarswellOnt 13561 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels et inscrit des verdicts d'acquiescement, et confirmé l'acquiescement quant à l'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Kasirer sont dissidents en partie.

Christopher Webb et *Hatim Kheir*, pour l'appelant.

Philip Campbell et *Neill Fitzmaurice*, pour l'intimé.

Joanne Dartana, c.r., pour l'intervenant le Procureur général de l'Alberta.

Michael Dineen, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

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

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] A jury renders inconsistent verdicts when it finds an accused both guilty and not guilty of the same conduct. The respondent, R.V., alleges that happened here. R.V. was charged with historical sexual offences against a single complainant. He was tried before a judge and jury. The jury convicted him of sexual interference under s. 151 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and invitation to sexual touching under s. 152. The same jury acquitted him of sexual assault under s. 271 based on the same evidence.

[2] R.V. appealed his convictions to the Court of Appeal for Ontario, asserting that they were inconsistent with his sexual assault acquittal and therefore unreasonable. The Crown cross-appealed R.V.'s acquittal, maintaining that the charge to the jury was so unnecessarily confusing that it amounted to an error in law. The Crown argued that despite what it characterized as conflicting authorities from both the Supreme Court of Canada and the Court of Appeal for Ontario concerning the impact of erroneous jury instructions on the inconsistent verdicts inquiry, the apparent inconsistency in the verdicts rendered by the jury in the present case could be explained by the erroneous jury instructions, such that the guilty verdicts could not be considered unreasonable.

[3] Writing for the majority, Strathy C.J.O. disagreed with the Crown that there are conflicting Supreme Court of Canada authorities on inconsistent verdicts. The majority agreed, however, that it was necessary to clarify the Court of Appeal's own jurisprudence on the role of jury instructions

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Un jury rend des verdicts incompatibles lorsqu'il déclare l'accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Selon l'intimé, R.V., c'est ce qui s'est produit en l'espèce. R.V. a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel dites « historiques » à l'égard d'une seule plaignante. Il a subi son procès devant juge et jury. Le jury l'a déclaré coupable de contacts sexuels, une infraction à l'art. 151 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et coupable d'incitation à des contacts sexuels, une infraction à l'art. 152. Le même jury l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 en se fondant sur les mêmes éléments de preuve.

[2] R.V. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, alléguant qu'elles étaient incompatibles avec son acquittement quant à l'accusation d'agression sexuelle et qu'elles étaient donc déraisonnables. La Couronne a formé un appel incident contre l'acquittement de R.V. en affirmant que l'exposé au jury prêtait inutilement à confusion à un point tel qu'il constituait une erreur de droit. La Couronne a fait valoir que, même si la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario ont rendu des décisions qu'elle a qualifiées de contradictoires en ce qui concerne l'incidence de directives erronées données au jury sur l'examen de la question de savoir si des verdicts sont incompatibles, l'incompatibilité apparente des verdicts rendus par le jury en l'espèce s'expliquait par les directives erronées qui lui ont été données, de sorte que les verdicts de culpabilité ne pouvaient pas être jugés déraisonnables.

[3] S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Strathy n'a pas souscrit à l'opinion de la Couronne selon laquelle la Cour suprême du Canada a rendu des jugements contradictoires sur les verdicts incompatibles. Les juges majoritaires ont toutefois convenu qu'il était nécessaire de clarifier la

in inconsistent verdict cases. In so doing, the majority overturned its prior decisions in *R. v. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. v. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; and *R. v. Tyler*, 2015 ONCA 599 — and, by implication, disagreed with the approach taken in other provinces (see, e.g., *R. v. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. v. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. v. J.D.C.*, 2018 NSCA 5). In the result, the majority held that there was no legal error in the jury instructions and that the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching were unreasonable, as they were inconsistent with R.V.'s acquittal on the sexual assault charge. The majority quashed R.V.'s convictions and substituted verdicts of acquittal. Justice Rouleau dissented on whether the jury instructions amounted to an error of law and on the appropriate remedy. The Crown now appeals to this Court. It asks that R.V.'s convictions be restored and that his acquittal be set aside.

[4] This case provides us with an opportunity to clarify the approach to be followed when verdicts are alleged to be inconsistent. While the basic principles underlying inconsistent verdicts have been established by this Court, we have yet to explicitly consider the impact of legally erroneous jury instructions on the inconsistent verdicts inquiry. In doing so here, I seek to achieve a just balance between judicial integrity and fairness to the accused, while respecting the role of juries in our justice system.

[5] As I will explain, the Crown can seek to reconcile apparently inconsistent verdicts by showing, to a high degree of certainty, that the acquittal was the product of a legal error in the jury instructions, that the legal error did not impact the conviction, and that the error reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. If the Crown

jurisprudence de la Cour d'appel sur le rôle des directives données au jury dans les affaires où des verdicts incompatibles sont rendus. Ce faisant, ils ont écarté les décisions antérieures de la cour dans les affaires *R. c. S.L.*, 2013 ONCA 176, 303 O.A.C. 103; *R. c. K.D.M.*, 2017 ONCA 510; et *R. c. Tyler*, 2015 ONCA 599 — et ils ont, par voie de conséquence, rejeté l'approche adoptée dans d'autres provinces (voir, p. ex., *R. c. Tremblay*, 2016 ABCA 30, 612 A.R. 147; *R. c. L.B.C.*, 2019 ABCA 505, 383 C.C.C. (3d) 331; *R. c. J.D.C.*, 2018 NSCA 5). Les juges majoritaires ont donc conclu qu'il n'y avait aucune erreur de droit dans les directives données au jury et que les verdicts de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels étaient déraisonnables, car ils étaient incompatibles avec l'acquittal de R.V. quant à l'accusation d'agression sexuelle. Ils ont annulé les déclarations de culpabilité de R.V. et y ont substitué des verdicts d'acquittal. Le juge Rouleau a exprimé sa dissidence sur la question de savoir si les directives données au jury constituaient une erreur de droit et sur la réparation qu'il convenait d'accorder. La Couronne se pourvoit maintenant devant notre Cour. Elle demande que les déclarations de culpabilité prononcées contre R.V. soient rétablies et que son acquittal soit écarté.

[4] La présente affaire nous donne l'occasion de préciser la marche à suivre lorsqu'une des parties allègue l'incompatibilité des verdicts. Notre Cour a certes établi les principes de base applicables aux verdicts incompatibles, mais nous n'avons pas encore examiné explicitement l'incidence de directives au jury erronées en droit sur l'examen de la question de savoir si des verdicts sont incompatibles. Ce faisant, je m'efforcerai en l'espèce d'établir un juste équilibre entre l'intégrité judiciaire et l'équité envers l'accusé, tout en respectant le rôle que jouent les jurys dans notre système de justice.

[5] Comme je l'expliquerai, la Couronne peut chercher à concilier des verdicts apparemment incompatibles en démontrant, avec une certitude élevée, que l'acquittal résulte d'une erreur de droit dans les directives au jury, que cette erreur n'a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité, et que l'erreur permet de remédier à l'incompatibilité en démontrant que le jury n'a pas déclaré l'accusé à la

discharges its burden, appellate intervention on the conviction is not warranted because the verdicts are not actually inconsistent and thus not unreasonable on the basis of inconsistency.

[6] For the reasons that follow, in the present case, I am respectfully of the view that the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of “force” required for sexual assault was different than the element of “touching” required for sexual interference and invitation to sexual touching. In particular, the failure to instruct the jury in clear terms that the “force” required to establish sexual assault was one and the same as the “touching” required to establish the other two offences constituted non-direction amounting to misdirection. The effect of this error on the apparently inconsistent verdicts is significant. A review of the charge to the jury as a whole enables me to conclude, with a high degree of certainty, that the error was material to the acquittal. Equally, I am satisfied that the error did not impact on the convictions; rather, it reconciles the apparent inconsistency in the verdicts. Accordingly, the verdicts are not actually inconsistent and the convictions are not unreasonable on the basis of inconsistency.

[7] In the result, I would allow the appeal and restore the convictions. I would also set aside the acquittal and, as I will explain, enter a stay of proceedings on the charge of sexual assault.

II. Background and Proceedings Below

[8] R.V. was charged with historical sexual offences against the complainant, who was the daughter of R.V.’s partner at the time of the alleged offences. The charges, spanning 1995 to 2003, included sexual

fois coupable et non coupable des mêmes actes. Si la Couronne s’acquitte de son fardeau, l’intervention d’une cour d’appel à l’égard de la déclaration de culpabilité n’est pas justifiée, car les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et ne sont donc pas déraisonnables pour cause d’incompatibilité.

[6] Pour les motifs qui suivent, et soit dit en tout respect, je suis d’avis qu’en l’espèce la juge du procès a donné au jury des directives erronées sur l’accusation d’agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l’élément de « force » nécessaire pour qu’il y ait agression sexuelle était différent de l’élément de « toucher » requis pour qu’il y ait contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels. Plus particulièrement, le fait de ne pas expliquer clairement au jury que l’élément de « force » requis pour prouver l’agression sexuelle est identique à l’élément de « toucher » nécessaire pour établir les deux autres infractions constituait une absence de directives équivalant à des directives erronées. L’incidence de cette erreur sur les verdicts apparemment incompatibles est importante. Un examen de l’exposé au jury dans son ensemble me permet de conclure, avec une certitude élevée, que l’erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. De plus, je suis convaincu que l’erreur n’a eu aucune incidence sur les déclarations de culpabilité et qu’elle permet plutôt de concilier les verdicts apparemment incompatibles. Par conséquent, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour cause d’incompatibilité.

[7] En conséquence, je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir les déclarations de culpabilité. Je suis également d’avis d’écarter l’acquittal et, comme je l’expliquerai plus loin, d’ordonner l’arrêt des procédures relativement à l’accusation d’agression sexuelle.

II. Contexte et décisions des juridictions inférieures

[8] R.V. a été accusé d’avoir commis des infractions d’ordre sexuel historiques à l’égard de la plaignante, la fille de la femme qui était sa conjointe à l’époque des infractions reprochées. Les accusations

assault, sexual interference and invitation to sexual touching.

A. *Ontario Superior Court of Justice (Vallee J., Sitting With a Jury)*

[9] R.V.'s trial lasted two days. The complainant was the only witness. She testified to multiple incidents of sexual abuse committed by R.V. when she was between the ages of 7 and 13. According to her evidence, R.V.:

- Grabbed her hand and moved it to touch his penis;
- Touched her breast over her clothing;
- Touched her vagina over her clothing;
- Held her hand and used it to masturbate himself;
- Laid underneath her while he was unclothed and she was clothed, simulating intercourse and ejaculating on his stomach;
- Laid underneath her while he was clothed and she was unclothed, simulating intercourse; and
- Touched her head and pushed it down towards his penis.

[10] The Crown presented no other evidence at trial. The defence maintained that the complainant's evidence was inconsistent and therefore not sufficiently credible to support a finding of guilt beyond a reasonable doubt. The defence also asserted that she was motivated to fabricate her evidence.

[11] At the end of the trial, the trial judge instructed the jury on each of the offences separately, in the words provided by the pattern instructions in *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 2015). The same evidence went to all three charges.

[12] On the sexual assault charge, the trial judge instructed the jury that R.V. could be found guilty if they were satisfied that the Crown proved beyond a reasonable doubt that R.V. intentionally applied force to the complainant and that the force took place in

portent sur des infractions commises de 1995 à 2003, notamment l'agression sexuelle, les contacts sexuels et l'incitation à des contacts sexuels.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Vallee, siégeant avec jury)*

[9] Le procès de R.V. a duré deux jours. La plaignante était le seul témoin. Elle a témoigné avoir été victime d'abus sexuelles multiples de la part de R.V. lorsqu'elle était âgée entre 7 et 13 ans. Selon son témoignage, R.V. :

- lui a saisi la main et lui a fait toucher son pénis;
- a touché son sein par-dessus ses vêtements;
- a touché son vagin par-dessus ses vêtements;
- a pris sa main et l'a utilisée pour se masturber;
- s'est couché nu sous elle alors qu'elle était vêtue et a simulé un rapport sexuel avant d'éjaculer sur son ventre;
- s'est couché habillé sous elle, qui était nue, et a simulé un rapport sexuel;
- a touché sa tête et l'a poussée vers son pénis.

[10] La Couronne n'a présenté aucun autre élément de preuve au procès. La défense a soutenu que le témoignage de la plaignante était contradictoire et qu'il n'était donc pas suffisamment crédible pour conclure hors de tout doute raisonnable à la culpabilité. La défense a également affirmé que la plaignante avait des raisons de fabriquer son témoignage.

[11] À la fin du procès, la juge a donné des directives au jury sur chacune des infractions de façon séparée en suivant le modèle de directives proposé dans le *Watt's Manual of Jury Instructions* (2^e éd. 2015). Les mêmes éléments de preuve ont été présentés pour les trois accusations.

[12] En ce qui concerne l'accusation d'agression sexuelle, la juge du procès a indiqué au jury qu'il pouvait déclarer R.V. coupable s'il était convaincu que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable que R.V. avait intentionnellement utilisé

circumstances of a sexual nature (A.R., at p. 161). Because the complainant was under the age of 16 at the time of the alleged incidents, consent was not an issue. If the jury was not satisfied that the force occurred in circumstances of a sexual nature, the trial judge instructed them that the result would be to find R.V. not guilty of sexual assault, but guilty of assault (*ibid.*).

[13] Turning to the sexual interference charge, the trial judge instructed the jury that R.V. could be found guilty if the jury was satisfied that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. touched the complainant and that the touching was for a sexual purpose (pp. 162-63).

[14] On the invitation to sexual touching charge, the trial judge instructed that R.V. could be found guilty if the jury was satisfied that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. invited the complainant to touch his body, and that the touching that R.V. invited was for a sexual purpose (p. 166).

[15] The jury was not given a written copy of the instructions to bring to the jury room. Instead, the trial judge provided the jury with a verdict sheet, which listed the following verdicts that the jury could reach:

Count No. 1 — Not guilty of sexual assault; guilty

Count No. 2 — Not guilty of sexual interference; guilty

Count No. 3 — Not guilty of invitation to sexual touching; guilty [p. 174]

[16] The trial judge also provided the jury with a decision tree for each charge. The decision tree for sexual assault listed “Not Guilty of Sexual Assault but Guilty of Assault” as an available verdict (p. 223).

la force contre la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle (d.a., p. 161). Comme la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des incidents allégués, le consentement n’était pas en litige. La juge du procès a également précisé au jury qu’il devait déclarer R.V. non coupable d’agression sexuelle, mais coupable de voies de fait, s’il n’était pas convaincu que R.V. avait employé la force dans des circonstances de nature sexuelle (*ibid.*).

[13] En ce qui a trait à l’accusation de contacts sexuels, la juge du procès a indiqué au jury qu’il pouvait déclarer R.V. coupable s’il était convaincu que la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des faits en cause, que R.V. avait touché la plaignante et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 162-163).

[14] Quant à l’accusation d’incitation à des contacts sexuels, la juge du procès a dit au jury qu’il pouvait déclarer R.V. coupable s’il était convaincu que la plaignante était âgée de moins de 16 ans au moment des faits en cause, que R.V. avait invité la plaignante à le toucher et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 166).

[15] Une copie écrite des directives n’a pas été fournie au jury pour qu’il l’apporte dans la salle des jurés. La juge lui a plutôt remis une feuille de verdict qui contenait une liste des verdicts qu’il pouvait rendre :

[TRADUCTION]

Chef d’accusation n° 1 — Non coupable d’agression sexuelle; coupable

Chef d’accusation n° 2 — Non coupable de contacts sexuels; coupable

Chef d’accusation n° 3 — Non coupable d’incitation à des contacts sexuels; coupable [p. 174]

[16] La juge du procès a également fourni au jury un arbre décisionnel pour chacun des chefs d’accusation. Selon l’arbre décisionnel relatif à l’accusation d’agression sexuelle, l’accusé pouvait être déclaré [TRADUCTION] « non coupable d’agression sexuelle, mais coupable de voies de fait » (p. 223).

