

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 réclaté 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 discrétionnaires 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 discrétionnaire 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 discrétionnaire 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 insouciante 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 percent 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.

[TRANSDUCTION]

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 [TRANSDUCTION] « 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.