[17] After approximately one hour of deliberation, the jury sent the following question to the trial judge regarding the available sexual assault verdicts:

On the decision tree for count one, sexual assault versus the verdict sheet. There are only two choices to make on the verdict sheet, whereas the decision tree provides for three verdicts. Number one, guilty of sexual assault. Number two, not guilty of sexual assault but guilty of assault. Number three, not guilty. What do we do? Juror Number Five. [p. 184]

[18] To resolve the discrepancy between the verdict sheet and the decision tree for sexual assault, the trial judge provided the jury with a new verdict sheet containing the following amendment:

Count No. 1

Not guilty of sexual assault

Not guilty of sexual assault but guilty of assault

Guilty of sexual assault [Emphasis added; p. 236.]

[19] The jury returned verdicts of guilty on the charges of sexual interference and invitation to sexual touching, and not guilty on the charge of sexual assault.

B. *Court of Appeal for Ontario (2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657) (Strathy C.J.O., Rouleau, Pardu, Miller and Trotter J.J.A.)*

[20] The Court of Appeal unanimously agreed that R.V.'s convictions were inconsistent with the acquittal and could not stand. The court, however, divided on the appropriate disposition of the Crown's

[17] Après environ une heure de délibérations, le jury a transmis la question suivante à la juge du procès au sujet des verdicts qu'il pouvait rendre à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle :

[TRADUCTION]

Lorsqu'on compare l'arbre décisionnel et la feuille de verdict, cette dernière ne comprend que deux verdicts possibles concernant le premier chef d'accusation, alors que l'arbre décisionnel en prévoit trois. Le premier est : coupable d'agression sexuelle. Le deuxième est : non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. Le troisième est : non coupable. Que doit-on faire? Le juré numéro 5. [p. 184]

[18] Afin de corriger la divergence entre la feuille de verdict et l'arbre décisionnel concernant l'accusation d'agression sexuelle, la juge du procès a fourni au jury une nouvelle feuille de verdict contenant la modification suivante :

[TRADUCTION]

Chef d'accusation n° 1

Non coupable d'agression sexuelle

Non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait

Coupable d'agression sexuelle [Je souligne; p. 236.]

[19] Le jury a rendu des verdicts de culpabilité relativement aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels, et de non-culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (2019 ONCA 664, 147 O.R. (3d) 657) (le juge en chef Strathy et les juges Rouleau, Pardu, Miller et Trotter)*

[20] La Cour d'appel a convenu à l'unanimité que les déclarations de culpabilité de R.V. étaient incompatibles avec l'acquiescement et ne pouvaient pas être maintenues. La cour était toutefois divisée en ce qui

cross-appeal and the remedy for R.V.'s appeal from his convictions.

[21] After canvassing the inconsistent verdicts jurisprudence, the majority (Strathy C.J.O. and Pardu and Trotter J.J.A.) held that if R.V. was found guilty of sexual interference and invitation to sexual touching, he was necessarily guilty of sexual assault: the touching required for the two convictions satisfied the legal definition of force for sexual assault. Having identified this inconsistency, the majority stated that the remaining issues were: (1) whether the allegedly confusing instruction on sexual assault could explain the inconsistency; (2) whether the Crown's cross-appeal could resolve the inconsistency; and if not, (3) whether a new trial could be ordered in the face of the acquittal.

[22] As to the first issue, the majority found that the allegedly confusing instruction on sexual assault could not reconcile the verdicts because the cause of the inconsistent verdicts was a matter of pure speculation. Indeed, the concern about improper speculation led the majority to conclude that confusing instructions, even those amounting to a legal error, can never reconcile inconsistent verdicts as a matter of law.

[23] Regarding the second issue, the majority found that the Crown's cross-appeal could not succeed because the trial judge gave legally correct instructions. The trial judge expressly told the jury twice that any physical contact, even a gentle touch, could amount to the "force" necessary for sexual assault. She also linked "force" with "touching" in various places in her instructions. Since the Crown

concerne la décision à rendre sur l'appel incident de la Couronne et la réparation à accorder par suite de l'appel interjeté par R.V. contre ses déclarations de culpabilité.

[21] Après avoir examiné à fond la jurisprudence sur les verdicts incompatibles, les juges majoritaires (le juge en chef Strathy et les juges Pardu et Trotter) ont statué que, si R.V. a été déclaré coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels, il était nécessairement coupable d'agression sexuelle : le contact nécessaire pour le déclarer coupable relativement à ces deux accusations répond à la définition juridique de la force requise pour conclure qu'il y a eu agression sexuelle. Ayant cerné cette incohérence, les juges majoritaires ont affirmé que les questions suivantes restaient à trancher : (1) la directive prétendument confuse sur l'accusation d'agression sexuelle peut-elle expliquer l'incompatibilité des verdicts? (2) l'appel incident de la Couronne peut-il remédier à l'incompatibilité des verdicts? et, dans la négative, (3) la tenue d'un nouveau procès peut-elle être ordonnée compte tenu de l'acquiescement?

[22] En ce qui concerne la première question, les juges majoritaires ont statué que la directive prétendument confuse sur l'accusation d'agression sexuelle ne permettait pas de concilier les verdicts, car la cause de l'incompatibilité des verdicts relevait de la pure conjecture. En fait, la préoccupation relative à des conjectures inappropriées a amené les juges majoritaires à conclure qu'en droit, des directives portant à confusion, même celles qui constituent une erreur de droit, ne permettent jamais de concilier des verdicts incompatibles.

[23] Pour ce qui est de la deuxième question, les juges majoritaires ont conclu que l'appel incident de la Couronne ne pouvait pas être accueilli parce que le juge du procès a donné des directives correctes sur le plan juridique. Le juge a expressément dit au jury à deux reprises que tout contact physique, même fait avec douceur, pouvait correspondre à la « force » nécessaire pour établir l'agression sexuelle.

could not demonstrate an error of law, the majority held that the acquittal had to stand.

[24] Given that the acquittal had to stand, the majority found that ordering a new trial on the convictions would invite the jury to return verdicts inconsistent with the acquittal, which would give rise to a claim of issue estoppel. Accordingly, they set aside the convictions and directed verdicts of acquittal to be entered on the sexual interference and invitation to sexual touching charges.

[25] In dissent, the minority (Rouleau and Miller JJ.A.) agreed to allow R.V.'s appeal on the claim of inconsistent verdicts but would have also allowed the Crown's cross-appeal on the basis of legally erroneous jury instructions. Specifically, in considering the entire context, it was reasonable to conclude that the jury would not have understood that mere "touching" constituted the "force" necessary to make out the offence of sexual assault. Given the structure of the charge to the jury, which consisted of an explanation of one count after another in isolation, the jury needed to be told how the three offences related to each other. The trial judge's failure to provide this clarification amounted to an error of law that caused the jury to acquit R.V. on the sexual assault charge.

[26] As to the appropriate remedy, the minority stated that where both the conviction and the acquittal are appealed, and the inconsistency in the verdicts is explained by an error of law in the jury instructions, the appropriate remedy is to order a new trial on all the charges.

III. Issues

[27] I would restate the main issues in this appeal as follows:

Elle a également établi un lien entre la « force » et le « toucher » à plusieurs endroits dans ses directives. La Couronne n'ayant pas pu démontrer l'existence d'une erreur de droit, les juges majoritaires ont conclu que l'acquittement devait être maintenu.

[24] Ayant statué que l'acquittement devait être maintenu, les juges majoritaires ont déclaré que le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard des déclarations de culpabilité aurait pour effet d'inviter le jury à rendre des verdicts incompatibles avec l'acquittement et que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pourrait alors être invoquée. Par conséquent, les juges majoritaires ont annulé les déclarations de culpabilité et substitué des verdicts d'acquittement à l'égard des accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[25] Dissidents, les juges minoritaires (les juges Rouleau et Miller) auraient eux aussi accueilli l'appel de R.V. en ce qui a trait à l'allégation d'incompatibilité des verdicts, mais ils auraient également accueilli l'appel incident de la Couronne au motif que les directives données au jury étaient erronées en droit. Plus précisément, compte tenu du contexte global, il était raisonnable de conclure que le jury n'avait pas compris qu'un simple contact constituait la force nécessaire pour établir l'infraction d'agression sexuelle. Étant donné la structure de l'exposé au jury, où chaque chef d'accusation était expliqué de façon séparée, il fallait dire au jury en quoi les trois infractions étaient liées l'une à l'autre. En ne faisant pas cette précision, la juge du procès a commis une erreur de droit qui a amené le jury à acquitter R.V. de l'accusation d'agression sexuelle.

[26] Quant à la réparation à accorder, les juges minoritaires ont souligné que, dans les cas où une déclaration de culpabilité et un acquittement sont portés en appel, et où une erreur de droit dans les directives données au jury explique l'incompatibilité des verdicts, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations.

III. Questions en litige

[27] Je reformulerais comme suit les principales questions en litige dans le présent pourvoi :

- (1) Can a legal error in jury instructions reconcile apparently inconsistent verdicts?
- (2) What is the appropriate disposition of an inconsistent verdicts appeal where there is an error of law in the jury instructions?
- (3) Were the verdicts rendered by the jury in R.V.'s case inconsistent?

IV. Analysis

A. *Inconsistent Verdicts*

[28] The *Criminal Code* does not expressly identify inconsistent verdicts as a ground for setting aside a conviction. For an appellate court to interfere with a conviction on the ground that it is inconsistent with an acquittal, the court must find that the guilty verdict is unreasonable (*R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, at para. 6, citing *Criminal Code*, s. 686(1)(a)(i)). The accused bears the burden of establishing that a verdict is unreasonable (*Pittiman*, at para. 6).

[29] In an appeal involving inconsistent verdicts, the applicable test to determine whether a verdict of a jury is unreasonable is: “Are the verdicts irreconcilable such that no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence?” (*Pittiman*, at para. 10). Put another way, a conviction is unreasonable and must be set aside where the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis and no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered the verdicts it did based on the evidence (*R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56; *Pittiman*, at paras. 6-7).

[30] When verdicts cannot be reconciled and a jury that was properly instructed returns a conviction that is not supportable on the evidence presented at trial, the only available inference is that the jury acted unreasonably in arriving at the conviction (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 39). The jury may have reached a compromised verdict, misunderstood the evidence, or nullified by

- (1) Une erreur de droit dans les directives données au jury permet-elle de concilier des verdicts apparemment incompatibles?
- (2) Quelle est la décision à rendre dans un appel sur des verdicts incompatibles lorsque les directives données au jury comportent une erreur de droit?
- (3) Les verdicts rendus par le jury dans le cas de R.V. étaient-ils incompatibles?

IV. Analyse

A. *Verdicts incompatibles*

[28] Le *Code criminel* n’indique pas expressément que des verdicts incompatibles constituent un motif d’annulation d’une déclaration de culpabilité. Pour qu’une cour d’appel puisse modifier un verdict de culpabilité au motif qu’il est incompatible avec un acquittement, elle doit conclure qu’il est déraisonnable (*R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, par. 6, citant le *Code criminel*, sous-al. 686(1)a(i)). Il incombe à l’accusé de démontrer qu’un verdict est déraisonnable (*Pittiman*, par. 6).

[29] Dans un appel portant sur des verdicts incompatibles, le critère servant à déterminer si le verdict d’un jury est déraisonnable est le suivant : « les verdicts sont-ils à ce point inconciliables qu’aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n’aurait pu les prononcer au vu de la preuve? » (*Pittiman*, par. 10). Autrement dit, une déclaration de culpabilité est déraisonnable et doit être annulée si les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, et si aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n’aurait pu les prononcer au vu de la preuve (*R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56; *Pittiman*, par. 6-7).

[30] Lorsque des verdicts ne peuvent pas être conciliés et qu’un jury ayant reçu des directives appropriées prononce une déclaration de culpabilité qui n’est pas étayée par la preuve présentée au procès, la seule inférence possible est que le jury a agi de façon déraisonnable pour en arriver à ce verdict (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 39). Il se peut que le jury ait rendu un verdict

choosing to not apply the law — any of those paths to inconsistent verdicts reflects unreasonableness. In such cases, the conviction itself is unreasonable and appellate intervention is warranted.

[31] The ultimate inquiry for appellate courts then is whether the verdicts are actually inconsistent. Apparently inconsistent verdicts can be reconciled on the basis that the offences themselves are “temporally distinct, or are qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses” (*Pittiman*, at para. 8). If verdicts are reconciled to reveal a theory on which the jury could have returned the verdicts without acting unreasonably, the verdicts are consistent and appellate intervention is not warranted.

[32] In my view, there are also cases, such as the one at hand, where the Crown can reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis that they were the result of a legal error in the jury instructions. For such cases, I propose the following approach.

(1) Analytical Framework

[33] Where the Crown attempts to rebut an apparent inconsistency on the basis of a legal error, the burden shifts from the accused to the Crown. That burden is heavy. The Crown must satisfy the court to a high degree of certainty that there was a legal error in the jury instructions and that the error:

- (1) had a material bearing on the acquittal;
- (2) was immaterial to the conviction; and
- (3) reconciles the inconsistency by showing that the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct.

de compromis, qu’il ait mal interprété la preuve ou qu’il ait prononcé une annulation en choisissant de ne pas appliquer la loi — toutes ces voies menant à des verdicts incompatibles indiquent que le jury a agi de façon déraisonnable. Dans de tels cas, la déclaration de culpabilité elle-même est déraisonnable et l’intervention d’une cour d’appel est justifiée.

[31] Ultiment, la cour d’appel doit déterminer si les verdicts sont réellement incompatibles. Des verdicts apparemment incompatibles peuvent être conciliés au motif que les infractions elles-mêmes « n’ont pas été commises en même temps ou parce qu’elles diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins » (*Pittiman*, par. 8). Si les verdicts sont conciliés de manière à révéler une thèse sur laquelle le jury aurait pu s’appuyer pour les rendre sans agir de façon déraisonnable, les verdicts sont alors compatibles et l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée.

[32] À mon avis, il existe aussi des cas, comme en l’espèce, où la Couronne peut concilier des verdicts apparemment incompatibles au motif qu’ils découlent d’une erreur de droit dans les directives données au jury. Dans de tels cas, je propose la démarche suivante.

(1) Cadre d’analyse

[33] Lorsque la Couronne tente de réfuter une allégation d’incompatibilité apparente au motif qu’une erreur de droit a été commise, le fardeau passe de l’accusé à la Couronne. Ce fardeau est lourd. La Couronne doit convaincre le tribunal avec une certitude élevée que les directives au jury comportent une erreur de droit et que cette erreur :

- (1) a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal;
- (2) n’a pas eu d’incidence sur la déclaration de culpabilité;
- (3) concilie les verdicts incompatibles en démontrant que le jury n’a pas déclaré l’accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes.

[34] If the court can find that these elements are satisfied with a high degree of certainty, the verdicts are not actually inconsistent. Instead, the legal error caused the jury to convict the accused either on different evidence or a different element than it believed was necessary for the charge on which it acquitted the accused. Any apparent inconsistency in the verdicts is thus reconciled, as the jury did not find the accused both guilty and not guilty of the same conduct. It follows that the jury did not act unreasonably in rendering their verdicts.

[35] In assessing whether the Crown has satisfied its burden, the court must not engage in improper speculation about what the jury did and did not do. The appellate court must be able to retrace the reasoning of the jury with a sufficiently high degree of certainty to exclude all other reasonable explanations for how the jury rendered its verdicts. If it can, any concern about speculation falls away.

[36] This approach respects the ordinary deference afforded to the presumed reasonableness of the jury by asking “whether the [apparently inconsistent verdicts] are supportable on any theory of the evidence consistent with the legal instructions given by the trial judge” (*Pittiman*, at para. 7). Where the conviction is supported by the evidence, as is always required, and the verdicts are not actually inconsistent, the jury’s entering of a conviction against the accused is not unreasonable and the conviction appeal should be dismissed. A jury does not act improperly by relying on a trial judge’s legal error. Put another way, the appellate court simply concludes that the jury acted reasonably based on the evidence and instructions before it. The conviction is thus reasonable and appellate intervention is not warranted.

[37] I pause here to note that my colleague, Brown J., disagrees with the reconciliation framework I have proposed on the basis that our jurisprudence and the

[34] Si le tribunal peut conclure que ces éléments ont été établis avec une certitude élevée, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles. L’erreur de droit a plutôt amené le jury à déclarer l’accusé coupable en s’appuyant sur des éléments de preuve différents ou sur un élément qui était différent de celui qu’il croyait nécessaire pour l’accusation à l’égard de laquelle il a rendu un verdict d’acquiescement. Il a donc été remédié à toute incompatibilité apparente des verdicts, car le jury n’a pas déclaré l’accusé à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Il s’ensuit que le jury n’a pas agi de façon déraisonnable en rendant ses verdicts.

[35] Pour déterminer si la Couronne s’est acquittée de son fardeau, le tribunal ne doit pas se livrer à des conjectures inappropriées au sujet de ce que le jury a fait et n’a pas fait. La cour d’appel doit pouvoir reconstituer le raisonnement du jury avec une certitude suffisamment élevée pour exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts. Si c’est le cas, toute préoccupation relative à des conjectures disparaît.

[36] Cette approche respecte le principe de la déférence dont il convient habituellement de faire preuve à l’égard de la présomption de raisonabilité du jury en ce qu’elle invite à se demander si « les [verdicts apparemment incompatibles] peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives juridiques données par le juge du procès » (*Pittiman*, par. 7). Lorsque la déclaration de culpabilité est étayée par la preuve, comme cela doit toujours être le cas, et que les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, l’inscription d’une déclaration de culpabilité contre l’accusé par le jury n’est pas déraisonnable et l’appel de ce verdict devrait être rejeté. Le jury n’agit pas de façon irrégulière en s’appuyant sur une erreur de droit commise par le juge du procès. En d’autres termes, la cour d’appel conclut simplement que le jury a agi raisonnablement eu égard à la preuve et aux directives dont il disposait. La déclaration de culpabilité est donc raisonnable et l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée.

[37] Je m’arrête ici pour souligner que mon collègue le juge Brown ne souscrit pas au cadre de conciliation que j’ai proposé au motif que notre

appeals scheme enacted in s. 686(4) of the *Criminal Code* preclude an appellate court from inquiring into the jury's reasons for arriving at a verdict (Brown J.'s reasons, at paras. 82-85). Yet that is not what s. 686(4) says, nor is it what Parliament intended. Indeed, our jurisprudence shows that although appellate courts cannot engage in improper speculation, they regularly consider the impact of jury instructions on a jury's verdict. For instance, reviewing a Crown appeal from a jury's verdict of acquittal on the basis of a legal error at trial requires considering whether the error likely affected the verdict (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at paras. 14-17); reviewing a jury's verdict of guilty in light of legally erroneous jury instructions can require assessing whether the error was harmless in that it could not reasonably be expected to have changed the jury's verdict (*Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii); see, e.g., *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at paras. 59-60; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134, at paras. 21-23); and fresh evidence applications ask whether the fresh evidence could reasonably be expected to have affected the jury's verdict (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775; see also *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at paras. 70-75). Each of these commonplace appellate matters requires a reviewing court to consider what the jury may have been thinking and whether they might reasonably have changed their minds if the trial had unfolded differently. Indeed, my colleague is content to engage in that consideration himself as he concludes that the misdirection in the present case "might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal" (para. 103). The framework I have proposed calls for nothing more.

[38] Further, and with respect to my colleague, what I have said is meant to supplement — not change — the law as set out in *Pittiman*; nor is it intended to change the law in *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, which restated the principles

jurisprudence et le régime d'appels édicté au par. 686(4) du *Code criminel* empêchent une cour d'appel de se pencher sur les raisons pour lesquelles le jury est arrivé à un verdict donné (motifs du juge Brown, par. 82-85). Cependant, ce n'est pas ce que prévoit le par. 686(4), ni ce que voulait le Parlement. En fait, notre jurisprudence montre que, bien qu'elles ne puissent se livrer à des conjectures inappropriées, les cours d'appel examinent régulièrement l'incidence des directives données au jury sur le verdict rendu par celui-ci. À titre d'exemple, dans l'examen d'un appel interjeté par la Couronne contre un verdict d'acquiescement du jury, au motif qu'une erreur de droit a été commise au procès, il faut se demander si l'erreur a vraisemblablement eu une incidence sur le verdict (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14-17); lorsqu'un verdict de culpabilité rendu par le jury est contrôlé au regard de directives au jury erronées en droit, il peut être nécessaire de se demander si l'erreur était négligeable en ce qu'on ne pouvait raisonnablement penser qu'elle aurait changé le verdict du jury (*Code criminel*, sous-al. 686(1)(b)(iii); voir, p. ex., *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 59-60; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134, par. 21-23); et les demandes d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve soulèvent la question de savoir si on pouvait raisonnablement penser que ces nouveaux éléments auraient influé sur le verdict du jury (*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775; voir aussi *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 70-75). Chacune de ces questions courantes en matière d'appel exige du tribunal de révision qu'il examine ce que le jury peut avoir pensé et si celui-ci aurait pu changer d'avis si le procès s'était déroulé autrement. En fait, mon collègue est disposé à procéder lui-même à cet examen, car il conclut que la directive erronée en l'espèce en est une « dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquiescement » (par. 103). Le cadre que j'ai proposé n'exige rien de plus.

[38] De plus, et avec égards pour mon collègue, les observations que j'ai formulées visent à compléter — et non à modifier — la règle de droit énoncée dans l'arrêt *Pittiman*; elles ne visent pas non plus à modifier celle exposée dans *R. c. J.F.*, 2008 CSC

in *Pittiman* as follows: “. . . verdicts are deemed inconsistent — and therefore unreasonable as a matter of law — if no properly instructed jury could reasonably have returned them both . . .” (para. 23). In the instant case, the Court of Appeal interpreted this formulation to mean that appellate courts reviewing verdicts for inconsistency should not look at jury instructions in assessing reasonableness. With respect, *Pittiman* and *J.F.* should not be read in this manner. In *J.F.*, this Court was not establishing a rule of law that jury instructions must be presumed correct. In fact, it could not have been doing so: the question of whether the verdicts are supportable on any theory of the evidence necessarily involves considering which elements the jury was instructed on (*Pittiman*, at para. 7). As explained, such considerations are routine. If *Pittiman* and *J.F.* required departing from this principle, the Court would have said so explicitly. It did not.

[39] *J.F.* was a case in which the jury instructions did not disclose a clear error permitting the appellate court to retrace the jury’s reasoning with any degree of certainty. Since the Court could not determine why the jury returned the different verdicts, it declined to uphold the conviction on the basis that the legal error could reconcile the verdicts (para. 21). *J.F.*’s approach remains appropriate where the appellate court cannot conclude with a high degree of certainty that the legal error caused the inconsistent verdicts. If, however, a court is able to reach that conclusion, no issue of improper speculation arises. To the contrary, impugning the verdicts of the jury when the appellate court knows the error belongs to the trial judge would damage the legal process. As Paciocco J.A. explained in *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, “it is not an appropriate outcome to deem a demonstrably reasonable conviction to be unreasonable because of an inconsistent acquittal that is grounded in a clear legal error” (para. 42). While *Plein* was a judge alone trial, the principle is

60, [2008] 3 R.C.S. 215, où notre Cour a reformulé comme suit les principes établis dans *Pittiman* : « . . . des verdicts sont réputés incompatibles — et, par conséquent, déraisonnables en droit — si aucun jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pu rendre raisonnablement les deux verdicts . . . » (par. 23). Selon l’interprétation donnée à ce passage par la Cour d’appel en l’espèce, les cours d’appel appelées à contrôler l’incompatibilité de verdicts ne devraient pas, lors de l’appréciation de la raisonnablement, examiner les directives données au jury. Soit dit en tout respect, les arrêts *Pittiman* et *J.F.* ne devraient pas être interprétés de cette manière. Dans *J.F.*, notre Cour n’a pas établi une règle de droit selon laquelle les directives données au jury doivent être réputées exactes. En fait, elle n’aurait pas pu établir une telle règle, car pour déterminer si les verdicts peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve, il faut nécessairement examiner les éléments sur lesquels ont porté les directives au jury (*Pittiman*, par. 7). Comme nous l’avons vu, de telles considérations sont monnaie courante. Si les arrêts *Pittiman* et *J.F.* exigeaient de s’écarter de ce principe, notre Cour l’aurait dit de façon explicite. Or, elle ne l’a pas fait.

[39] Dans l’affaire *J.F.*, les directives données au jury ne révélaient aucune erreur manifeste qui aurait permis à la cour d’appel de reconstituer le raisonnement du jury avec quelque degré de certitude que ce soit. Comme elle ne pouvait pas déterminer pourquoi le jury avait rendu les verdicts différents, la Cour a refusé de confirmer la déclaration de culpabilité au motif que l’erreur de droit permettait de concilier les verdicts (par. 21). L’approche suivie dans *J.F.* demeure appropriée lorsqu’une cour d’appel ne peut pas conclure avec une certitude élevée que l’erreur de droit a entraîné les verdicts incompatibles. Si, par contre, une cour peut tirer cette conclusion, aucun problème de conjecture inappropriée ne se pose. Au contraire, mettre en doute les verdicts du jury alors que la cour d’appel sait que l’erreur est imputable au juge du procès nuirait au processus judiciaire. Comme l’a expliqué le juge d’appel Paciocco dans l’arrêt *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, [TRADUCTION] « considérer qu’une déclaration de culpabilité manifestement raisonnable est

applicable in a trial by judge and jury so long as the reviewing court is able to retrace the jury's reasoning to the high degree of certainty required.

[40] Further, the reconciliation framework I have proposed addresses the apprehensions that led the Court in *J.F.* to caution, in *obiter*, against legitimizing a conviction based on an error of law. Nothing I have said suggests that an error of law in the instructions to the jury necessarily makes improper verdicts proper or inconsistent verdicts consistent (see *J.F.*, at para. 23). An appellate court that has found a legal error material to the acquittal must go on to determine the impact of that error on the conviction. If the error can be isolated to the acquittal, it is not the error itself that reconciles the verdicts, but rather the further determination that the error did not affect the conviction. That conclusion is consistent with *J.F.*

(2) Remedy

[41] On finding that a legal error shows that apparently inconsistent verdicts are not actually inconsistent, the appropriate remedy depends on whether the Crown has cross-appealed the acquittal. I turn to this issue now.

(a) *Crown Cross-Appeal*

[42] In cases where the Crown has cross-appealed, the acquittal must be set aside if the Crown succeeds in proving that it was based on an error of law which “might reasonably be thought . . . to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14).

déraisonnable en raison d'un acquittement incompatible qui repose sur une erreur de droit manifeste ne constitue pas une conclusion appropriée » (par. 42). Bien que l'affaire *Plein* ait été décidée par un juge seul, ce principe s'applique également au procès devant juge et jury pourvu que le tribunal de révision puisse reconstituer le raisonnement du jury avec la certitude élevée requise.

[40] De plus, le cadre de conciliation que j'ai proposé tient compte des craintes qui ont amené la Cour dans l'arrêt *J.F.* à faire une mise en garde, dans ses remarques incidentes, contre la légitimation d'une déclaration de culpabilité fondée sur une erreur de droit. Rien de ce que j'ai dit ne laisse entendre qu'une erreur de droit dans les directives au jury a nécessairement pour effet de valider des verdicts incorrects ou de remédier à l'incompatibilité des verdicts (voir *J.F.*, par. 23). Une cour d'appel qui conclut qu'une erreur de droit a été commise et que cette erreur a eu une incidence significative sur l'acquittement doit ensuite déterminer l'incidence qu'a eue cette erreur sur la déclaration de culpabilité. Si l'erreur peut être restreinte à l'acquittement, ce n'est pas l'erreur elle-même qui permet de concilier les verdicts, mais plutôt la conclusion selon laquelle l'erreur n'a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité. Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt *J.F.*

(2) Réparation

[41] Lorsqu'il est conclu que l'existence d'une erreur de droit démontre que des verdicts apparemment incompatibles ne sont pas réellement incompatibles, la détermination de la réparation convenable est tributaire de la question de savoir si la Couronne a formé un appel incident contre l'acquittement. Je vais maintenant me pencher sur cette question.

a) *Appel incident de la Couronne*

[42] Dans les cas où la Couronne interjette un appel incident, l'acquittement doit être écarté si elle réussit à prouver que celui-ci était fondé sur une erreur de droit dont « il serait raisonnable de penser [. . .] qu'elle a eu une incidence significative sur le

The next question is what should follow from setting aside that acquittal.

[43] For the most part, the *Criminal Code* provides the answer. Section 686(4)(b) of the *Code* instructs appellate courts allowing an appeal from an acquittal entered by a jury to order a new trial. Generally, all interconnected charges should be returned for retrial (*Pittiman*, at para. 14). In line with the test I have outlined, it may well be difficult for the appellate court to isolate the error to the acquittal, and a conviction cannot stand if it arises from an error of law. Unless the appellate court can conclude with a high degree of certainty that the legal error did not taint the conviction, setting aside the acquittal on a charge interconnected with a conviction will require retrial on all charges.

[44] Where an appellate court can isolate the legal error to the acquittal, that charge should be the only one sent back for a new trial and the conviction should stand. The error did not taint the conviction, so it should remain in place unless, of course, the conviction is found to be unreasonable on a ground other than inconsistency. If a retrial is sought, it should only proceed on the charge for which the accused was acquitted. However, a retrial on the acquittal charge may raise *res judicata* concerns, such as the plea of *autrefois convict* or a s. 11(h) *Canadian Charter of Rights and Freedoms* application. Those claims may well be available to the accused upon a retrial, yet the possibility of such claims does not preclude an appellate court from ordering a retrial (*Criminal Code*, s. 686(4)). If, prior to a retrial, an accused chooses to raise any of these issues, that is their prerogative — I certainly do not foreclose the accused from doing so. However, granting a special plea of *autrefois convict* or a s. 11(h) *Charter* application is discretionary, something for first instance judges to determine based on the circumstances

verdict d'acquittallement » (*Graveline*, par. 14). Il faut ensuite se demander ce qui doit découler de la mise de côté de cet acquittallement.

[43] Le *Code criminel* répond en majeure partie à cette question. L'alinéa 686(4)b du *Code* prévoit que, lorsqu'une cour d'appel admet l'appel d'un acquittallement prononcé par un jury, elle ordonne un nouveau procès. En général, toutes les accusations qui sont interreliées devraient être renvoyées pour faire l'objet d'une nouvelle instruction (*Pittiman*, par. 14). Selon le critère que j'ai énoncé, il se peut fort bien qu'une cour d'appel ait de la difficulté à limiter l'erreur à l'acquittallement, et une déclaration de culpabilité ne peut pas être maintenue si elle découle d'une erreur de droit. À moins que la cour d'appel ne puisse conclure avec une certitude élevée que l'erreur de droit n'a pas vicié la déclaration de culpabilité, la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations sera nécessaire si l'acquittallement est écarté quant à une accusation liée à une déclaration de culpabilité.

[44] Dans les cas où une cour d'appel peut limiter l'erreur de droit à l'acquittallement, seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès et la déclaration de culpabilité devrait être maintenue. Comme l'erreur n'a pas entaché la déclaration de culpabilité, ce verdict devrait être maintenu à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit jugée déraisonnable pour un motif autre que l'incompatibilité. Seule l'accusation dont l'accusé a été acquitté devrait faire l'objet d'un nouveau procès. Par contre, la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation dont l'accusé a été acquitté peut susciter des inquiétudes liées à l'autorité de la chose jugée, tel que le plaidoyer d'*autrefois convict* ou une demande fondée sur l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il se peut fort bien que l'accusé puisse présenter ces demandes à l'occasion d'un nouveau procès, mais la possibilité de telles demandes n'empêche pas la cour d'appel d'ordonner un nouveau procès (*Code criminel*, par. 686(4)). Si, avant la tenue d'un nouveau procès, l'accusé décide de soulever l'une ou l'autre question, il lui est loisible

before them. As such, I decline to decide whether these claims would preclude a retrial in *all* circumstances.

[45] That said, when an appellate court is satisfied that the acquittal is the product of a legal error and cannot stand, the most appropriate remedy, depending on the circumstances, may be to enter a stay of proceedings rather than sending the matter back for a retrial (*Criminal Code*, s. 686(8)).

(b) *Absence of a Crown Cross-Appeal*

[46] The parties disagree about what happens when the Crown has not cross-appealed but nonetheless asserts that a legal error reconciles apparently inconsistent verdicts.

[47] Here, as indicated, the Crown cross-appealed R.V.'s acquittal on the sexual assault charge. Accordingly, the issue of whether the Crown must cross-appeal where it seeks to reconcile apparently inconsistent verdicts on the basis of erroneous jury instructions is not before us. Nor indeed has that issue ever been squarely before this Court.

[48] Having regard to the bedrock principle of our adversarial system that where an accused makes an argument, the Crown is entitled to rebut it, there is a viable argument that the Crown need not cross-appeal to rebut an inconsistent verdict allegation raised by an accused. That said, I recognize that there are tenable arguments to the contrary, relating to the integrity of the legal process and the legitimacy of verdicts. In the end, I consider it prudent to leave the issue outstanding until it comes squarely before us.

de le faire. Je n'empêche certainement pas l'accusé de le faire. Cependant, accueillir un plaidoyer spécial d'autrefois convict ou une demande fondée sur l'al. 11*h*) de la *Charte* est une décision discrétionnaire, que doivent rendre les juges de première instance compte tenu des circonstances portées à leur connaissance. Par conséquent, je refuse de décider si ces demandes feraient obstacle à la tenue d'un nouveau procès en *toutes* circonstances.

[45] Cela dit, lorsque la cour d'appel est convaincue que l'acquittement résulte d'une erreur de droit et ne peut être maintenu, la réparation la plus convenable, selon les circonstances, pourrait consister à ordonner l'arrêt des procédures au lieu de renvoyer l'affaire pour un nouveau procès (*Code criminel*, par. 686(8)).

b) *Absence d'un appel incident de la Couronne*

[46] Les parties ne s'entendent pas sur ce qui arrive lorsque la Couronne ne forme pas d'appel incident, mais soutient néanmoins qu'une erreur de droit concilie des verdicts apparemment incompatibles.

[47] En l'espèce, comme je l'ai déjà indiqué, la Couronne a formé un appel incident contre l'acquittement de R.V. relativement à l'accusation d'agression sexuelle. En conséquence, nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si la Couronne doit interjeter un appel incident quand elle cherche à faire concilier des verdicts apparemment incompatibles en raison de directives erronées données au jury. Cette question n'a jamais non plus été nettement soumise à notre Cour.

[48] Eu égard au principe fondamental de notre système de débat contradictoire selon lequel, quand l'accusé présente un argument, la Couronne peut le réfuter, il est possible de soutenir que la Couronne n'a pas à interjeter un appel incident pour réfuter une allégation de verdicts incompatibles faite par l'accusé. Cela dit, je reconnais qu'il existe des arguments contraires défendables qui ont trait à l'intégrité du processus judiciaire et à la légitimité des verdicts. En dernière analyse, j'estime prudent de laisser la question en suspens jusqu'à ce que notre Cour en soit nettement saisie.

B. *Application to the Facts*

[49] In the present case, R.V. appealed his sexual interference and invitation to sexual touching convictions on the basis that they were inconsistent with his sexual assault acquittal. The Crown conceded that the verdicts were apparently inconsistent, but cross-appealed from the acquittal on the basis that the verdicts were not actually inconsistent since they could be reconciled by the erroneous jury instructions. Specifically, the Crown's position was that the instructions mistakenly led the jury to believe that the element of "force" required to make out the offence of sexual assault was different than the element of "touching" required to make out the offences of sexual interference and invitation to sexual touching.

[50] I agree that the verdicts rendered by the jury are inconsistent on their face. Given that the three charges have near identical elements and were based on the same evidence at trial, the jury should have either convicted or acquitted R.V. of all three charges. Guided by the approach I have proposed, I must now decide whether there was a legal error in the jury instructions and if so, whether it reconciles the apparent inconsistency. If the inconsistency can be reconciled, the verdicts are not actually inconsistent and therefore not unreasonable on the basis of inconsistency. If the inconsistency cannot be reconciled, the verdicts rendered by the jury here will necessarily be unreasonable as a matter of law.

(1) The Legal Error

[51] Sections 151, 152 and 271 of the *Criminal Code* use different terms to describe similar acts. Sexual interference under s. 151 requires proof of touching, and invitation to sexual touching under s. 152 requires proof that the accused counselled, invited or incited the complainant to touch. Sexual assault, for its part, is not defined under s. 271. Instead, sexual assault is a s. 265(1) assault made applicable to sexual circumstances by s. 265(2). A

B. *Application aux faits*

[49] En l'espèce, R.V. a porté en appel les déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels au motif qu'elles étaient incompatibles avec son acquittement de l'accusation d'agression sexuelle. La Couronne a concédé que les verdicts étaient apparemment incompatibles, mais elle a formé un appel incident contre l'acquittement au motif que les verdicts n'étaient pas réellement incompatibles puisqu'ils pouvaient être conciliés sur le fondement des directives erronées données au jury. Plus particulièrement, la Couronne a soutenu que les directives avaient, à tort, amené le jury à croire que l'élément de « force » nécessaire pour établir l'infraction d'agression sexuelle différait de l'élément de « toucher » requis pour établir les infractions de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[50] Je conviens que les verdicts rendus par le jury sont incompatibles à première vue. Étant donné que les trois chefs d'accusation comportent des éléments quasi identiques et qu'ils reposaient sur la même preuve au procès, le jury aurait dû soit déclarer coupable soit acquitter R.V. des trois chefs d'accusation. Guidé par l'approche que j'ai proposée, je dois maintenant décider si les directives au jury comportent une erreur de droit et, dans l'affirmative, si cette erreur remédie à l'incompatibilité apparente. S'il peut être remédié à l'incompatibilité, les verdicts ne sont pas réellement incompatibles et ne sont donc pas déraisonnables pour cause d'incompatibilité. En revanche, s'il n'est pas possible de les concilier, les verdicts rendus par le jury en l'espèce sont nécessairement déraisonnables en droit.

(1) L'erreur de droit

[51] Les articles 151, 152 et 271 du *Code criminel* emploient des termes différents pour décrire des actes semblables. Pour établir l'infraction de contacts sexuels visée à l'art. 151, il est nécessaire de prouver que l'accusé a touché un plaignant, et pour établir l'infraction d'incitation à des contacts sexuels visée à l'art. 152, il est nécessaire de prouver que l'accusé a invité, engagé ou incité un plaignant à se toucher ou à toucher un tiers. L'agression sexuelle n'est,

person commits a sexual assault by applying force intentionally to another person, directly or indirectly, in circumstances of a sexual nature (*Criminal Code*, s. 265(1)(a); *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 24).

[52] The word “force” is commonly understood to mean physical strength, “violence, compulsion, or constraint exerted upon or against a person” (*R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 202, aff’d 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, citing *Merriam-Webster Dictionary* (online)). However, as a legal term of art, the element of force has been interpreted to include any form of touching (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 10; *Ewanchuk*, at paras. 23-25; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). Put simply, although the words “touch” or “touching” and “force” are distinct, in some circumstances, including those that apply here, they mean the same thing in law.

[53] Many cases demonstrate that instructions on the law of sexual assault when an accused is also charged with sexual interference or invitation to sexual touching is a source of bewilderment and confusion for juries (see, e.g., *Tremblay*; *L.B.C.*; *J.D.C.*; *S.L.*; *K.D.M.*). The question in the present case is whether the jury was correctly instructed on the relationship between the elements of force and touching.

[54] Viewed in isolation, parts of the trial judge’s instruction on sexual assault indicate that any form of touching could amount to force. Specifically, she stated that “[f]orce includes any physical contact, even a gentle touch” (A.R., at p. 154) — wording that the Court of Appeal for Ontario endorsed in *S.L.* Nevertheless, as this Court stated in *Barton*, at para. 54:

quant à elle, pas définie à l’art. 271. Il s’agit plutôt de l’infraction de voies de fait visée au par. 265(1) que le par. 265(2) rend applicable dans des circonstances de nature sexuelle. Se livre à une agression sexuelle quiconque, d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne dans des circonstances de nature sexuelle (*Code criminel*, al. 265(1)a); *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, p. 302; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 24).

[52] Le mot « force » s’entend généralement de la force physique, de la [TRADUCTION] « violence ou de la contrainte exercée à l’endroit d’une personne » (*R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, par. 202, conf. par 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, citant le *Merriam-Webster Dictionary* (en ligne)). Cependant, l’interprétation faite du mot « force » employé dans un contexte juridique comprend toute forme d’attouchement (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 10; *Ewanchuk*, par. 23-25; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 23). En termes simples, bien que les mots « toucher » ou « attouchement » et « force » soient distincts, dans certaines circonstances, notamment celles de l’espèce, ils ont la même signification en droit.

[53] Il appert de nombreuses décisions que les directives données sur le droit applicable en matière d’agression sexuelle lorsqu’un accusé est aussi inculpé de contacts sexuels ou d’incitation à des contacts sexuels constituent souvent une source de perplexité et de confusion pour les jurys (voir, p. ex., *Tremblay*; *L.B.C.*; *J.D.C.*; *S.L.*; *K.D.M.*). La question qui se pose dans la présente affaire est de savoir si la juge du procès a correctement expliqué au jury le lien entre les éléments de force et de toucher.

[54] Considérées isolément, les portions des directives données par la juge du procès concernant l’agression sexuelle indiquent que toute forme de contact peut équivaloir à de la force. Plus précisément, la juge a déclaré que [TRADUCTION] « [l]a force comprend tout contact physique, même un attouchement délicat » (d.a., p. 154), une formulation que la Cour d’appel de l’Ontario a adoptée dans l’arrêt *S.L.* Néanmoins, comme l’a déclaré notre Cour dans l’arrêt *Barton*, au par. 54 :

When considering arguments of alleged misdirection, the appellate court must review the charge as a whole from a functional perspective, asking whether the jury was properly, not perfectly, equipped to decide the case, keeping in mind that it is the substance of the charge, not adherence to a set formula, that matters [Emphasis added.]

[55] Having regard to the jury charge as a whole and its substance, I am satisfied that the trial judge misdirected the jury on the charge of sexual assault by leaving the jury with the mistaken impression that the element of “force” required for sexual assault was different than the element of “touching” required for sexual interference and invitation to sexual touching. With respect, this error was one of non-direction amounting to misdirection.

[56] In instructing the jury on the sexual assault offence, the trial judge stated that the elements were:

- i. That [R.V.] intentionally applied force to [the complainant];
- ii. That the force that [R.V.] intentionally applied took place in circumstances of a sexual nature. [Emphasis added.]

(A.R., at p. 153)

[57] In her summary at the end of the sexual assault instruction, she stated:

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant] in circumstances of a sexual nature, you must find [R.V.] guilty of sexual assault. [Emphasis added; p. 161.]

[58] After her instructions relating to sexual assault, the trial judge gave instructions on sexual interference and on invitation to sexual touching. In

Lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une allégation de directive erronée, la cour d’appel doit évaluer l’exposé dans son ensemble, d’un point de vue pratique, en se demandant si le jury a reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées, qui lui permettaient de trancher l’affaire, tout en gardant à l’esprit que c’est la teneur de l’exposé qui compte, non le respect d’une formule consacrée . . . [Je souligne.]

[55] En ce qui concerne l’exposé au jury dans son ensemble et sa teneur, je suis convaincu que la juge du procès a induit le jury en erreur en ce qui concerne l’accusation d’agression sexuelle en lui donnant la fausse impression que l’élément de « force » requis pour établir l’agression sexuelle était différent de l’élément de « toucher » requis pour établir les contacts sexuels et l’incitation à des contacts sexuels. Avec égards, en l’espèce, cette erreur constituait une absence de directives qui équivalait à des directives erronées.

[56] En donnant ses directives au jury concernant l’infraction d’agression sexuelle, la juge du procès a déclaré qu’elle était formée des éléments suivants :

[TRADUCTION]

- i. [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l’endroit de [la plaignante];
- ii. La force que [R.V.] a employée, de manière intentionnelle, l’a été dans des circonstances de nature sexuelle. [Je souligne.]

(d.a., p. 153)

[57] Dans son résumé à la fin des directives concernant l’agression sexuelle, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l’endroit de [la plaignante] dans des circonstances de nature sexuelle, vous devez déclarer [R.V.] coupable d’agression sexuelle. [Je souligne; p. 161.]

[58] À la suite des directives au sujet de l’agression sexuelle, la juge du procès a donné des directives concernant les contacts sexuels et l’incitation à des

her explanation for sexual interference, she stated that the elements were that the complainant was under 16 years old at the time, that R.V. “touched” the complainant and that the “touching” was for a sexual purpose (p. 162). She then provided the following definition of “touching”:

The contact may be direct, for example, touching with a hand or other body part, or indirect, for example, touching with an object. Force is not required but accidental touching is not enough. [Emphasis added; p. 164.]

[59] In her explanation for invitation to sexual touching, the trial judge stated that the elements were that the complainant was under 16 years old, that R.V. invited the complainant to “touch” his body and that the “touching” that R.V. invited was for a sexual purpose (p. 166). She then provided the following definition of “touching”:

The proposed touching must involve intentional physical contact with any part of a person’s body. Force is not required but accidental touching is not enough. [Emphasis added; p. 168.]

[60] In my respectful view, given the way the instructions were organized — an explanation of one count after another — the trial judge needed to instruct the jury on how the three offences related to each other. She should have either clarified the relationship between the elements of touching and force, or simply used the word “touching” to describe all three offences. Alternatively, since the trial judge chose not to provide a copy of the charge, she could have indicated on the decision tree that force and touching were, in effect, interchangeable terms. Without any of these clarifications, I am satisfied that the trial judge’s non-direction amounted to misdirection.

[61] This misdirection was compounded by the trial judge’s further error in leaving simple assault

contacts sexuels. Dans son explication sur les contacts sexuels, elle a déclaré que les éléments étaient que la plaignante était âgée de moins de 16 ans à l’époque, que R.V. s’était livré à des « attouchements » avec la plaignante et qu’il l’avait fait à des fins d’ordre sexuel (p. 162). Elle a ensuite donné la définition suivante de « toucher » :

[TRADUCTION] Un contact peut être direct, par exemple, avec la main ou une autre partie du corps, ou indirect, par exemple, avec un objet. L’emploi de la force n’est pas nécessaire, mais toucher accidentellement ne suffit pas. [Je souligne; p. 164.]

[59] Dans son explication sur l’incitation à des contacts sexuels, la juge du procès a déclaré que les éléments étaient que la plaignante était âgée de moins de 16 ans à l’époque, que R.V. avait incité la plaignante à « toucher » son corps et que les « attouchements » que R.V. avait incité la plaignante à faire l’étaient à des fins d’ordre sexuel (p. 166). Elle a ensuite défini comme suit le mot « toucher » :

[TRADUCTION] Toucher peut comprendre des contacts physiques intentionnels avec n’importe quelle partie du corps. L’emploi de la force n’est pas nécessaire, mais toucher accidentellement ne suffit pas. [Je souligne; p. 168.]

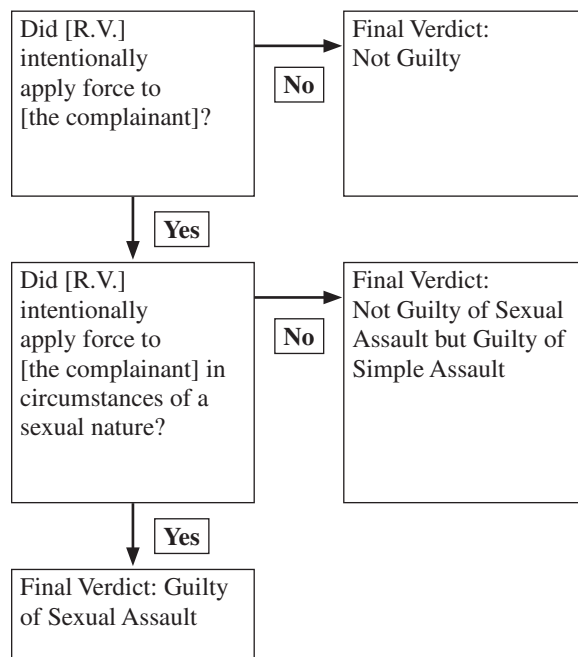
[60] À mon humble avis, étant donné la façon dont les directives étaient structurées — les chefs d’accusation ont été expliqués l’un après l’autre — la juge du procès devait expliquer au jury en quoi les trois infractions étaient liées entre elles. Elle aurait dû clarifier la relation entre les éléments de toucher et de force, ou simplement employer le mot « toucher » pour décrire les trois infractions. Subsidiairement, puisque la juge du procès a choisi de ne pas remettre au jury une copie de l’exposé, elle aurait pu indiquer dans l’arbre décisionnel que les mots « force » et « toucher » étaient, en fait, interchangeables. Sans ces précisions, je suis d’avis que l’absence de directives de la juge du procès équivalait à des directives erronées.

[61] À ces directives erronées s’est ajoutée l’erreur que la juge du procès a commise en laissant au jury

as an available verdict to the jury. In her instructions, she stated:

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant] in circumstances of a sexual nature, you must find [R.V.] not guilty of sexual assault, but guilty of assault. [Emphasis added; p. 161.]

[62] Not only did the trial judge instruct the jury on simple assault, she also included simple assault as an available verdict on the decision tree on sexual assault:



(A.R., at p. 223)

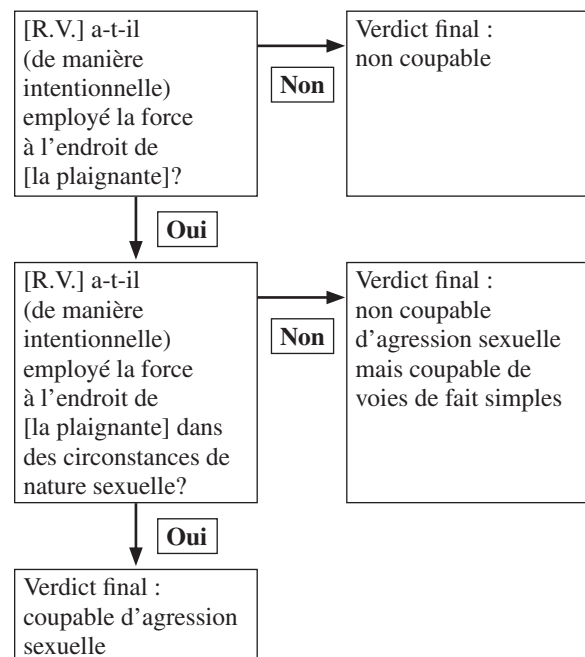
[63] Rather than correcting this error when the jury sent a question about the discrepancy between the decision tree on sexual assault and the verdict sheet, the trial judge deepened the error by adding simple assault to the verdict sheet. The inclusion of simple assault in the decision tree and verdict sheet

la possibilité de déclarer l'accusé coupable de voies de fait simples. Dans ses directives, elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l'endroit de [la plaignante] dans des circonstances de nature sexuelle, vous devez déclarer [R.V.] non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. [Je souligne; p. 161.]

[62] Non seulement la juge du procès a inclus les voies de fait dans les directives qu'elle a données au jury, mais elle les a aussi incluses dans les verdicts possibles de l'arbre décisionnel sur l'agression sexuelle :

[TRADUCTION]



(d.a., p. 223)

[63] Plutôt que de corriger cette erreur au moment où le jury a posé une question à propos de la divergence entre l'arbre décisionnel et la feuille de verdict relativement à l'agression sexuelle, la juge du procès a aggravé l'erreur en ajoutant le verdict de voies de fait à la feuille de verdict. L'inclusion du verdict

emphasized the difference between the use of the word “force” for sexual assault and the use of “touching” for the other two offences. Further, the decision tree repeatedly identified the requisite conduct for sexual and simple assault as “force”.

[64] I appreciate that the trial judge relied on pattern instructions. Trial judges understandably rely heavily on such instructions. However, pattern instructions are not a panacea: they must be molded to reflect the intricacies of each case (*R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at paras. 48-50; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at paras. 51-52; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 13). To the extent that pattern instructions are inapplicable to the facts or law at issue, they must be adjusted. In particular, trial judges must be careful to not put verdicts to the jury that do not arise on the evidence (*R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), at p. 625, aff’d [1994] 3 S.C.R. 516). Further, trial judges should avoid relying on pattern instructions that use the word “force” in sexual assault and “touching” in sexual interference and invitation to sexual touching because such instructions encourage confusion and erroneous reasoning. For these reasons, the trial judge’s reliance on pattern instructions was no insulation from legal error.

[65] Based on all of the foregoing, I am able to conclude with a high degree of certainty that the jury did not understand that any form of touching constituted the force required to make out the offence of sexual assault. In the circumstances of this case, it was essential that the jury be disabused of the notion that force is, in law, different from touching. The trial judge did not do so here. Respectfully, this non-direction amounted to a legal error.

de voies de fait dans l’arbre décisionnel et dans la feuille de verdict a mis en relief la différence entre l’emploi du mot « force » pour l’agression sexuelle et l’utilisation du mot « toucher » pour les deux autres infractions. De plus, la feuille de verdict indiquait à plusieurs reprises que la conduite requise pour établir les infractions d’agression sexuelle et de simples voies de fait était une conduite faisant intervenir la « force ».

[64] Je suis conscient que la juge du procès s’est fondée sur un modèle de directives. Il est compréhensible que les juges présidant les procès s’appuient fortement sur de tels modèles. Toutefois, ceux-ci ne sont pas universels : ils doivent être adaptés pour tenir compte des particularités de chaque affaire (*R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 48-50; *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 51-52; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 13). Si les modèles de directives sont inapplicables aux faits ou au droit en cause, ils doivent être adaptés. Plus particulièrement, les juges présidant les procès doivent se garder de proposer au jury des verdicts inappropriés au vu de la preuve (*R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), p. 625, conf. par [1994] 3 R.C.S. 516). En outre, les juges présidant les procès devraient éviter de recourir à des modèles de directives qui emploient le mot « force » relativement à l’agression sexuelle et le mot « toucher » relativement aux contacts sexuels et à l’incitation à des contacts sexuels, car de telles directives favorisent la confusion et un raisonnement erroné. Pour ces motifs, même si elle s’est appuyée sur un modèle de directives, la juge du procès n’était pas à l’abri d’une erreur de droit.

[65] Compte tenu de tout ce qui précède, je peux conclure, avec une certitude élevée, que le jury n’a pas compris que toute forme de contact équivalait à la force requise pour établir l’infraction d’agression sexuelle. Dans les circonstances de l’espèce, il était essentiel de détromper le jury qui croyait que la notion de force est, en droit, différente de la notion de contact. La juge du procès ne l’a pas fait ici. Avec égards, j’estime que cette absence de directives constituait une erreur de droit.

(2) The Legal Error Was Material and Isolated to the Acquittal, and It Reconciles the Apparent Inconsistency

[66] The legal error led the jury to return a verdict of acquittal on the sexual assault charge. The jury mistakenly believed that sexual assault, but not the other two charges, required force beyond mere touching. As a result, the jury acquitted R.V. of sexual assault: they were not satisfied beyond a reasonable doubt that he applied force, in the colloquial sense, to the complainant. On the same evidence, they convicted the accused of sexual interference and invitation to sexual touching because they were satisfied that he touched the complainant in circumstances of a sexual nature.

[67] Importantly, retracing the jury's reasoning in this way does not involve speculation or conjecture. The instructions explain exactly how the jury came to their verdict on the sexual assault charge:

If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that [R.V.] intentionally applied force to [the complainant], you must find him not guilty. Your deliberations would be over. [Emphasis added.]

(A.R., at p. 159)

[68] This was the only basis upon which the jury could have acquitted R.V. of sexual assault. The jury was instructed by the trial judge and by the decision tree that if they were not satisfied on the second element of sexual assault — whether the force was applied *in circumstances of a sexual nature* — the final verdict would be not guilty of sexual assault but guilty of assault. Since the jury did not find R.V. guilty of simple assault, the rational inference is that they were not satisfied of the force element and acquitted R.V. on that basis.

(2) L'erreur de droit était significative et limitée à l'acquittal, et elle permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles

[66] L'erreur de droit a amené le jury à rendre un verdict d'acquittal à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle. Le jury a cru à tort que l'accusation d'agression sexuelle, contrairement aux deux autres accusations, exigeait l'emploi d'une force allant au-delà d'un simple contact. Par conséquent, le jury a acquitté R.V. d'agression sexuelle : il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que R.V. avait employé la force, au sens courant du mot, à l'endroit de la plaignante. S'appuyant sur la même preuve, le jury a déclaré l'accusé coupable de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels parce qu'il était convaincu que l'accusé avait eu des contacts avec la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle.

[67] Fait important, il n'est pas nécessaire de se livrer à des suppositions ou à des conjectures pour reconstituer le raisonnement du jury. Les directives expliquent exactement de quelle façon le jury en est arrivé à son verdict quant à l'accusation d'agression sexuelle :

[TRADUCTION] Si vous n'êtes pas convaincus, hors de tout doute raisonnable, que [R.V.] a, de manière intentionnelle, employé la force à l'endroit de [la plaignante], vous devez le déclarer non coupable. Vos délibérations prendraient ainsi fin. [Je souligne.]

(d.a., p. 159)

[68] Il s'agit du seul fondement sur lequel le jury pouvait s'appuyer pour acquitter R.V. d'agression sexuelle. Selon les directives reçues de la juge du procès et l'arbre décisionnel, si le jury n'était pas convaincu quant au deuxième élément de l'accusation d'agression sexuelle — à savoir si la force avait été employée *dans des circonstances de nature sexuelle* — il devait déclarer l'accusé non coupable d'agression sexuelle, mais coupable de voies de fait. Puisque le jury n'a pas déclaré R.V. coupable de voies de fait, il est logique de déduire qu'il n'était pas convaincu quant à l'élément de force et qu'il a acquitté R.V. pour ce motif.

[69] Further, the legal error was isolated to the acquittal. The trial judge's instructions on sexual interference and invitation to sexual touching were legally correct in that the jury was properly instructed on the essential elements of those offences and on the evidence. The error in the instruction on sexual assault did not colour the instructions on the remaining offences. I can thus conclude, to a high degree of certainty, that the error pertained solely to the sexual assault charge, not to the sexual interference or sexual invitation charges.

[70] Finally, the legal error reconciles the apparent inconsistency in that the jury did not find R.V. both guilty and not guilty of the same conduct. The jury found R.V. guilty of sexual touching. It found him not guilty of applying force, in the colloquial sense, to the complainant in circumstances of a sexual nature. Force beyond touching was lacking, hence the acquittal; mere touching was not lacking, hence the convictions. Those two findings are consistent.

[71] In sum, the framework I have set out is satisfied and accordingly the convictions are not actually inconsistent with the acquittal.

[72] Since I have found that the verdicts are not actually inconsistent, the convictions are not unreasonable on that basis. R.V. does not allege any other basis by which his convictions might be unreasonable, and for good reason: they are supportable on the evidence tendered at trial and consistent with the jury instructions on those two offences. Accordingly, R.V.'s appeal from his convictions should have been dismissed.

(3) The Applicable Remedy

[73] I turn now to the appropriate disposition for the sexual assault charge. As I explained, the ordinary

[69] En outre, l'erreur de droit était restreinte à l'acquittal. Les directives de la juge du procès quant aux accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels étaient fondées en droit puisque le jury a reçu des directives appropriées relativement aux éléments essentiels de ces infractions et à la preuve. L'erreur commise dans les directives sur l'agression sexuelle n'a pas entaché les directives concernant les autres infractions. Je peux donc conclure, avec une certitude élevée, que l'erreur concernait uniquement l'accusation d'agression sexuelle, et non les accusations de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels.

[70] Enfin, l'erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles en ce sens que le jury n'a pas déclaré R.V. à la fois coupable et non coupable des mêmes actes. Le jury a déclaré R.V. coupable d'avoir touché la plaignante sexuellement. Il ne l'a pas déclaré coupable d'avoir employé la force, au sens courant du mot, à l'endroit de la plaignante dans des circonstances de nature sexuelle. L'acquittal est attribuable à l'absence de l'emploi d'une force allant au-delà du toucher; les déclarations de culpabilité sont attribuables à la présence de simples attouchements. Ces deux conclusions sont compatibles.

[71] En somme, le cadre que j'ai établi est respecté et, en conséquence, les déclarations de culpabilité ne sont pas réellement incompatibles avec l'acquittal.

[72] Puisque j'ai conclu que les verdicts ne sont pas réellement incompatibles, les déclarations de culpabilité ne sont pas déraisonnables pour ce motif. R.V. n'invoque aucun autre motif pour lequel ses déclarations de culpabilité pourraient être déraisonnables, et pour cause : elles peuvent s'appuyer sur la preuve produite au procès et sont compatibles avec les directives données au jury relativement à ces deux infractions. Par conséquent, l'appel interjeté par R.V. contre ses déclarations de culpabilité aurait dû être rejeté.

(3) La réparation applicable

[73] Je passe maintenant à la décision qu'il convient de rendre sur l'accusation d'agression sexuelle.

remedy in cases such as this — where the Crown has cross-appealed and reconciled the inconsistent verdicts by isolating an error of law to the acquittal — is to let the conviction stand and send just the acquittal back for retrial. However, the circumstances of this case justify the Court entering a stay of the proceeding rather than ordering a retrial.

[74] Under s. 686(8) of the *Criminal Code*, a court of appeal has the power whenever it exercises “any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7) [to] make any order, in addition, that justice requires”. The *Criminal Code* also vests that power in this Court (s. 695(1)). For an appellate court to issue an order under its s. 686(8) residual power, three requirements must be met (*R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535). First, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7). Second, the order issued must be ancillary to the triggering power. Consistent with the provision’s “broad remedial purpose”, this Court has taken a flexible approach in determining whether the order is “in addition” to the exercise of the triggering power (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 30). In particular, the additional order need not directly advance the exercise of the triggering power (*Hinse*, at paras. 31-32; see, e.g., *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 615-18; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at pp. 19-21; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483, at pp. 483-84). It is enough that the ancillary order not be “at direct variance with the court’s underlying judgment” (*Thomas*, at para. 17; see also *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at paras. 72-74). Third and finally, the order must be one that “justice requires”.

[75] Here, the three requirements justify ordering a stay of proceedings on the sexual assault charge. First, the Court’s s. 686(8) residual jurisdiction is triggered by allowing the Crown’s appeal and setting aside the acquittal under s. 686(4)(b). Section 686(8) provides for residual jurisdiction where the appellate

Comme je l’ai expliqué, la réparation habituelle dans des cas comme celui qui nous occupe — où la Couronne a interjeté un appel incident et concilié les verdicts incompatibles en limitant l’erreur de droit à l’acquittal — consiste à maintenir la déclaration de culpabilité et à renvoyer le verdict d’acquittal pour nouvelle instruction. Cependant, eu égard aux circonstances de l’espèce, il est justifié pour la Cour d’ordonner l’arrêt des procédures plutôt que la tenue d’un nouveau procès.

[74] Aux termes du par. 686(8) du *Code criminel*, lorsqu’une cour d’appel exerce « des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». Le *Code criminel* confère aussi ce pouvoir à notre Cour (par. 695(1)). Pour qu’une cour d’appel rende une ordonnance en vertu du pouvoir résiduel que lui confère le par. 686(8), trois conditions doivent être réunies (*R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535). Premièrement, la cour doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par le par. 686(2), (4), (6) ou (7). Deuxièmement, l’ordonnance rendue doit être accessoire à l’exercice de ce pouvoir. Conformément à la « fin réparatrice générale » qui sous-tend la disposition, notre Cour a adopté une approche souple pour déterminer si l’ordonnance a été rendue « en outre » de l’exercice du pouvoir conféré par la disposition (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 30). Plus précisément, il n’est pas nécessaire que l’ordonnance additionnelle devance directement l’exercice du pouvoir (*Hinse*, par. 31-32; voir, p. ex., *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 615-618; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, p. 19-21; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483, p. 483-484). Il suffit que l’ordonnance accessoire rendue par la cour d’appel ne soit pas « directement incompatible avec son jugement sous-jacent » (*Thomas*, par. 17; voir aussi *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 72-74). En troisième et dernier lieu, l’ordonnance doit en être une que « la justice exige ».

[75] En l’espèce, les trois conditions justifient que soit ordonné l’arrêt des procédures relativement à l’accusation d’agression sexuelle. Premièrement, l’exercice du pouvoir résiduel que confère à la Cour le par. 686(8) est déclenché par l’admission de l’appel incident formé par la Couronne et la mise de côté

court “exercises any of the powers conferred by subsection . . . (4)”. Allowing an appeal and setting aside the verdict of acquittal constitutes one of those powers. It therefore triggers s. 686(8) jurisdiction even without a further order of new trial (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, at para. 39; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 22).

[76] Consistent with the second requirement, ordering a stay would be ancillary to the triggering power under s. 686(4). Staying the proceeding would not be at direct variance with the judgment setting aside the acquittal. This Court has previously held that an ancillary order is at direct variance with the underlying judgment when an appellate court sets aside a conviction and orders a retrial limited to entering one of two possible convictions (*Warsing*, at para. 73). Because setting aside a conviction returns the accused to a condition of presumptive innocence, an appellate court does not have jurisdiction under s. 686(8) to set aside a conviction and then deny the jury the option of finding the accused not guilty (*Thomas*, at para. 22). However, staying a proceeding is not at odds with setting aside an acquittal. Setting aside an acquittal, like setting aside a conviction, puts the accused in a position of presumptive innocence. As staying a proceeding is tantamount to a finding of not guilty, it is perfectly consistent with the presumptive innocence that attaches when this Court sets aside the acquittal (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 147-48; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, at p. 1601; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207, at para. 1). Ordering a stay is therefore “in addition” to — that is, ancillary to — the power exercised under s. 686(4).

[77] Finally, justice requires a stay of this proceeding. Before the Court of Appeal, the Crown represented that it would not seek to retry the sexual assault charge in the event of a retrial order

du verdict d’acquittement au titre de l’al. 686(4)b). Le paragraphe 686(8) confère un pouvoir résiduel à la cour d’appel qui « exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe [. . .] (4) ». Admettre un appel et écarter le verdict d’acquittement constituent l’un de ces pouvoirs, lequel déclenche l’exercice du pouvoir conféré par le par. 686(8) sans que la tenue d’un nouveau procès ait été ordonnée (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 39; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 22).

[76] Conformément à la deuxième condition, ordonner l’arrêt des procédures serait accessoire à l’exercice du pouvoir conféré par le par. 686(4). L’arrêt des procédures ne serait pas directement incompatible avec le jugement écartant l’acquittement. Notre Cour a déjà statué qu’une ordonnance accessoire est directement incompatible avec le jugement sous-jacent si une cour d’appel annule une déclaration de culpabilité et ordonne la tenue d’un nouveau procès dont l’issue est limitée à l’un des deux verdicts de culpabilité possibles (*Warsing*, par. 73). Puisque l’annulation d’une déclaration de culpabilité rétablit le droit de l’accusé à la présomption d’innocence, une cour d’appel n’a pas le pouvoir, au titre du par. 686(8), d’annuler une déclaration de culpabilité et d’empêcher le jury de déclarer l’accusé non coupable (*Thomas*, par. 22). Cependant, un arrêt des procédures n’est pas incompatible avec la mise de côté d’un acquittement. La mise de côté d’un acquittement, tout comme l’annulation d’une déclaration de culpabilité, rétablit le droit de l’accusé à la présomption d’innocence. Comme un arrêt des procédures équivaut à un verdict de non-culpabilité, il est tout à fait compatible avec le droit à la présomption d’innocence qui est rétabli lorsque notre Cour écarte un acquittement (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 147-148; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1601; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207, par. 1). L’arrêt des procédures est donc ordonné « en outre » du — c’est-à-dire accessoire au — pouvoir exercé au titre du par. 686(4).

[77] Enfin, la justice exige l’arrêt des procédures en l’espèce. Devant la Cour d’appel, la Couronne a déclaré qu’elle ne demanderait pas la tenue d’un nouveau procès relativement à l’accusation d’agression

(para. 179, per Rouleau J.A., dissenting). It has repeated that representation before this Court (transcript, at p. 44). Bearing that in mind, I am satisfied that ordering a retrial on the sexual assault charge would needlessly risk an abuse of process application (see *Jewitt*, at p. 148). It would also bring no benefit to the administration of justice. Taking those factors together, justice requires a stay rather than sending the charge back for retrial.

V. Conclusion

[78] It is incumbent upon the Crown as a participant in the justice system to make the trial process less burdensome, not more. The Crown fails in that regard when it proceeds with duplicative counts. Doing so not only increases the length of the trial; it also places a greater burden on trial judges and juries by increasing, as it does, the complexity of jury instructions (*Rodgerson*, at para. 46). Drafting jury instructions is difficult. Trial judges must deal with pressures to ensure the instructions are comprehensive and comprehensible, despite limited resources and time constraints (*Rodgerson*, at para. 50).

[79] Moreover, as the Court of Appeal majority observed, correctly in my view, the Crown proceeding on duplicative counts, in jury trials such as this one, is a recipe for inconsistent verdicts. Such duplication is particularly illogical where, as here, this Court's decision in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, will result in at least one of the charges being stayed at the sentencing stage. The framework I have described outlines a solution to the problem presented by inconsistent verdicts, but the optimal solution would be for the Crown to avoid needless duplication in the first place (*Rodgerson*, at para. 45).

sexuelle dans l'éventualité où un nouveau procès serait ordonné (par. 179, le juge Rouleau, dissident). Elle a réitéré sa position devant notre Cour (transcription, p. 44). À la lumière de ce qui précède, je suis convaincu qu'ordonner un nouveau procès relativement à l'accusation d'agression sexuelle risquerait inutilement d'entraîner la présentation d'une requête pour abus de procédure (voir *Jewitt*, p. 148). Cela n'apporterait non plus aucun avantage sur le plan de l'administration de la justice. Compte tenu de tous ces facteurs, la justice exige un arrêt des procédures plutôt que le renvoi de l'accusation pour nouvelle instruction.

V. Conclusion

[78] Il incombe à la Couronne, à titre d'actrice du système de justice, d'alléger le procès, et non de le rendre plus onéreux. La Couronne échoue à cet égard lorsqu'elle intente un procès sur des chefs d'accusation qui se chevauchent. En procédant ainsi, non seulement elle prolonge la durée du procès, mais elle alourdit aussi le fardeau imposé au juge du procès et au jury en augmentant, comme elle le fait, la complexité des directives adressées au jury (*Rodgerson*, par. 46). La rédaction des directives au jury est une tâche difficile. Le juge du procès doit veiller à rédiger des directives à la fois complètes et compréhensibles, malgré les ressources limitées et les contraintes de temps (*Rodgerson*, par. 50).

[79] De plus, comme l'ont fait observer les juges majoritaires de la Cour d'appel, avec raison selon moi, le fait que la Couronne intente un procès sur des chefs d'accusation qui se chevauchent, dans les cas comme celui qui nous occupe, ouvre la porte à des verdicts incompatibles. Un tel chevauchement est particulièrement illogique lorsque, comme en l'espèce, l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, de notre Cour, entraînera l'arrêt des procédures pour au moins un des chefs d'accusation à l'étape de la détermination de la peine. Le cadre que j'ai décrit offre une solution au problème que présentent les verdicts incompatibles, mais la solution idéale serait que la Couronne évite de multiplier inutilement les chefs d'accusation (*Rodgerson*, par. 45).

[80] The Crown's appeal is allowed, the Court of Appeal's order is set aside, and R.V.'s convictions are restored. The acquittal on R.V.'s charge of sexual assault is set aside and the proceeding on that charge is stayed, and the matter is remitted to the Court of Appeal for R.V.'s sentence appeal.

The reasons of Brown and Kasirer JJ. were delivered by

BROWN J. (dissenting in part) —

[81] That the verdicts in this case are inconsistent is not in dispute. What divides us is what to do about it — or, more precisely, what a court *can* and *cannot* do about it. Our jurisprudence and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, compel an inescapable, if unfortunate, result: a new trial on all three charges. My colleagues find such a result unpalatable — *so* unpalatable, that they seek to escape the otherwise inescapable by effectively overruling aspects of the relevant jurisprudence (notably, *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215), and eliding the limits of the *Code* — indeed, re-writing (or, more accurately, *re-legislating*) one of the *Code*'s limits on curial jurisdiction.

[82] Specifically, my colleagues restore the respondent's convictions on the basis that the verdicts are *not inconsistent in the minds of the jury*, and are therefore reasonable. But this ignores that *the inconsistency* of the verdicts is *the very reason* this appeal is before us. Again, there is no dispute that the verdicts are inconsistent. And yet, the fact of the inconsistency sends my colleagues off on a search to discover why the inconsistency exists. This is possible, they say, because what matters is *not* the actual legal elements of the offences themselves, but *instead* how they were likely understood *in the minds of the jury* — as can best be guessed by the reviewing court. And having pasted together a plausible explanation for why the jury reached inconsistent verdicts, it follows (*ex hypothesi*) that what appear

[80] Le pourvoi de la Couronne est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, et les déclarations de culpabilité de R.V. sont rétablies. Le verdict d'acquiescement de R.V. relativement à l'accusation d'agression sexuelle est écarté et l'arrêt des procédures est ordonné quant à cette accusation. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle tranche l'appel formé par R.V. à l'égard de la peine.

Version française des motifs des juges Brown et Kasirer rendus par

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

[81] Nul ne conteste l'incompatibilité des verdicts en l'espèce. Ce qui nous divise, c'est ce que nous pouvons y faire — ou, plus précisément, ce qu'un tribunal *peut* y faire et *ne peut pas* y faire. Notre jurisprudence et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, nous imposent un résultat inéluctable, quoique malheureux : la tenue d'un nouveau procès quant aux trois chefs d'accusation. Mes collègues trouvent ce résultat déplaisant — *tellement* déplaisant qu'ils cherchent à éviter ce qui est inévitable par ailleurs en infirmant de fait des aspects de la jurisprudence pertinente (notamment l'arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215), et en éludant les limites du *Code* — voire en reformulant (ou, plus exactement, en *relégiférant*) une des limites que le *Code* impose à la compétence des tribunaux.

[82] Plus particulièrement, mes collègues rétablissent les déclarations de culpabilité de l'intimé au motif que les verdicts *ne* sont *pas incompatibles dans l'esprit des jurés* et sont, par conséquent, raisonnables. Toutefois, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que *l'incompatibilité* des verdicts *est justement la raison* pour laquelle nous sommes saisis du présent pourvoi. Je le répète : nul ne conteste l'incompatibilité des verdicts. Pourtant, cette incompatibilité pousse mes collègues à se lancer dans une quête pour en découvrir la raison d'être. Ceci est possible, affirment-ils, parce que ce qui importe, ce *ne* sont *pas* les éléments juridiques des infractions elles-mêmes, mais *plutôt* comment ils ont été vraisemblablement compris *dans l'esprit des jurés* — selon les meilleures hypothèses du tribunal de révision. Ayant

to be inconsistent verdicts are no longer inconsistent: they are reconcilable, by pointing to misdirection.

[83] This, however, ignores the appeals scheme of the *Criminal Code* and the law as it stands, which make clear that it simply does not matter why the inconsistency exists, or whether it can be explained away with a “high degree of certainty” (majority reasons, at para. 33). To explain, the *Code* codifies the common law rule of jury secrecy and provides asymmetrical rights of appeal to a convicted person and the Crown (s. 649 and *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; ss. 675 and 676). These rules inform the remedies available on appeal, which depend on whether an appeal is from a conviction or an acquittal, and whether an appeal is from the verdict of a judge alone or a jury (ss. 686(2) to (4)). To succeed on an appeal from acquittal, the Crown must establish legal error that “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing” on the verdict (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). And, of significance here, where the Crown successfully appeals from a verdict of acquittal by a jury, the only available remedy is a new trial (s. 686(4)(b)(i)).

[84] It is plain from this scheme that Parliament’s crafting of the appeals provisions in the *Code* was governed by a fundamental truth about jury trials: we can never know for certain how a jury reached its verdict. A reviewing court can, of course, examine the verdict and the record, including the evidence, the arguments of counsel and the instructions of the trial judge. But a reviewing court cannot inquire into the jury’s reasons for arriving at the verdict (*Pan*, at para. 46). This is why, where the Crown successfully establishes legal error that meets the *Graveline* threshold, a conviction cannot be substituted for the acquittal. Again, Parliament, in specifying a new trial

élaboré tant bien que mal une explication plausible de la raison pour laquelle le jury est arrivé à des verdicts incompatibles, il s’ensuivrait (*par hypothèse*) que les verdicts qui paraissent incompatibles ne le sont plus : ils sont conciliables, pour cause de directives erronées.

[83] Toutefois, ce raisonnement fait abstraction du régime d’appels prévu au *Code criminel* et du droit dans son état actuel, qui prévoient clairement que la raison d’être de l’incompatibilité, ou la question de savoir si l’incompatibilité peut être expliquée avec une « certitude élevée » (motifs majoritaires, par. 33), n’ont tout simplement aucune importance. En clair, le *Code* codifie la règle de common law du secret des délibérations du jury et confère des droits asymétriques d’appel à la personne déclarée coupable et au ministère public (art. 649 et *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; art. 675 et 76). Ces règles dictent les réparations susceptibles d’être accordées en appel, selon qu’il s’agit de l’appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un acquittement, et selon qu’il s’agit du verdict d’un juge seul ou d’un jury (par. 686(2) à (4)). Pour avoir gain de cause en appel d’un acquittement, le ministère public doit établir une erreur de droit dont « il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, qu[’elle a] eu une incidence significative » sur le verdict (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Qui plus est, et ceci revêt de l’importance en l’espèce, lorsque le ministère public a gain de cause en appel d’un verdict d’acquittal par un jury, la seule réparation possible est la tenue d’un nouveau procès (sous-al. 686(4)(b)(i)).

[84] Il ressort clairement de ce régime que la manière dont le Parlement a élaboré les dispositions du *Code* en matière d’appels a été régie par une vérité fondamentale à propos des procès devant jury : on ne peut jamais savoir avec certitude comment un jury est arrivé à son verdict. Un tribunal de révision peut, bien entendu, examiner le verdict et le dossier, y compris la preuve, les plaidoiries des avocats et les directives du juge du procès. Cependant, un tribunal de révision ne peut pas examiner les raisons pour lesquelles le jury est arrivé à ce verdict (*Pan*, par. 46). Voilà pourquoi, lorsque le ministère public a établi avec succès une erreur de droit qui répond au

as the *sole* remedy, proceeded on the basis that — unlike in a judge alone trial — a reviewing court can only speculate about why the jury acquitted the accused. As a majority of this Court said in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, it cannot “predict with certainty what happened in the jury room”.

[85] The significance of all of this is as follows: my colleagues think they know the precise effect and extent of the trial judge’s legal error in misdirecting the jury. But while they may *think* they know this (even to the “high degree of certainty” that they claim), and while I may think that my colleagues’ suppositions may well have merit, none of this matters. In crafting the *Code*’s provisions governing appeals from jury verdicts, Parliament did not care about the *degrees* of certainty at the reviewing court. What Parliament thought significant is that the absence of reasons for judgment by a jury means a reviewing court can never be *certain* what was in the minds of the jury. My colleagues undermine that clear legislative intent.

[86] My colleagues’ line of reasoning also does violence to *J.F.* They dispute this, saying that *J.F.* (and, for that matter, *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381) should not be read as precluding the review of jury instructions in assessing the consistency of verdicts. But that is not the issue here, and indeed nobody suggests such a reading. In *Pittiman* and *J.F.*, proper instruction is said to be presumed *for the purposes of determining whether the verdicts are actually legally inconsistent*. This is the basis on which a reviewing court can determine, as here, that a conviction for sexual interference and an acquittal for sexual assault arising out of the same delict are fundamentally inconsistent.

critère de l’arrêt *Graveline*, on ne peut substituer une déclaration de culpabilité à l’acquiescement. Encore une fois, le Parlement, en précisant que la tenue d’un nouveau procès est la *seule* réparation, s’est appuyé sur le fait que — contrairement au procès devant un juge seul — un tribunal de révision ne peut que conjecturer les raisons pour lesquelles le jury a acquitté l’accusé. Comme les juges majoritaires de notre Cour l’ont affirmé dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374, il ne peut « prédi[re] avec certitude ce qui s’est passé dans la salle de délibérations ».

[85] L’importance de tout ceci tient à ce qui suit : mes collègues croient connaître l’effet et la portée précis de l’erreur de droit commise par la juge du procès en donnant des directives erronées au jury. Toutefois, bien qu’ils *croient* connaître ceci (même avec la « certitude élevée » qu’ils prétendent avoir), et bien que je puisse penser que les suppositions de mes collègues sont peut-être fondées, rien de tout ceci n’importe. En élaborant les dispositions du *Code* régissant les appels de verdicts rendus par un jury, le Parlement n’accordait aucune importance aux *degrés* de certitude du tribunal de révision. Ce que le Parlement croyait important est que l’absence de motifs de jugement par un jury signifie qu’un tribunal de révision ne peut jamais être *certain* de ce qu’avaient à l’esprit les jurés. Mes collègues contrecarrent cette intention claire du législateur.

[86] Le raisonnement de mes collègues fait en outre entorse à l’arrêt *J.F.* Ils contestent cette thèse, affirmant que l’arrêt *J.F.* (et, tant qu’à y être, *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381) ne doit pas être interprété comme empêchant l’examen des directives au jury dans l’évaluation de la compatibilité des verdicts. Ce n’est toutefois pas ce qui est en litige en l’espèce, et personne ne préconise d’ailleurs une telle interprétation. Dans *Pittiman* et *J.F.*, il est dit que les directives sont présumées être appropriées *pour déterminer si les verdicts sont effectivement incompatibles sur le plan juridique*. Tel est le fondement sur lequel un tribunal de révision peut conclure, comme en l’espèce, qu’une déclaration de culpabilité pour contacts sexuels et un acquiescement pour agression sexuelle découlant du même délit sont fondamentalement incompatibles.

[87] But my colleagues *also* say — and here they *do* run afoul of *J.F.*, their protestations to the contrary notwithstanding — that *J.F.* does not preclude an inquiry into *why* a jury returned inconsistent verdicts, pointing to the absence of a clear error in the jury instructions in that case as explaining why the Court could not embark upon the same inquiry that my colleagues do here. This is a plainly erroneous reading of Fish J.’s reasoning for the Court in that case, where he wrote that “[i]n any event, as a matter of legal process and the legitimacy of verdicts, I would decline to uphold the respondent’s conviction on the ground that it can be reconciled with his acquittal on another count of the same indictment *on the basis of a legal error at trial*” (para. 21 (underlining added)). The insertion of the phrase “in any event” could not be clearer: the existence of a legal error does not reconcile inconsistent verdicts. That is an aspect of *J.F.* which my colleagues, albeit without acknowledging as much, effectively overrule.

[88] The novelty of the framework now developed by my colleagues is revealed in their analogy to the reasoning of Paciocco J.A. in *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, wherein he held that “close examination of the trial judge’s reasons for judgment and court record [may provide a] rational or logical basis that can reconcile the verdicts” (para. 28 (emphasis added)). But, as his reasons indicate, that was a case in which *a judge, sitting alone*, rendered inconsistent verdicts. At the risk of stating the obvious, this is inapplicable to juries. But my colleagues are undeterred: “. . . so long as the reviewing court is able to retrace the jury’s reasoning to the high degree of certainty required”, the appellate review is akin to considering the reasons of a trial judge (para. 39 (emphasis added)). But retracing *a jury’s* reasoning, irrespective of the “degree of certainty”, is a type of review that: (1) Parliament has precluded; (2) this Court has never sanctioned; and (3) is, as a practical matter, impossible. On that last point — practical impossibility — my colleagues’ framework requires a reviewing court to be able to “exclude all other reasonable explanations for how

[87] Toutefois, mes collègues *ajoutent* — et, à cet égard, ils vont *effectivement* à l’encontre de l’arrêt *J.F.*, en dépit de leurs protestations au contraire — que l’arrêt *J.F.* n’empêche pas d’examiner *pourquoi* un jury a rendu des verdicts incompatibles, soulignant l’absence d’erreur manifeste dans les directives au jury dans cette affaire comme explication de la raison pour laquelle la Cour ne pouvait pas entreprendre le même examen que mes collègues font en l’espèce. Il s’agit d’une interprétation manifestement erronée du raisonnement du juge Fish dans cette affaire, où ce dernier a écrit, au nom de la Cour, que « [d]e toute manière, pour des raisons tenant au processus judiciaire et à la légitimité des verdicts, je refuserais de confirmer la déclaration de culpabilité de l’intimé au motif *qu’une erreur de droit commise au procès* permet de la concilier avec son acquittement quant à un autre chef figurant dans le même acte d’accusation » (par. 21 (italiques ajoutés)). L’insertion de la formule « de toute manière » ne peut être plus claire : l’existence d’une erreur de droit ne permet pas de concilier des verdicts incompatibles. C’est un aspect de l’arrêt *J.F.* que mes collègues, sans toutefois le reconnaître, infirment en fait.

[88] Le caractère inédit du cadre élaboré aujourd’hui par mes collègues se manifeste dans leur analogie au raisonnement du juge d’appel Paciocco dans *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 365 C.C.C. (3d) 437, où ce dernier a statué que [TRADUCTION] « l’examen attentif des motifs de jugement du juge du procès et du dossier du tribunal [peut fournir] un motif rationnel ou logique susceptible de concilier les verdicts » (par. 28 (je souligne)). Toutefois, comme l’indiquent les motifs du juge Paciocco, il s’agissait d’une affaire dans laquelle *un juge, siégeant seul*, avait rendu des verdicts incompatibles. Au risque d’énoncer une évidence, ceci ne s’applique pas aux jurys. Mes collègues ne se laissent cependant pas décourager : “. . . pourvu que le tribunal de révision puisse reconstituer le raisonnement du jury avec la certitude élevée requise », le contrôle en appel est analogue à un examen des motifs du juge du procès (par. 39 (je souligne)). Cependant, la reconstitution du raisonnement *d’un jury*, indépendamment du « degré de certitude », est un type de contrôle (1) que le Parlement a exclu, (2) que notre Cour n’a jamais sanctionné et (3) qui est, en pratique,

the jury rendered its verdicts” (para. 35). But of course, that will never be possible. The best they can do is guess. And here, the possibility that the jury could have nullified or compromised (concluding, for example, that two convictions for approximately the same delict were sufficient, and three excessive) is, on my colleagues’ guess, unreasonable, and thus ruled out.

[89] My colleagues respond by stating that commonplace appellate matters “requir[e] a reviewing court to consider . . . whether [jury members] might reasonably have changed their minds if the trial had unfolded differently” (para. 37), and point to (*inter alia*) the *Graveline* threshold of whether an error might reasonably be thought to have affected the result. This is, of course, true. But that proposition is not what divides us here. Pointing to instances that require reviewing courts to consider whether an error or omission might *reasonably be thought* to have affected the result (and, if so, whether a *new trial* should follow) is a distraction. My colleagues, with respect, are doing something quite different. Specifically, they say that, despite convictions and an acquittal for the same delict, and despite the existence of a legal error at trial, it is possible for them to conclude that the jury *certainly* thought the respondent is guilty. There is a world of difference between an appellate court saying (1) “this error, viewed objectively, may have made a difference to the jury”, and (2) “I know what this jury, viewed subjectively, was thinking”. The latter is unprecedented. Indeed, were this simply the “routine” matter that my colleagues say it is (at para. 38), they would not have to invent a new framework — let alone a new framework that breaks from this Court’s precedent — to do it.

impossible. Sur ce dernier point — l’impossibilité en pratique — le cadre établi par mes collègues exige que le tribunal de révision puisse « exclure toutes les autres explications raisonnables quant à la manière dont le jury a rendu ses verdicts » (par. 35). Toutefois, bien entendu, cela ne sera jamais possible. Le mieux qu’ils puissent faire, c’est deviner. Et, en l’espèce, la possibilité que le jury ait pu prononcer une annulation ou rendre un verdict de compromis (concluant, par exemple, que deux déclarations de culpabilité pour à peu près le même délit suffisaient, et que trois étaient excessives) est, suivant la conjecture de mes collègues, déraisonnable et exclue en conséquence.

[89] Mes collègues répondent en affirmant que chacune de ces questions courantes en matière d’appel « exige du tribunal de révision qu’il examine [. . .] si [les membres du jury] aurai[ent] pu changer d’avis si le procès s’était déroulé autrement » (par. 37), et signalent le critère de l’arrêt *Graveline* suivant lequel le tribunal de révision se demande s’il serait raisonnable de penser que l’erreur a eu une incidence sur le résultat. Cette supposition est certes vraie, mais ce n’est pas ce qui nous divise en l’espèce. Parler de questions qui exigent du tribunal de révision qu’il se demande s’il *est raisonnable de penser* qu’une erreur ou une omission a eu une incidence sur le résultat (et, le cas échéant, si un *nouveau procès* devrait être tenu) ne fait que détourner notre attention. Soit dit en tout respect, mes collègues adoptent une approche très différente. Plus précisément, ils disent que, même si des déclarations de culpabilité et un acquittement ont été prononcés à l’égard du même délit, et même si une erreur de droit a été commise lors du procès, il leur est possible de conclure que le jury croyait *sûrement* que l’intimé était coupable. Il y a une différence énorme entre le fait pour une cour d’appel d’affirmer (1) que « l’erreur en question, considérée objectivement, aurait pu influencer le jury » et le fait de dire (2) « je sais, subjectivement, ce que pensait le jury ». Cette dernière affirmation est sans précédent. En effet, s’il s’agissait d’une considération « courante » comme le soutiennent mes collègues (par. 38), ils n’auraient pas à créer un nouveau cadre — encore moins un nouveau cadre qui rompt avec la jurisprudence de notre Cour.

[90] My colleagues go further still to avoid being taken as having overruled *J.F.* on this point, insisting that nothing in their analysis “suggests that an error of law in the instructions to the jury necessarily makes improper verdicts proper or inconsistent verdicts consistent” — which would, of course, be contradictory to *J.F.* — because “[i]f the error can be isolated to the acquittal, it is not the error itself that reconciles the verdicts, but rather the further determination that the error did not affect the conviction” (para. 40). But there is simply no meaningful difference between (1) finding that an error reconciles inconsistent verdicts, and (2) finding them reconciled by the “determination that the error did not affect the conviction”. Under their framework of analysis, an error is found, the jury’s reasoning is (somehow) carefully retraced and reconstructed, and a determination is made that — in the jury’s minds — the offences were different. The error reconciles the inconsistent verdicts.

[91] My colleagues conclude as much here, finding that in this case “the legal error reconciles the apparent inconsistency” (para. 70). This holding is manifestly inconsistent with *J.F.*, where Fish J. wrote that “[i]mproper instructions do not make . . . inconsistent verdicts consistent” (para. 23). It is also at odds with *Pittiman*, where Charron J. offered the following routes to reconcile potentially inconsistent verdicts in the case of a single accused charged with multiple offences: the offences may be “temporally distinct, or . . . qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses” (para. 8). I note the omission in Charron J.’s reasons of any reference to considering jury instructions; indeed, it could not have occurred to her to do so, since (until now) verdicts like those in the case at bar were considered *actually* inconsistent, not *potentially* or *apparently* inconsistent.

[90] Mes collègues vont encore plus loin pour éviter que l’on interprète leurs propos comme ayant infirmé l’arrêt *J.F.* sur ce point, insistant que rien dans leur analyse « ne laisse entendre qu’une erreur de droit dans les directives au jury permet nécessairement de valider des verdicts incorrects ou de remédier à l’incompatibilité des verdicts » — ce qui, bien entendu, ferait entorse à l’arrêt *J.F.* — car « [s]i l’erreur peut être restreinte à l’acquittement, ce n’est pas l’erreur elle-même qui permet de concilier les verdicts, mais plutôt la conclusion selon laquelle l’erreur n’a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité » (par. 40). Cependant, il n’y a tout simplement aucune différence significative entre (1) conclure qu’une erreur permet de concilier des verdicts incompatibles et (2) constater qu’ils sont conciliés par « la conclusion selon laquelle l’erreur n’a eu aucune incidence sur la déclaration de culpabilité ». Suivant leur cadre d’analyse, une erreur est constatée, le raisonnement du jury est (d’une manière quelconque) soigneusement retracé et reconstitué, et une conclusion est tirée selon laquelle — dans l’esprit des jurés — les infractions étaient différentes. L’erreur permet de concilier les verdicts incompatibles.

[91] Mes collègues arrivent à cette conclusion ici, affirmant qu’en l’espèce, « l’erreur de droit permet de concilier les verdicts apparemment incompatibles » (par. 70). Cette conclusion est manifestement incompatible avec l’arrêt *J.F.*, où le juge Fish a écrit que « [d]es directives inappropriées n’ont pas pour effet de [. . .] remédier à l’incompatibilité des verdicts » (par. 23). Cette conclusion est également contraire à l’arrêt *Pittiman*, dans lequel la juge Charron a proposé les voies suivantes pour concilier des verdicts potentiellement incompatibles dans le cas d’un accusé inculpé de plusieurs infractions : la possibilité que les infractions « n’ont pas été commises en même temps ou [. . .] diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins » (par. 8). Je souligne que dans ses motifs, la juge Charron n’a nullement mentionné l’examen des directives au jury : de fait, elle ne pouvait pas envisager cette possibilité, puisque (jusqu’à maintenant), les verdicts comme ceux en l’espèce étaient considérés comme *réellement* incompatibles, et non *potentiellement* ou *apparemment* incompatibles.

[92] In restoring the respondent’s convictions, my colleagues say that this will be a rare result. I disagree. The result they reach is an invitation to routine speculation into the reasoning process of the jury, something (again) that the *Criminal Code* — by its provisions regarding Crown appeals from jury verdicts — specifically precludes. It will invite confirmation bias: the verdicts are inconsistent and the jury was misdirected, and so therefore the misdirection must explain away the inconsistency. Just as importantly, it does not discourage the Crown from over-charging or drafting confusing indictments; if anything, it does the opposite, by eliminating any consequences. None of this is desirable — and yet, by ignoring the clear requirements of this Court’s judgments and the *Criminal Code*, this is precisely what my colleagues’ reasons will achieve.

[93] I turn, then, to the question of the remedy to be given here. Where a convicted person establishes that jury verdicts are unreasonable on the basis of inconsistency, a new trial will usually be the appropriate remedy (*Pittiman*, at para. 14). The only other available remedy is an acquittal (s. 686(2)(a)). Which remedy is appropriate depends entirely on the outcome of the Crown appeal from acquittal.

[94] When deciding a Crown appeal from an acquittal by a jury, an appellate court may either (1) dismiss the appeal, or (2) allow the appeal, set aside the verdict, and order a new trial (s. 686(4)). Where the Crown can establish legal error that might reasonably be thought to have affected the result (*Graveline*, at para. 14), the remedy of a new trial — and the unavailability of a substituted guilty verdict — is consistent with the *Criminal Code*, the common law, and the intention of Parliament.

[92] En rétablissant les déclarations de culpabilité de l’intimé, mes collègues affirment que ce résultat se produira rarement. Je ne suis pas d’accord. Le résultat auquel ils arrivent est une invitation à se livrer couramment à des conjectures quant au processus de raisonnement du jury, un exercice (je le rappelle) que le *Code criminel* — par ses dispositions relatives aux appels de verdicts d’un jury interjetés par le ministère public — exclut expressément. Il incitera au biais de confirmation suivant : les verdicts sont incompatibles et le jury a reçu des directives erronées, tant et si bien que s’il y a incompatibilité, c’est forcément à cause des directives erronées. Tout aussi important, il ne dissuade pas le ministère public d’avoir recours à la multiplicité des accusations ou de rédiger des actes d’accusation portant à confusion; en réalité, il fait l’inverse, en éliminant toute conséquence. Rien de ceci n’est souhaitable — et pourtant, en faisant abstraction des exigences non équivoques de la jurisprudence de notre Cour et du *Code criminel*, c’est précisément le résultat que produiront les motifs de mes collègues.

[93] J’aborde maintenant la question de la réparation qu’il y a lieu d’accorder en l’espèce. Lorsqu’une personne déclarée coupable établit que les verdicts du jury sont déraisonnables pour cause d’incompatibilité, la tenue d’un nouveau procès sera habituellement la réparation appropriée (*Pittiman*, par. 14). La seule autre réparation possible est l’acquittal (al. 686(2)a)). La réparation qu’il convient d’accorder dépend entièrement de l’issue de l’appel de l’acquittal interjeté par le ministère public.

[94] Lorsqu’elle est saisie de l’appel formé par le ministère public contre un acquittal par un jury, une cour d’appel peut soit (1) rejeter l’appel, soit (2) accueillir l’appel, annuler le verdict et ordonner la tenue d’un nouveau procès (par. 686(4)). Lorsque le ministère public peut établir une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu’elle a eu une incidence sur le résultat (*Graveline*, par. 14), la réparation qui consiste à tenir un nouveau procès — et l’impossibilité de substituer un verdict de culpabilité — est conforme au *Code criminel*, à la common law et à l’intention du Parlement.

[95] My colleagues strain to avoid this reality, but it comes down to this: the law provides an answer to the very situation before us. Since *Pittiman* and *J.F.*, the law has not changed. The only thing that has changed is that my colleagues are now presented with a case where they find the law's operation leads to a result which they are unable to accept. But their reasoning ignores the legal process and legitimacy of verdicts concerns underlying *J.F.* and *Pittiman*.

[96] My colleagues rely on ss. 686(4)(b) and 686(8) to allow the Crown appeal and enter a stay. While s. 686(8) empowers an appellate court, where exercising the powers under s. 686(4), to “make any order, in addition, that justice requires”, my colleagues depart from the strictures of this provision. My colleagues are not making an *additional* order under s. 686(4), but are instead making an *alternative* order. This is unsanctioned by the *Criminal Code*. In exercising a power not found in s. 686, my colleagues are legislating themselves a discretion that Parliament did not.

[97] It is of course true that in *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, Fish J. held, in *obiter*, that, with respect to s. 686(4), “an appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8)” (para. 39). In that case, Fish J. concluded that s. 686(8) authorizes an appellate court to order a *continuation* of a trial, as opposed to a *new* trial. It is also true that s. 686(8) allows an appellate court to enter a stay when an acquittal is set aside but further proceedings would constitute an abuse of process (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at paras. 22-23). But s. 686(8) still requires that the order be fundamentally ancillary and supplemental — not *alternative* — and not at direct variance with the underlying

[95] Mes collègues s'évertuent à éviter cette réalité, mais elle revient à ceci : le droit fournit une réponse à la situation précise dont nous sommes saisis. Depuis les arrêts *Pittiman* et *J.F.*, le droit n'a pas changé. La seule chose qui a changé est que mes collègues sont maintenant en présence d'une affaire où ils estiment que l'application du droit mène à un résultat qu'ils sont incapables d'accepter. Toutefois, leur raisonnement fait abstraction du processus judiciaire et des préoccupations quant à la légitimité des verdicts qui sous-tendent les arrêts *J.F.* et *Pittiman*.

[96] Mes collègues s'appuient sur l'al. 686(4)b) et le par. 686(8) pour accueillir le pourvoi du ministère public et ordonner l'arrêt des procédures. Bien que le par. 686(8) habilite une cour d'appel, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le par. 686(4), à « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige » (ou, dans la version anglaise, « *make any order, in addition, that justice requires* »), mes collègues vont au-delà des contraintes de cette disposition. Mes collègues ne rendent pas une ordonnance *additionnelle* à ce qui est prévu au par. 686(4); ils rendent plutôt une *autre* ordonnance. Cela n'est pas permis par le *Code criminel*. En exerçant un pouvoir qui n'est pas prévu à l'art. 686, mes collègues se légifèrent eux-mêmes un pouvoir discrétionnaire que le Parlement ne leur a pas conféré.

[97] Certes, il est vrai que dans l'arrêt *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, le juge Fish a conclu, dans une remarque incidente, qu'en ce qui a trait au par. 686(4), « la cour d'appel n'a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s'applique le par. 686(8) » (par. 39). Dans cette affaire, le juge Fish a conclu que le par. 686(8) autorise une cour d'appel à ordonner la *continuation* d'un procès, par opposition à un *nouveau* procès. Il est également vrai que ce paragraphe autorise une cour d'appel à ordonner l'arrêt des procédures lorsqu'un acquittement est écarté, mais que la poursuite du procès constituerait un abus de procédure (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 22-23). Cependant, le par. 686(8) exige

judgment (*Hinse*, at para. 31; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, at para. 17).

[98] My colleagues find that those requirements are met here because a stay is tantamount to a finding of not guilty which, they say, is perfectly consistent with the position of presumptive innocence to which the respondent is restored following the setting aside of the acquittal. But this fails to account for the majority's underlying judgment in this case, which *also* includes restoring convictions for *the same delict* on the basis that they were untainted by legal error. Issuing an order that is tantamount to a finding of not guilty — and one that purports to restore the presumptive innocence of the respondent — is totally inconsistent with the majority's underlying judgment that affirms the respondent's guilt of the very same criminal conduct.

[99] In entering a stay, my colleagues rely on the assurance of the Crown that it would not proceed with a new trial on the sexual assault charge. This assurance, however, has no legal significance whatsoever. Had the Crown not made this assurance, what would my colleagues have done? In fairness, I acknowledge they attempt to answer this. In a normal case — in which the Crown has appealed an inconsistent acquittal and not made any assurances of not pursuing a new trial, and where a reviewing court can isolate the effects of a legal error to the acquittal and conclude that the conviction is unaffected — my colleagues say the solution should be to send the acquittal back for a retrial, leaving the conviction to stand. They acknowledge that the issue of *res judicata*, including the plea of *autrefois convict* and s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, might arise. But with respect, this ignores the problem that my colleagues' framework creates. Where an accused chooses not to plead *autrefois convict* or raise a s. 11(h) challenge (and absent the Crown's assurance that it will not proceed with a new trial), my colleagues' solution places the accused in jeopardy for an offence for which he or she already

tout de même que l'ordonnance ait un caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire — et non *alternatif* — et qu'il ne soit pas directement incompatible avec le jugement sous-jacent (*Hinse*, par. 31; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, par. 17).

[98] Mes collègues concluent que ces conditions sont réunies en l'espèce, puisqu'un arrêt des procédures équivaut à un verdict de non-culpabilité qui, selon eux, est tout à fait compatible avec le droit de l'intimé à la présomption d'innocence qui est rétabli après la mise de côté de l'acquittal. Toutefois, cela ne tient pas compte du jugement sous-jacent de la majorité en l'espèce, qui comprend *aussi* le rétablissement de déclarations de culpabilité pour *le même délit* du fait que celles-ci n'ont pas été viciées par une erreur de droit. Le prononcé d'une ordonnance qui équivaut à un verdict de non-culpabilité — une ordonnance qui, de surcroît, est censée rétablir la présomption d'innocence de l'intimé — est tout à fait incompatible avec le jugement sous-jacent de la majorité qui confirme la culpabilité de l'intimé pour exactement le même comportement criminel.

[99] En ordonnant l'arrêt des procédures, mes collègues s'appuient sur l'engagement du ministère public de ne pas tenter de nouveau procès sur l'accusation d'agression sexuelle. Toutefois, cet engagement n'a pas la moindre importance sur le plan juridique. Si le ministère public n'avait pas pris cet engagement, qu'auraient fait mes collègues? En toute justice, je reconnais qu'ils tentent de répondre à cette question. Dans une situation normale — où le ministère public a interjeté appel d'un acquittal incompatible et ne s'est pas engagé à ne pas tenter de nouveau procès, et où le tribunal de révision peut isoler les effets d'une erreur de droit à l'acquittal et conclure que la déclaration de culpabilité n'est pas touchée — mes collègues affirment qu'il y aurait lieu de renvoyer l'acquittal pour la tenue d'un nouveau procès et de confirmer par le fait même la déclaration de culpabilité. Ils reconnaissent que la question de l'autorité de la chose jugée, y compris le plaidoyer d'*autrefois convict* et l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peuvent se présenter. Or, j'estime, en toute déférence, qu'une telle interprétation ne tient pas compte du problème que crée le cadre proposé par mes collègues. Lorsque

stands convicted, raising the prospect of — if a trial actually proceeds — a jury rendering inconsistent verdicts once again.

[100] That said, I am content with my colleagues' proposal to leave the question of the necessity of a Crown appeal undecided until that issue comes squarely before us.

[101] Appellate courts like ours operate within certain statutory constraints when deciding a Crown appeal from an acquittal by a jury. It is for this reason that, on an appeal from acquittal by a jury, this Court has described the question as merely whether a misdirection “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14). This also explains why Parliament's chosen remedy, where that threshold is met, is a new trial.

[102] Of course, my colleagues' difficulty in ordering a new trial on the sexual assault charge is that they also wish to restore the convictions for sexual interference and invitation to sexual touching, which are plainly inconsistent with the acquittal. But avoiding this difficulty is precisely why this Court has previously described the appropriate disposition in these circumstances — that is, where the Crown has appealed from an acquittal on the basis that it is inconsistent with a conviction on another charge — as being a new trial on *all* charges (*Pittiman*, at para. 14; *J.F.*, at paras. 40-41).

l'accusé choisit de ne pas invoquer le plaidoyer d'autrefois convict ou de présenter une contestation fondée sur l'al. 11*h*) (et en l'absence d'engagement du ministère public de ne pas tenter de nouveau procès), la solution de mes collègues met l'accusé en péril pour une infraction dont il a déjà été déclaré coupable, ce qui crée la possibilité — si un procès avait effectivement lieu — qu'un jury rende de nouveau des verdicts incompatibles.

[100] Cela dit, je suis d'accord avec la proposition de mes collègues de laisser en suspens la question de la nécessité d'un appel formé par le ministère public jusqu'à ce que cette question nous soit nettement soumise.

[101] Les cours d'appel comme la nôtre sont assujetties à certaines contraintes légales lorsqu'elles tranchent un appel formé par le ministère public contre un acquittement par un jury. C'est pour cette raison qu'en appel d'un acquittement par un jury, notre Cour a décrit la question comme consistant simplement à savoir si une directive erronée en est une dont « il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, qu'elle a] eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement » (*Graveline*, par. 14). Ceci explique aussi pourquoi la réparation qu'a choisie le Parlement, lorsque ce critère est respecté, est la tenue d'un nouveau procès.

[102] Bien entendu, la difficulté qu'ont mes collègues à ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à l'accusation d'agression sexuelle est qu'ils souhaitent également rétablir les déclarations de culpabilité pour contacts sexuels et incitation à des contacts sexuels, qui sont manifestement incompatibles avec l'acquittement. Toutefois, c'est justement pour éviter cette difficulté que notre Cour a précédemment décrit le dispositif approprié dans une telle situation — à savoir, lorsque le ministère public a interjeté appel d'un acquittement parce qu'il est incompatible avec une déclaration de culpabilité quant à une autre accusation — est la tenue d'un nouveau procès relativement à *toutes* les accusations (*Pittiman*, par. 14; *J.F.*, par. 40-41).

[103] That is what is required here. I agree with my colleagues that the jury was misdirected in this case on the basis of the confusing charge, the discrepancy between the decision tree and the verdict sheet, the fact that common assault was said to be an available verdict, and overreliance on model jury instructions (*R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 8; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 51). I also agree that this misdirection amounted to legal error that might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal (*Graveline*, at para. 14). It follows that the only available remedy in response to the Crown appeal is the order of a new trial. But to order a new trial on one count and not the others is to put the respondent in jeopardy for something for which he was convicted (and then, following the Court of Appeal for Ontario decision, acquitted). I would therefore allow the appeal in part and order a new trial on all three charges.

Appeal allowed, BROWN and KASIRER JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Michael Dineen, Toronto.

[103] Voilà le résultat qui s'impose en l'espèce. Je conviens avec mes collègues que le jury a reçu des directives erronées en l'espèce par suite de l'exposé portant à confusion, de la divergence entre l'arbre décisionnel et la feuille de verdict, du fait que les voies de fait simples ont été présentées comme un verdict possible et du recours excessif aux directives modèles au jury (*R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 8; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 51). Je suis également d'accord pour dire que ces directives erronées équivalaient à une erreur de droit dont il serait raisonnable de penser qu'elle a eu une incidence significative sur l'acquittal (*Graveline*, par. 14). Il s'ensuit que la seule réparation possible en réponse à l'appel du ministère public est l'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, ordonner la tenue d'un nouveau procès quant à un chef d'accusation et non quant aux autres aurait pour effet de placer l'intimé en péril pour quelque chose dont il a été déclaré coupable (puis acquitté, à la suite du jugement de la Cour d'appel de l'Ontario). Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant aux trois chefs d'accusation.

Pourvoi accueilli, les juges BROWN et KASIRER sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Michael Dineen, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca